

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 963

(Ano XII)

(20/06/2020)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2020

## Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

**CAMILA ALENCAR COIMBRA:** Bacharelada 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](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)  
[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

## SUMÁRIO

### COLUNISTA DA SEMANA



#### **Fake News é crime no Brasil?**

*Carlos Eduardo Rios do Amaral, 07.*

### ARTIGOS

#### **O acesso a justiça à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**

*Luis Alberto Marques Pinheiro, 10.*

#### **O princípio da lealdade processual e da boa-fé objetiva à luz do novo Código Processual Civil e o assédio processual na justiça do trabalho**

*Laisa Cristina Mundim Gonçalves Palhares, 41.*

#### **Retroatividade das normas jurídicas infraconstitucionais: análise legislativa e jurisprudencial**

*Manfredo Braga Filho, 73.*

#### **Bagatela imprópria: a (des)necessidade da aplicação da pena**

*Leonard Ferreira Lima, 85.*

#### **Os pareceres do COAF nos crimes de corrupção e “lavagem” de dinheiro**

*Wellen Martimiano da Silva, 102.*

#### **Fraude no processo licitatório: análise da modalidade pregão eletrônico**

*Roberval Texeira Lopes, 118.*

#### **Sustentação oral antecipadamente gravada no âmbito do STF: um caminho para o futuro**

*Elder Soares da Silva Calheiros, 135.*

#### **O acordo de não persecução penal à luz da Lei 13.964/2019**

*Michelly Ribeiro Bueno, 153.*

#### **Atuação ativa do juiz em inobservância ao sistema acusatório e as inovações promovidas pelo pacote anticrime**

*Vinicius Aquino de Castro, 167.*

**Regularização fundiária: a disputa dominical entre União e Estado do Tocantins**

*Karen Cristina Bugano, 180.*

**Conhecimentos gerais e estudos do aborto no Brasil e no mundo com legislação comparada**

*Hugo Bonfim Minto, 201.*

**A possibilidade de divulgação das imagens de presos ou de pessoas investigadas pelos órgãos de segurança pública: Os direitos e garantias constitucionais fundamentais à segurança pública e do acesso à informação pela sociedade devem prevalecer em vista da lei de abuso de autoridade**

*Joaquim Leitão Júnior, 216.*

**Publicidade e marketing jurídico: limites e possibilidades conforme o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil**

*Helen Cristiny de Sousa Amaral, 231.*

**Responsabilização civil por dano moral coletivo ambiental**

*Lanna Gabriela Bruning Simoni, 258.*

**Probidade na Administração Pública**

*Raphaela Maria de Oliveira Moraes Vasques, 282.*

**Novos limites da prisão preventiva na Lei 13.964/2019**

*Phabline Alves do Prado, 292.*

**A judicialização do direito fundamental à saúde**

*Afonso Augusto Gomes dos Reis, 309.*

**A influência das tecnologias contemporâneas na jornada de trabalho: direito à desconexão**

*Marina Boechat Aguiar, 323.*

**A insuficiência da tutela penal decorrente aos maus-tratos de animais domésticos**

*Lorena Boldin Paulino, 341.*

**A legislação e os problemas nos direitos contratuais, de imagem e de arena dos atletas jogadores de futebol**

*Marcos Luan de Oliveira Prado, 350.*

**Auxílio Acidente**

*Laércio Moretti, 369.*

**A inclusão da mulher transexual no esporte e as consequências desportivas para o contexto feminino**

*Laura Andrade, 379.*

**Proteção do direito à imagem na internet**

*Edilson Sales de Oliveira, 402.*

**Instrumentos de solução consensual de conflitos na Administração Pública**

*Acacia Regina Soares de As, 418.*

**Violações aos direitos dos deficientes físicos no concurso do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN**

*Rafael Bemfeito Moreira, 425.*

**A posse da usucapião**

*Brenda De Lima Silvestrin, 446.*

**O exercício do jus postulandi na seara trabalhista e a possível condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais**

*Luis Alberto Marques Pinheiro, 457.*

**Reflexões acerca do direito de reparação ao suposto pai em caso de erro na fixação de alimentos gravídicos**

*José de Ribamar Marinho Neto, 480.*

**O direito à livre associação e o ECAD**

*Fernando Lemme Weiss, 507.*

**Arguição de descumprimento de preceito fundamental: a exigência legal do esgotamento de todos os meios para o saneamento do ato lesivo como requisito para possibilitar seu julgamento**

*Manfredo Braga Filho, 510.*

**Garantia constitucional do direito a educação infantil: Avanços no município de Palmas -TO**

*Anice De Souza Moura, 520.*

**A eficácia do negócio processual jurídico em relação ao Código de Processo Civil de 2015**

*Glauber Pereira Maciel, 534.*

**Os efeitos patrimoniais gerados pela união estável sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro**

*Natalya Alves de Oliveira, 558.*

**O juiz das Garantias**

*Patricia Silva Feitosa, 580.*

**Teoria da Imprevisão: reflexos da pandemia nos contratos empresariais**

*Luís Otavio Tonello dos Santos, 598.*

**A viabilidade da aplicação do princípio da insignificância pela autoridade policial em análise aos “crimes de bagatela”.**

*Vinícius Kantonar Costa Serafim, 611.*

**Desjudicialização das desapropriações**

*Leon Delácio de Oliveira e Silva, 637.*

**A ampliação da legítima defesa e a letalidade policial após a Lei nº 13.964/2019**

*Bruno Lennon Araújo de Oliveira, 645.*

**Processo administrativo tributário, a necessidade real de um prazo**

*Felipe Fernandes Batista, 663.*

**Honorários de sucumbência na reforma trabalhista: beneficiário da justiça gratuita**

*Fernando Henrique Bertuzzo, 673.*

**Democracia e empobrecimento segundo Hans-Hermann Hoppe**

*Atos Henrique Fernandes, 684.*

**A Era da Economia Disruptiva: Revolução Tecnológica, Omissões Jurídicas e Ameaças à Empregabilidade**

*Anna Luiza Queiroz Bezerra, 690.*

**Multifacetado fenômeno da corrupção**

*José David Pinheiro Silvério, 617.*

**A influência da televisão como meio de manutenção de poder e de seleção de indivíduos e a relação aos movimentos lei e ordem e labelling approach**

*Anamaria Andrade Balasteghin, 749.*

**A evolução da justiça negocial brasileira dentro do acordo da não persecução**

*Heloir Barbosa Souza de Araujo, 767.*

**O direito à saúde e a garantia da cirurgia reconstrutiva da mama em casos de mutilação decorrente de tratamento de câncer**

*Anunciação Maria de Sousa Neta, 785.*

**A importância da ciência, tecnologia e inovação em tempos de pandemia para a sociedade**

*Benigno Núñez Novo, 800.*

**O Neoconstitucionalismo**

*Manfredo Braga Filho, 805.*

**A Ressocialização do Preso no Sistema Penitenciário do Estado do Tocantins**

*Hércules Rodrigo Pereira Carvalho Dias, 817.*

**Os direitos sucessórios provenientes da multiparentalidade**

*Gabryela do Carmo Cardoso, 835.*

**O acordo de não persecução penal e os reflexos no sistema carcerário brasileiro na Lei nº 13.964/2019**

*Anderson Marcos Ribas, 867.*

**Responsabilidade Social e Empresarial: Os Imbrólios Jurídicos Depois Da Tragédia Em Brumadinho e Mariana**

*Danielle dos Santos, 883.*

## FAKE NEWS É CRIME NO BRASIL?

**CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL:**

Defensor Público do Estado do Espírito Santo.

O Dicionário Online de Português assim define o estrangeirismo “fake news”: “notícias falsas; quaisquer notícias e informações falsas ou mentirosas que são compartilhadas como se fossem reais e verdadeiras, divulgadas em contextos virtuais, especialmente em redes sociais ou em aplicativos para compartilhamento de mensagens”. O Wikipédia diz que “fake news” são “uma forma de imprensa marrom que consiste na distribuição deliberada de desinformação ou boatos via jornal impresso, televisão, rádio, ou ainda online, como nas mídias sociais”. Em suma, na sua tradução livre, “fake news” significa “notícia falsa”, uma “mentira”.

Daí vem a indagação, “fake news” é crime no Brasil?

O Art. 5º, Inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988 proclama: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. É o chamado Princípio da Legalidade em Matéria Penal (*Nullum crimen, nullo poena sine lege praevia*). Sem lei penal, sem fato anterior à edição da norma incriminadora, não temos crime. Poderemos estar diante de uma imoralidade, de um ilícito civil ou de um pecado grave, mas sem lei anterior que o defina e comine pena não temos crime.

Observando nossa legislação penal doméstica – o Código Penal e sua legislação extravagante –, verificamos que, definitivamente, “fake news” não se constitui em crime no Brasil. Tanto pela ausência de previsão de seu tipo normativo, assim como pela ausência de qualquer cominação de pena.

Alguns projetos tramitam no Congresso Nacional a respeito do tema, visando a criminalização das “fake news”. Vejamos:

“Divulgação de notícia falsa

Art. 287-A - Divulgar notícia que sabe ser falsa e que possa distorcer, alterar ou corromper a verdade sobre informações relacionadas à saúde, à segurança pública, à economia nacional, ao processo eleitoral ou que afetem interesse público relevante.

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º Se o agente pratica a conduta prevista no caput valendo-se da internet ou de outro meio que facilite a divulgação da notícia



falsa:

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 2º A pena aumenta-se de um a dois terços, se o agente divulga a notícia falsa visando a obtenção de vantagem para si ou para outrem”.

Como se vê, trata-se apenas de projeto de lei, ainda sem qualquer repercussão no Direito Penal, que inclusive poderá vir a ser rejeitado ou arquivado.

O fato das “fake news” não se constituir, por si só, em crime no País não significa que não possa servir como um dos vários atos ou meio para a prática de determinado crime (crime plurissubsistente: crime praticado por mais de um ato).

Se espalho nas redes sociais que Cristóvão Colombo pisou na Lua com a Apolo 11 em 1969, estou claramente divulgando uma “fake news”. Sem, evidentemente, nenhuma repercussão na esfera penal.

Agora, se digo aos meus seguidores nas redes sociais que meu vizinho Fulano de Tal planeja matar ou causar qualquer tipo de sofrimento ao meu cachorro, ou que o mesmo teria emitido conscientemente cheque sem suficiente provisão de fundos na praça, estou sem qualquer sombra de dúvidas cometendo o crime de Difamação previsto no Art. 139 do Código Penal.

A “fake news”, no exemplo acima, me serviu de meio para difamar meu vizinho, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação. Se a “fake news” não fosse ofensiva à reputação de meu vizinho, como, por exemplo, se publicasse nas redes sociais que meu vizinho esteve no planeta Marte no último verão, estaríamos diante de uma “fake news” que não constitui crime. Igualmente, se digo nas redes sociais que meu vizinho Fulano de Tal planeja matar ou causar qualquer tipo de sofrimento ao meu cachorro, ou que o mesmo teria emitido conscientemente cheque sem suficiente provisão de fundos na praça, mas não possuo nenhum “amigo” ou seguidor em minha conta de rede social para que terceiros tome conhecimento da publicação, também não estaremos diante de crime, em razão da ineficácia absoluta do meio (crime impossível – Art. 17 do Código Penal).

Destarte, podendo a “fake news”, conforme o caso, vir a se constituir em um dos vários atos ou meio para a prática de determinado crime, nada impedirá sua investigação como elemento de informação no Inquérito Policial e no processo penal.

Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a Autoridade Policial deverá apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais. E, ainda, colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias (Art. 6º, do Código de Processo Penal).

O Juiz expedirá mandado de busca e apreensão, quando fundadas razões a autorizarem para apreender instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso, para descobrir objetos necessários à prova de infração e, ainda, para colher qualquer elemento de convicção para a descoberta da verdade (Art. 240, do Código de Processo Penal).

Nesse toar, a prática de “fake news” quando serviente ao cometimento de infração penal (modus operandi), utilizada como meio de agir, operar ou executar a atividade criminosa do agente, resultará na busca e apreensão de todo o equipamento utilizado para a prática do crime, como, por exemplo, computadores, notebooks, celulares e outros aparelhos afins utilizados. Somente aqueles objetos desnecessários à prova de infração, apartados da apuração oficial do Estado, permanecerão com o acusado.

Em tempo. Quando se fala de “fake news” – e de qualquer coisa! – é importante ter em mente que o exercício de nenhum direito fundamental é absoluto, nem a liberdade de pensamento, nem a liberdade de informar. Nenhum direito pode ser usado para a prática de ilícito ou de ato nocivo que prejudique o próximo e a sociedade. Sempre haverá a relativização e ponderação de valores diante da colisão de direitos fundamentais, com a primazia do bem comum e da ordem democrática.

Essa é a legislação em vigor até o presente.

## O ACESSO A JUSTIÇA À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

### **LUIS ALBERTO MARQUES PINHEIRO:**

Bacharel em Direito. Atualmente pós-graduando em: Direito tributário e constitucional pela (UNIFACS), Direito processual Civil e Resoluções de conflitos também pela (UNIFACS) e Direito previdenciário e do Trabalho pela Faculdade Sao Salvador

Trabalho Científico apresentado à Faculdade São Salvador, como requisito final para obtenção do Diploma de Graduação em Direito. Orientador: Prof. Diego Edington

**RESUMO:** O presente trabalho tem como enfoque analisar a questão do acesso à justiça, fazendo um paralelo com o princípio da dignidade da pessoa humana. Este princípio tem como escopo facilitar a efetiva prestação jurisdicional, bem como garantir o equilíbrio social para todos. A Constituição Federal de 1988 buscou tutelar o acesso à justiça a todos, no entanto, indaga-se se o cidadão terá de fato seu direito garantido, uma vez que devido a alguns problemas encontrados é difícil assegurar a resolução das demandas. Neste sentido, demonstra-se a evolução do acesso à justiça na história, desde a antiguidade até os dias atuais, em particular com o estudo do acesso à justiça no Brasil. Importante afirmar sobre os meios facilitadores de solução de litígio que garantem o acesso à justiça às pessoas que não podem suportar o ônus do processo, como também o Juizado Especial Cível, que se preocupam em solucionar causas de menor complexidade. Porém, não deixam de serem mencionados neste trabalho os obstáculos existentes que impedem o efetivo acesso à justiça, causando verdadeira injustiça e dificultando às partes a solução litígio.

**Palavras-chave:** Acesso à Justiça. Dignidade da Pessoa Humana. Juizados Especiais Cíveis. Efetividade dos Direitos.

**ABSTRACT:** The present work is focused to analyze the issue of access to justice, paralleling with the principle of human dignity. This principle is scoped facilitate effective adjudication, as well as ensuring social balance for everyone. The Federal Constitution 1988 sought to protect access to justice for all, however, asks whether the citizen will indeed their right guaranteed, since due to some problems

encountered and difficult to ensure. The resolution demands. In this sense, it is shown the evolution of access to justice in history, from ancient times until the present day, in particular with the study of access a justice in Brazil. Important to say about the enablers of solution of litigation that ensure access to justice those who can not bear the onus of the process, and also the Special Civil, who are concerned with addressing the root causes of low complexity. However, do not cease to be mentioned in this work the existing obstacles that hinder effective access to justice, causing real injustice and hindering the parties to litigation solution.

**Keywords:** Arduous process. Small claims courts. Access to Justice. Principle of Celerity.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1 O ACESSO À JUSTIÇA. 1.1 Origem e Evolução. 1.2 Aspecto Constitucional do Acesso à Justiça. 2 MEIOS FACILITADORES PARA A PERPETUAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA. 2.1 Assistência Judiciária Gratuita. 2.2 Mediação. 2.3 Juizado Especial Cível. 3 OBSTÁCULOS ENCONTRADOS QUE DIFICULTAM O ACESSO À JUSTIÇA. 3.1 Morosidade Processual. 3.2 Hipossuficiência. 3.3 Custas Judiciais. 3.4 Formalismo Jurídico. 3.5 O processo eletrônico. 4 O ACESSO A JUSTIÇA SOB A PERSPECTIVA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 4.1 O Direito a proteção jurídica eficaz e adequada. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

O acesso à justiça é um princípio constitucional inserido no artigo 5º, incisos XXXV e LXXXIV da Magna Carta, ele assegura aos cidadãos a defesa de seus direitos, independente da sua condição social, fazendo com que todos possam ter a possibilidade de resolver suas demandas.

O objetivo do presente trabalho é analisar a efetividade deste princípio, bem como demonstrar o desenvolvimento histórico do acesso à justiça, desde a antiguidade até os dias atuais, enfocando, particularmente, a evolução do acesso à justiça no cenário jurídico no Brasil.

Portanto, buscou-se traçar o avanço do acesso à justiça no Brasil, os fatores que almejam concretizá-la, como a Lei 9.009/95 que implantou o Juizado Especial, Civil, a Conciliação, a Mediação, todas como formas de fazer a composição do litígio entre as partes, e com isso tentar estabelecer um equilíbrio social. Ademais, a de se ressaltar também a implantação da Assistência Judiciária Gratuita, que beneficia a população de baixa renda que não pode arcar com o ônus do processo.

Contudo, insta salientar que o acesso à justiça não diz respeito apenas a dar oportunidade àqueles que precisam, é necessário que o processo chegue ao seu

desfecho de forma justa, satisfatória e tempestiva. Pois, como é cediço, a questão da morosidade processual é um dos principais entraves no que tange ao acesso à justiça, que se justifica, por diversos fatores, entre eles, a hipossuficiência das partes, o não pagamento das custas processuais, o formalismo jurídico, e a falta de informações acerca do uso do processo eletrônico.

Por fim, fez-se uma análise do princípio do acesso à justiça, sob a perspectiva do princípio da dignidade da pessoa humana, partindo-se do pressuposto que todo cidadão tem este direito garantido na Constituição Federal de 1988 e por isso o Estado tem a obrigação de favorecer que esta garantia seja eficaz. Entretanto, analisando o tema como preceito constitucional, vê-se que ao longo do tempo a sociedade passou por avanços e retrocessos, e isto interferiu na maneira de pensar das pessoas.

Viu-se que mesmo havendo diversos meios facilitadores de acesso à justiça, na maioria das vezes, estes ainda são poucos utilizados em função da falta de informação da população sobre os seus direitos, pois existem pessoas que, diante de sua situação de hipossuficiência, sentem-se à margem da sociedade e acreditam não serem portadoras de direitos, e sim sujeitos de obrigações e deveres.

Assim, buscou-se analisar a questão do acesso à justiça, analisando o tema e a relação existente com o princípio da dignidade da pessoa humana e os meios facilitadores deste acesso. Foram utilizadas para a elaboração deste trabalho monográfico a pesquisa bibliográfica, sites da internet, revistas jurídicas e pesquisa na legislação.

## **1 O ACESSO À JUSTIÇA**

Considerado como um direito de todo indivíduo e também como uma forma de estabelecer um equilíbrio econômico e social, o princípio constitucional do acesso à justiça busca favorecer aqueles menos abastados, a fim de que haja uma igualdade entre todos.

Pode-se dizer que quando não há acesso a uma Justiça de forma efetiva e transparente, não é possível haver democracia. Destarte, a garantia do acesso à justiça é considerada como uma contribuição para o exercício da cidadania. Esta garantia não deve ser confundida como uma social no que tange a esfera judicial.

O juiz J. E. Carreira Alvim assim define o acesso à justiça:

Para mim, o acesso à Justiça compreende o acesso aos órgãos encarregados de ministrá-la, instrumentalizados de acordo

com a nossa geografia social, e também um sistema processual adequado à veiculação das demandas, com procedimentos compatíveis com a cultura nacional, bem assim com a representação (em juízo) a cargo das próprias partes, nas ações individuais, e de entes exponenciais, nas ações coletivas, com assistência judiciária aos necessitados, e um sistema recursal que não transforme o processo numa busca interminável de justiça, tornando o direito da parte mais um fato virtual do que uma realidade social. Além disso, o acesso só é possível com juízes vocacionados (ou predestinados) a fazer justiça em todas as instâncias, com sensibilidade e consciência de que o processo possui também um lado perverso que precisa ser dominado, para que não faça, além do necessário, mal à alma do jurisdicionado. <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anejos/17206-17207-1-PB.htm>. Acesso em 02 de abril de 2015.

Diante do exposto, observa-se que o objetivo do legislador ao tutelar o acesso à justiça, foi criar uma jurisdição que possa favorecer o cidadão na busca pela equidade em relação ao equilíbrio social.

Ademais, a Constituição Federal de 1988 trouxe de forma clara que esta é uma garantia do indivíduo, e que o Estado deverá fornecer meios que facilitem este acesso, mesmo entendendo que muitos são os entraves encontrados pelos cidadãos até que ele veja o seu direito de fato tutelado.

### **1.1 Origem e Evolução**

Devido às desigualdades sociais tão comuns no Brasil, o direito de acesso à justiça pode ser identificado como um problema atual e relevante. Nesta seara, o Poder Judiciário acaba se tornando um receptor destes problemas, na tentativa de restabelecer a paz e o equilíbrio social.

O direito ao acesso à justiça sofreu um lento e gradual processo de evolução histórica. A prova disso é que na época da colonização e posteriormente, no Período Imperial, ainda não se ouvia falar sobre este assunto. Isto se deu por conta do modelo político vigente, onde a opinião das pessoas não era levada em consideração, além de haver uma organização social que inviabilizava qualquer reflexão sobre o assunto. A burguesia exercia um domínio muito forte sobre a classe média e a população de baixa renda, e não existia interesse por parte desta elite em resolver problemas que para eles em nada os agregaria.



A partir do período republicano, algumas conquistas foram se concretizando. Mesmo que de forma gradual, a legislação brasileira passou a perceber a necessidade de contemplar algumas questões a cerca do direito do acesso a justiça. Havia um clamor social e diante de tal percepção o Estado foi abrindo os olhos para esta demanda.

Contudo, somente a partir da década de 80 que, reconheceu-se de fato a importância de garantir efetivamente este direito, e a partir daí o problema foi tratado da forma devida. Sendo assim, começam a existir produções teóricas e doutrinárias sobre o tema, bem como foi inserido ao ordenamento jurídico alguns instrumentos legais capazes de solucionar o tão famigerado problema do acesso à justiça. O resultado dessa luta por um direito tão importante pode ser encontrada na Constituição de 1988 e posterior a isso quando do advento da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Nesse contexto, o professor Alexandre Câmara, diz que:

O acesso à justiça é, pois, a idéia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, (a) oferece-se a mais ampla admissão de pessoas e causas ao processo (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o devido processo legal, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do contraditório), podendo exigir dele a (d) efetividade de uma participação em diálogo -, tudo com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação. Eis a dinâmica dos princípios e garantias do processo, na sua interação teleológica apontada para a pacificação com justiça. (CÂMARA, 2013, p.01-09)

Assim, observa-se que ao longo do tempo houve uma evolução significativa no que tange ao direito de acesso à justiça. Atualmente, os Juizados Especiais Cíveis são o principal meio facilitador deste acesso, pois proporciona ao cidadão comum resolver suas demandas sem a necessidade de constituir advogado, utilizando-se da ferramenta do *Jus Postulandi*.

O instituto do *Jus Postulandi* é o direito que qualquer cidadão tem de postular perante o poder judiciário as suas pretensões. A palavra "*Jus Postulandi*" vem do latim "*Ius postulandi*", que significa "direito de postular", ele é considerado como um

dos principais motivadores do cidadão em busca ao acesso à justiça. Ele permite que em causas inferiores a 20 salários mínimos seja possível a postulação da causa sem precisar estar acompanhado de um profissional habilitado.

Desta forma, nota-se que os Juizados Especiais Cíveis trouxeram para um novo alento para o cidadão comum, pois além de ver mais perto a possibilidade de resolver seus conflitos, foi possível constatar que de fato existe uma preocupação do legislador em dar efetividade aos direitos constitucionais tutelados na Carta Magna, de forma menos burocrática e mais acessível.

## **1.2 Aspectos constitucionais do acesso à Justiça**

No que concerne ao aspecto constitucional, como fora dito anteriormente, pode-se afirmar que o acesso à justiça passou por avanços e retrocessos ao longo do tempo, e apenas com o advento da Constituição de 1988 é que este direito teve o seu devido destaque.

Sobre esse tema o professor Luiz Guilherme Marioni aduz:

(...) é um direito à utilização de uma prestação estatal imprescindível para a efetivação do cidadão na social, e assim não pode ser visto como um direito forma e abstrato – ou como simples direito de propor ação e de apresentar defesa -, indiferente aos obstáculos sociais que possam inviabilizar o seu efetivo exercício. A questão do acesso à justiça, portanto, propõe a problematização do direito de ir a juízo – seja para pedir tutela do direito, seja para se defender – a partir da idéia de que obstáculos econômicos e sociais não podem impedir o acesso à jurisdição, já que isso negaria o direito de usufruir de uma prestação social indispensável para o cidadão viver harmonicamente na sociedade. (MARIONI, 2010, p. 310).

Sendo assim, nota-se que o conceito de acesso à justiça está amplamente ligado a necessidade que o cidadão tem de fazer valer seus direitos, e, por conta disso, observa-se que a sociedade tem procurado garantir a efetividade destes direitos através de leis e normas processuais que busquem a sua efetividade.

Analisando a Constituição Federal de 1988, é possível perceber que esta trouxe grandes avanços no que se refere ao acesso à Justiça, estabelecendo direitos e criando, visando à democracia e trazendo mecanismos facilitadores para a sociedade, vejamos:



Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – (...);

II – (...);

III - a dignidade da pessoa humana;

IV – (...);

V – (...).

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – (...);

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.

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:

XXXIII – (...)

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) (...).

LII – (...);

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI – (...);

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

LXXV – (...);

Como se pode compreender, a nossa Carta Magna possui inúmeros tópicos que visam embasar o direito de acesso à prestação jurisdicional. A partir do art. 1.º, III, vê-se o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, este trata da garantia que o cidadão tem em garantir os seus direitos respeitados e ter sua dignidade reconhecida.

No art. 3.º, incisos I, III e IV, bem como no o art. 5.º, caput, é possível notar que a finalidade maior da nossa Constituição é viabilidade de haver uma sociedade livre, justa e solidária, para que desta forma todos possam ser considerados iguais perante a lei, constituindo assim um princípio isonômico.

Ainda no art. 5.º, é relevante citar que este foi incisivo ao contemplar o direito de defesa de direitos. Neste artigo observa-se também a garantia de assistência judiciária gratuita quando é comprovada a falta de recurso para ingressar com uma ação, além dos direitos ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa.

Apesar de todas essas garantias determinadas no nosso ordenamento jurídico, a maior parte da população por muito tempo continuou limitada quanto à tutela jurisdicional do Estado, por conta disso, foram necessárias algumas Emendas Constitucionais para que o texto fosse “se moldando” as demandas que iam surgindo e desta forma poder ter uma eficácia plena. No que tange à questão do acesso à justiça, pode-se afirmar que a mais importante foi a Emenda Constitucional nº 45.

O referido texto foi modificado no inciso LXXVIII ao art. 5.º, e disciplinou que: *“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”*.

Para alguns doutrinadores esta emenda tornou o direito ao processo no prazo razoável uma garantia constitucional explícita, conforme comentário de Paulo Bonavides:

Essa Emenda criou o Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público, e instituiu a chamada “súmula vinculante”[...]. Extinguiu os Tribunais de Alçada, ampliou a competência da Justiça do Trabalho, deu autonomia administrativa às Defensorias Públicas, previu a justiça itinerante [...] e a criação de varas especializadas, com competência exclusiva para questões agrárias, podendo os Tribunais de Justiça, os Tribunais do Trabalho e os Tribunais Regionais Federais funcionarem descentralizadamente, constituindo Câmaras Regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo. (BONAVIDES, 2011, p. 683).

Todavia, mister salientar que ainda ocorrem muitas falhas, e ainda falta muito para que o acesso à justiça tenha alcance pretendido pelo legislador e desejado pela sociedade. Cumpre esclarecer que mesmo com todas as facilidades de ter informações e com o enorme avanço tecnológico dos dias atuais, para a grande maioria da população brasileira este direito ainda esbarra em alguns obstáculos, como por exemplo, a morosidade processual.

Este entrave encontrado no judiciário de hoje, além de ir de encontro às normas estabelecidas pela redação da lei, prejudica toda uma sociedade que depende da resolução dos seus litígios para dirimir suas demandas. Este problema já foi diagnosticado como o principal óbice para a efetivação dos objetivos propostos no que diz respeito ao acesso à justiça, porém é nítido que existe um descompasso entre o que está previsto na lei e o que ocorre cotidianamente.

Importante frisar que o problema da morosidade no Judiciário não é algo tão complicado de resolver. Em grande parte dos casos é nítida a falta de comprometimento e de boa vontade por parte do poder público, sem contar com a falta de conhecimento por parte da população no que concerne aos seus direitos. Se estas pequenas questões forem dirimidas, certamente haverá uma justiça mais célere e acessível para todos.

## 2 MEIOS FACILITADORES PARA A PERPETUAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Como explicado até aqui, o direito ao acesso à justiça surgiu com o intuito de igualar os indivíduos na tentativa de estabelecer o equilíbrio social. Concomitante a este fato, eis que surgem alguns mecanismos que visam facilitar a efetividade deste direito, são eles: a assistência Judiciária Gratuita, a Mediação, a Arbitragem e os Juizados Especiais Cíveis.

### 2.1 Assistência judiciária gratuita

A assistência judiciária gratuita surgiu no ordenamento brasileiro em 1934, quando a Constituição em vigor daquela época autorizou a sua criação. Apesar disso, somente em 1950 foi instituído uma lei que garantia aos cidadãos hipossuficientes ter gratuidade no que concernem as despesas advindas do ônus de um processo judicial.

Este benefício foi criado para qualquer brasileiro e também para os estrangeiros que residem no Brasil e que não possam arcar com as despesas processuais no âmbito da justiça civil, penal trabalhista e militar, desde que esteja configurada a necessidade do agente, conforme artigo 2º da Lei: *“considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.”*

Deste modo, cumpre esclarecer que para que o cidadão seja beneficiado com a assistência judiciária gratuita, é preciso que ele prove que as prováveis despesas do processo iriam comprometer o sustento familiar, de modo que viesse a prejudicar literalmente a estrutura da sua vida. Neste caso o interessado terá que provar o alegado, não bastando apenas afirmar a sua hipossuficiência de recursos, mas também comprovar através de qualquer meio que venha ser solicitado pelo juiz.

O pedido da assistência judiciária gratuita deve vir no bojo da petição inicial ou até mesmo da contestação, aduzindo os motivos pelo qual o autor da peça deverá ter este direito assegurado, e por fim requerendo ao juiz da causa que defira o pedido. Por outro lado, caso a parte contrária venha a alegar que o seu oponente tem condições de arcar com as despesas processuais, este terá que provar suas alegações de forma convincente.

Observa-se que ao instituir a assistência judiciária gratuita, a intenção do legislador, foi viabilizar o acesso à justiça na tentativa de promover a igualdade de modo a favorecer àqueles menos abastados. Este fato não retira o caráter de

seriedade no trâmite processual, visto que como fora falado, não basta alegar a hipossuficiência, o requerente precisa provar que se encontra nesta situação.

Neste diapasão, insta salientar que, apesar do termo “beneficiário” ser usado habitualmente para qualificar o cidadão que faz uso da assistência judiciária gratuita, a utilização deste benefício não caracteriza caridade ou piedade por parte do Poder Judiciário. Resta claro que o Estado apenas presta um serviço ao cidadão, diante de um direito inerente à dignidade da pessoa humana, até porque ao ser considerado o detentor da jurisdição, este tem a obrigação de disponibilizar uma prestação jurisdicional a toda sociedade, inclusive àqueles que não têm condições financeiras de ver seus direitos tutelados.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, ocorreu uma discussão acerca da Lei 1.060/50, dispositivo que de fato instituiu a assistência judiciária gratuita no ordenamento jurídico brasileiro. A questão era se esta lei estaria revogada após o advento da Carta Magna, já que o artigo 5º da mesma reza que: *“LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.”* Como é cediço, observa-se que a referida lei jamais foi revogada, e que a finalidade da Constituição foi de tão somente ampliar e reforçar o que já estava previsto por essa lei.

Ainda após algum tempo, algumas discussões continuaram em evidência e por conta disso foi preciso esclarecer que a Carta Magna não só conferiu ao cidadão a assistência judiciária gratuita, mas também permitiu a defesa dos direitos de ingressar com uma ação postulando em juízo por ter se sentido prejudicado em algum litígio. Ademais, é pertinente frisar que a assistência jurídica gratuita também abrange o prévio atendimento para questionamentos da parte sobre seus direitos,

Sobre este tema Silvana Cristina Bonifácio Souza ensina que:

A assistência judiciária gratuita se encerra na assistência prestada em Juízo, ou seja, judiciária, de processos judiciais. É a prestação de todos os serviços indispensáveis à defesa dos direitos em Juízo, sem pagamento de quaisquer despesas. Enfim, trata-se da concessão de advogado ao hipossuficiente, que também fica dispensado do pagamento antecipado de custas ou emolumentos. A assistência jurídica significa, então, todo e qualquer auxílio jurídico voltado para o necessitado, principalmente no que diz respeito ao aconselhamento preventivo, procurando eliminar o germe do conflito de interesse que. Se não resolvido, chegará aos Tribunais. É acima

de tudo, um serviço jurídico consultivo ao hipossuficiente, com ampla orientação, assegurando a cidadania. A dignidade, o respeito à pessoa humana, bem como garantindo que a desigualdade social não seja fator de opressão. (SOUZA, 2003, p.55-56)

Sendo assim, entende-se que a assistência judiciária gratuita diz respeito a: custas processuais, honorários advocatícios, pagamento de perito caso seja necessário, e até mesmo exames periciais como, por exemplo, o exame de DNA ou qualquer outro que se assemelhe no que tange à sua imprescindibilidade no decorrer do trâmite.

Outro ponto relevante a ser informado é que no Brasil, as Defensorias Públicas são o órgão competente para oferecer este serviço, os defensores públicos são advogados nomeados pelo Estado para defender àqueles que precisam. Cabe portanto a estes profissionais o dever de trabalhar em favor do cidadão como forma de garantir a assistência judiciária gratuita.

## **2.2 Mediação**

Considerada como uma forma alternativa de solução de litígio, a mediação é um meio de solucionar demandas sem a intervenção do Poder Judiciário. Pode-se afirmar que é usado um método autocompositivo, aonde as partes chegam a um consenso e resolvem por um fim ao pleito.

Analisando a mediação pode-se dizer que ela é uma demonstração nítida e eficaz de acesso à justiça, já que o que prevalece é a satisfação dos anseios das partes e a sensação da garantia do direito ao acesso à justiça de forma plena.

Aquele que colabora na mediação é chamado de mediador, ele possui o papel de esclarecer as dúvidas das partes e elucidar a demanda de forma que todos saiam com suas expectativas atendidas.

O professor Eduardo Borges de Mattos Medina opina sobre o assunto:

Mediador é aquele terceiro neutro que intermedeia as relações entre as partes buscando, de forma especial, a reaproximação dos indivíduos em litígio. Ele não pode influenciar nas decisões tomadas pelas partes, isso por exercer o dever de imparcialidade, não sendo atribuído a ele juízo de opinião ou decisório, acerca dos fatos do processo de mediação, salvo algum vício ou ilegalidade. (MEDINA, 2004, p. 59)

Sendo assim, vê-se que o mediador considerado como a chave central do processo de mediação, deve ser uma pessoa que fale de forma clara e que se expresse muito bem. Segundo o doutrinador José Luis Bolsan de Moraes:

[...] recomenda a mediação, devido à seriedade e à cientificidade do instituto, que o mediador seja alguém preparado para exercer tais funções e que possua o conhecimento jurídico e técnico necessário para o bom desenvolvimento do processo. (MORAES, 2007, p. 152)

A mediação aparece com ênfase no que se refere ao acesso à justiça, pois ao analisarmos suas características, resta claro que a mediação além de ser um procedimento informal, célere e simples, é bastante eficaz quando se chega a uma composição amigável entre as partes. Ademais, de um modo geral é um o procedimento sigiloso, e que só muda para uma característica pública e acessível a todos se for convencionado entre os interessados.

Assim, vê-se que a mediação é autônoma, ou seja, não existe a necessidade de homologar no poder judiciário após a resolução. Isto ocorre porque se entende que o mediador possui o dever de ser imparcial, sem ser omissivo, Ele precisa perceber se há alguma situação ilegal, ou se alguém está agindo de má-fé, para que desta forma haja uma interferência, e como consequência a decisão final seja mais justa.

Se, em algum caso de mediação houver alguma intercorrência que afete a decisão que fora tomada pelo mediador, qualquer um dos interessados pode solicitar que um magistrado anule a referida decisão.

O resultado de uma demanda resolvida através da mediação é perceptível principalmente no que tange a celeridade e a economia processual e financeira, já que o processo não ficará parado no poder judiciário aguardando uma sentença.

A finalidade maior da mediação é o entendimento das partes. Este é o objetivo em que fundamenta-se todo o procedimento da mediação. O intuito é fazer com que as partes se acertem sem a necessidade de intervenção do Estado e sem ter àquela sensação de que no Poder Judiciário o maior sempre é favorecido.

Se todos os interessados buscam de fato solucionar o conflito, a mediação é a melhor escolha. Porém ainda hoje vemos alguns indivíduos não optar pelas formas mais simples de resolução e recorrer às vias jurisdicionais afim de obter lucro e vantagens descabidas.



O doutor Eduardo Borges de Mattos Medina comenta sobre esse assunto:

A mediação é a escolha acertada quando existe o anseio de que relações futuras sejam preservadas; quando os participantes desejam exercer controle total sobre o processo e quando urge a necessidade de que se evitem, entre as partes, soluções de vitória ou derrota. Há uma tendência de utilização da mediação em causas de pequeno valor ou Direito de Família, já que as partes buscam, além da solução do litígio, também preservar direitos. Não podemos deixar de mencionar que o instituto da mediação só se fará justo se houver equilíbrio das partes, ou seja, ambos devem se manifestar no processo de mediação em condições de igualdade, respeitando os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. (MEDINA - 2004, p. 105)

Ainda hoje não existe nenhuma lei que regulamente a mediação. Existe apenas um Projeto de Lei que está tramitando no Congresso Nacional desde 1998, porém não se sabe o motivo que ainda não foi votado. Portanto, não há norma que discipline sobre este procedimento.

Após essa análise, pode-se aduzir que apesar de ainda não ser um mecanismo regulamentado por lei, a mediação é forma muito útil de perpetuação do acesso à justiça.

Atualmente no cenário jurídico baiano, os cidadãos dispõem de alguns balcões de justiça que surgiram com o intuito de colaborar com a sociedade, fazendo com que algumas demandas de fácil solução não necessitem ir para o judiciário.

Ao recorrer ao balcão de justiça, a parte interessada fica ciente que o papel daquela entidade é apenas de mediar à resolução de um conflito, evitando assim um desgaste com um processo, bem como gastos advindos deste. Cumpre ressaltar que apenas àqueles que não têm condições de pagar um advogado serão atendidos no balcão de justiça, pois trata-se de um serviço gratuito, realizado por instituições de ensino superior em parceria com alguns órgãos de apoio.

### **2.3 Juizado Especial Cível**

Ao observar as dificuldades encontradas na tentativa de resolver pequenas questões judiciais, surgiram os Juizados Cíveis e Criminais, tendo como objetivo primordial a celeridade processual e a conciliação amigável dos conflitos, tendo



como foco, matérias de menor complexidade, cujos valores não excedam 40 (quarenta) salários mínimos.

Sobre isto, a Constituição Federal de 1988 dispõe em seu Artigo 98, inciso I:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

A referida Lei está norteadada pelos Princípios da Oralidade, Simplicidade, Informalidade, Economia Processual e Celeridade, tendo como finalidade desafogar as Varas Cíveis e resguardar o interesse do cidadão hipossuficiente, garantindo assim a aplicação do Princípio Constitucional do Acesso à Justiça e consoante o artigo 2º da referida Lei: "O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação."

Como falado anteriormente, os Juizados Especiais surgiram com o intuito de colaborar com o acesso à justiça e facilitar o trâmite processual. Observa-se que o intuito primordial do legislador foi colaborar com a sociedade para que pequenas demandas não ficassem aguardando resolução por muito tempo.

Vislumbramos essa finalidade ao observarmos os princípios norteadores. Estes, se seguidos conforme preceitua a referida legislação, tornam-na mais eficaz e facilita o trâmite processual.

Sobre esse tema, o professor Eduardo Sodré assegura que:

Tais postulados têm papel fundamental, pois se prestam não apenas a aclarar a interpretação dos dispositivos legais aplicáveis à espécie e permitir a integração do direito objetivo, mas também servem como verdadeiro norte para alterações legislativas futuras. O processo, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, então, "orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e

celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.” (SODRÉ, 2005, p.5).

Neste contexto dizemos que princípio seria a regra fundamental que está aí para ser observada e cumprida. O doutrinador Figueira Júnior (2006. p. 23), assim conceitua: “*os princípios processuais são um complexo de todos os preceitos que originam, fundamentam e orientam o processo*”.

Importante salientar que estes princípios processuais estão divididos em princípios informativos e princípios fundamentais. Os informativos são aqueles que representam o caráter processual e seu objetivo principal é a pacificação social. Já os fundamentais, são os que estão garantidos na Constituição Federal, e que visam facilitar a tramitação do processo. Cumpre ressaltar que estes princípios não possuem caráter fundamental, eles buscam apenas garantir a informação processual. Visando afastar a lentidão no trâmite das demandas judiciais por conta da predominância da escrita, o princípio da oralidade buscou agilizar o processo, não descartando os registros, já que não há possibilidade de não documentar o ocorrido.

Analisando este princípio vemos que ele é fundamento em alguns sub-princípios, quais sejam: o da concentração, o da identidade física do juiz, o do imediatismo e o da irrecorribilidade das decisões interlocutórias. Eles formam um conjunto de critérios procuram afastar a manifestação escrita, dando ao processo um enfoque puramente oral.

Com relação a estes sub-princípios, é pertinente frisar que a concentração referida diz respeito a concentrar as atividades processuais em uma única sessão, simplificando o processo, sendo realizada por um único juiz que posteriormente irá decidir a causa, remetendo então para sub-princípio da identidade física supra mencionado. Já no que concerne ao imediatismo, se refere ao contato imediato existente entre juiz e partes, facilitando o depoimento oral e a coleta das provas. Por fim, temos a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, que tem o fito de assegurar a solução mais rápida do litígio, sem nenhuma interrupção aos recursos contra as decisões interlocutórias.

Outro princípio encontrado no artigo 2º da Lei 9.099/95 é o da simplicidade. Este princípio se confunde com o princípio da informalidade e orienta ao cidadão que o processo deverá cumprir regras simples, longe da complexidade encontrada no procedimento comum. Quando a causa é considerada complexa, ela não poderá ser analisada sob o âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, visto que na maioria das vezes estas causas, exigem uma maior gama de requisitos inclusive a realização de prova pericial.

Ademais, o intuito do princípio da simplicidade é buscar a efetiva solução do litígio. Assim os atos processuais são validos sempre que atingirem aos fins para os quais forem realizados. O que importa é que a finalidade seja totalmente atingida e não traga nenhum prejuízo.

A possibilidade de propor uma reclamação de forma oral é uma das características do princípio da informalidade. Esta reclamação de dará mediante algumas etapas são elas: a atermação da queixa, a audiência de conciliação, a de instrução, a possibilidade da parte postular seus direitos sem a presença de um advogado e o valor da causa não ultrapassar 40 salários-mínimos.

Diante disso percebemos também o princípio da economia processual, que tem como objetivo primordial pouca atividade com muito resultado, se aproveitando ao máximo dos atos praticados no decorrer do trâmite processual.

Para finalizar, o legislador instituiu o princípio da celeridade tendo como objetivo acelerar a prestação jurisdicional, garantindo a segurança da decisão. Este princípio está intimamente ligado à própria razão dos Juizados Especiais, já que estes foram criados como alternativa de resolução das causas de menor complexidade, afastando assim da realidade da Justiça comum que sofre por ser cheia de deficiências e problemas que a obstaculizam.

Assim, Liberato Bonadia Neto pondera:

A celeridade, no sentido de se realizar a prestação jurisdicional com rapidez e presteza, sem prejuízo da segurança da decisão. A preocupação do legislador com a celeridade processual é bastante compreensível, pois está intimamente ligada à própria razão da instituição dos órgãos especiais, criados como alternativa à problemática realidade dos órgãos da Justiça comum, entrevada por toda sorte de deficiências e imperfeições, que obstaculizam a boa fluência da jurisdição. A essência do processo especial reside na dinamização da prestação jurisdicional, daí por que todos os outros princípios informativos guardam estreita relação com a celeridade processual, que, em última análise, é objetivada como meta principal do processo especial, por representar o elemento que mais o diferencia do processo tradicional, aos olhos do jurisdicionado. A redução e simplificação dos atos e termos, a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, a concentração dos atos, tudo, enfim, foi disciplinado com a intenção de

imprimir maior celeridade ao processo. (BONADIA NETO, 2006, p.6).

O cerne do processo que tramita nos Juizados Especial reside na dinâmica que é dada a prestação jurisdicional, por isso que é nítido que todos os outros princípios têm uma estreita relação com a celeridade processual, que, é apontada como meta principal por ser considerado como elemento que mais o difere do processo na Justiça comum.

Desta forma, nota-se que os Juizados Especiais Cíveis trouxeram para um novo alento para o cidadão comum, pois além de ver mais perto a possibilidade de resolver seus conflitos, foi possível constatar que de fato existe uma preocupação do legislador em dar efetividade aos direitos constitucionais tutelados na Carta Magna, de forma menos burocrática e mais acessível.

### **3 OBSTÁCULOS ENCONTRADOS QUE DIFICULTAM O ACESSO À JUSTIÇA**

Ao procurar resolver uma demanda na justiça, o cidadão sempre encontra alguns obstáculos que dificultam a sua finalidade. Apesar da Constituição Federal de 1988 garantir este direito a todos, ainda hoje vê-se que muitos são os entraves que obstam a efetividade do objetivo principal.

É certo que algumas pessoas buscam o Poder Judiciário com o intuito de sanar alguma questão que poderia ser facilmente dirimida administrativamente. Por este e outros motivos que a lentidão da justiça é tão latente, pois o que poderia ser solucionado de maneira simples torna-se um longo e demorado processo que por muitas vezes acaba não tendo o desfecho esperado pela parte autora.

Ademais a cultura do povo brasileiro ainda é arcaica no que tange ao entendimento do que é de fato necessário ou não. Perde-se muito tempo com demandas insignificantes, fazendo com que os Juizados fiquem com armários cheios de processos parados por falta de interesse das partes, pois estas por vezes não têm condições de pagar com as despesas processuais bem como com os honorários advocatícios.

A Lei 9.099/95 trouxe em seu bojo, a finalidade primordial de haver celeridade no trâmite processual, visto que este sempre foi um entrave que dificultava o resultado final do acesso à justiça. Além deste, outros fatores devem ser ressaltados, como a hipossuficiência das partes, o formalismo jurídico e o processo eletrônico que apesar de ter surgido com um propósito, até hoje ainda tem a sua eficácia muito questionada.

Diante de tantos pontos a serem analisados no que tange a efetividade do acesso à justiça, é nítido que a máquina Judiciária não acompanhou a evolução dos anseios sociais por Justiça, haja vista que o Poder Judiciário se mostra obsoleto, com carência em vários setores, inclusive no que concerne a servidores e a juízes que por vezes parece que são incapazes de dar uma solução rápida e eficaz aos conflitos.

Concomitante a isso, diz-se que essa falta de julgadores passou por uma rotina exaustiva na tentativa de diminuir a quantidade de processos que estão sob sua responsabilidade e que se acumulam dia-a-dia. Por outro lado, a de se levar em conta também as péssimas condições dos imóveis públicos onde normalmente estão localizados os juizados brasileiros. Em sua grande maioria são pequenos e desorganizados, munidos com equipamentos ultrapassados, sem contar com a falta de qualificação de alguns serventuários.

Sobre isso Dalmo de Abreu Dallari afirma:

Em muitos lugares há juízes trabalhando em condições incompatíveis com a responsabilidade social da magistratura, indo a deficiência material desde as instalações precárias até as obsoletas organizações dos feitos num arcaico papelório dos autos com fichários datilografados ou até manuscritos e os inúmeros vaivens dos autos numa infundável prática burocrática de acúmulo de documentos. (DALARI, 2011 - P.156)

Assim, resta claro que muitos são os obstáculos encontrados pelo cidadão que busca ter garantido o seu direito de acesso a justiça, devendo estes, portanto ser analisados em suas particularidades.

### **3.1 A morosidade processual**

A morosidade processual é considerada como o entrave mais latente no que tange ao acesso à justiça, pois ela acaba interligando os demais entre si, fazendo com que todos os outros problemas que surgem como empecilhos remetam a esta questão.

A Lei 9.099/95 traz a celeridade processual como um dos princípios norteadores. Este princípio foi instituído, visando resolver um dos principais entraves do acesso à justiça, qual seja a morosidade processual. Criada com o intuito de desafogar as varas da justiça comum e beneficiar o cidadão que necessitava recorrer ao Poder Judiciário para resolver suas questões, a Lei dos Juizados Especiais Cíveis ainda não consegue ser eficaz em sua totalidade tendo em vista alguns problemas encontrados.

Como falado anteriormente, muitos são os obstáculos encontrados hoje que acabam atrapalhando as normas estabelecidas pela redação da lei no que concerne ao acesso à justiça e que prejudicam toda uma sociedade que buscam a resolução dos seus litígios perante o Poder Judiciário. Tais problemas são diariamente diagnosticados como principais óbices para a efetivação dos objetivos propostos no que diz respeito ao acesso à justiça, porém é nítido que existe um descompasso entre o que está previsto na lei e o que ocorre cotidianamente.

A partir daí, a morosidade processual surge encabeçando a lista de obstáculos que dificultam a efetividade dos princípios norteadores da Lei 9.099/95, neste caso específico o princípio da celeridade processual. Cumpre ressaltar que este ponto não é algo tão complicado de resolver, pois na grande parte dos casos a morosidade se dá por falta de comprometimento do poder público e também com a falta de conhecimento por parte da população no que concerne aos seus direitos.

Este problema é reflexo de um contexto de vários outros que cercam a questão da efetividade do acesso à justiça. Como dito anteriormente, algumas situações comuns que ocorrem em relação ao trâmite processual, e que poderiam ser facilmente solucionadas, acabam por se tornarem entraves que dificultam a resolução de uma demanda.

Desta forma percebe-se que o cidadão acaba tendo a sensação que está sendo lesado, além disso é comum o autor desistir do processo por desacreditar no seu desfecho favorável. Ademais, têm-se a impressão que nada está sendo feito e que a hipossuficiência do autor em nada pesa em comparação à força que o réu tem para dispor de recursos que lhe favoreçam.

Além disso, vê-se que na prática, a longa duração do processo vai à contramão dos direitos e garantias assegurados pela Constituição Federal de 1988, conforme reza o artigo 5º, LXXVIII : "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

### **3.2 Hipossuficiência**

Diz-se hipossuficiente àquele cidadão que tem poucas condições financeiras, poucos recursos para sobreviver. Pensando nestas pessoas, a Lei 9.099/95, quis privilegiar àqueles que têm questões a resolver, mas que não podem bancar os custos de um processo, bem como arcar com os honorários advocatícios.

A hipossuficiência do demandante foi levada em conta visando facilitar a resolução dos litígios e também numa tentativa de estabelecer um equilíbrio social.



Por conta disso, a de se destacar a importância do instituto do *jus postulandi*, haja vista a não obrigatoriedade de se constituir um advogado para trabalhar no processo requer disponibilidade financeira e sabe-se que muitos dos cidadãos que necessitam recorrer à justiça não têm condições de pagar por tal serviço.

É pertinente frisar que qualquer pessoa pode buscar a prestação jurisdicional gratuita alegando hipossuficiência sem precisar provar tal condição, visto que os procedimentos iniciais nos Juizados Especiais Cíveis não possuem custos e são acessíveis a todo e qualquer cidadão.

Corroborando com essa linha de pensamento, Luiz Guilherme Marinoni entende que:

O custo do processo pode impedir o cidadão de propor a ação, ainda que tenha convicção de que seu direito foi violado ou está sendo ameaçado de violação. Isso significa que, por razões financeiras, expressiva parte dos brasileiros pode ser obrigada a abrir mão de seus direitos. (MARINONI, 2012 - P.310)

Assim, vê-se que de fato a falta de recursos por parte das pessoas menos favorecidas consiste em um entrave no que se refere ao acesso à justiça, visto que muitos não têm condições de bancar as custas inerente ao processo judicial.

### **3.3 Custas judiciais**

Analisando o contexto sob o ponto de vista social, vê-se que a justiça deveria ser gratuita, pois desta forma estaria ao alcance de todos. Porém, alguns atos processuais envolvem custos e despesas, e estes devem ser pagos pelas partes que compõe o processo tornando assim a prestação jurisdicional um processo remunerado.

A controvérsia se surge quando se vê que a Constituição Federal de 1988 assegura a gratuidade da justiça a todo cidadão que não se ache em condições de arcar com as despesas do processo, reza o artigo 5º, LXXIV que não pode haver prejuízo do sustento próprio ou da família. Além disso, a Lei 1.060/50, garante aos necessitados o benefício da assistência judiciária gratuita, excetuando as partes que podem arcar com o ônus financeiro do processo.

O ordenamento jurídico pátrio ainda traz no artigo 19 do Código de Processo Civil o tema em questão, aduzindo que os gastos com o processo devem ser assumidos pelas partes e definindo como despesas processuais desde o ajuizamento da

demanda quando necessário for pagar, até os gastos de cunho preparatório antes de interpor um recurso.

Assim:

Art. 19. Salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até sentença final; e bem ainda, na execução, até a plena satisfação do direito declarado pela sentença.

§ 1º O pagamento de que trata este artigo será feito por ocasião de cada ato processual.

§ 2º Compete ao autor adiantar as despesas relativas a atos, cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público.

Nesta seara, cumpre ressaltar que os honorários advocatícios não fazem parte das chamadas custas judiciais, sobre esse assunto o Código de Processo civil traz informações no seu artigo 20, apenas os honorários periciais fazem parte desse rol.

As custas judiciais são consideradas as despesas responsáveis abrangem toda a formação do processo, elas são destinadas a cobrir gastos estaduais, visto que são uma fonte de renda para erário público. Possuem natureza de tributo e são determinadas através de uma tabela onde são discriminados os serviços e os valores cobrados por ele.

### **3.4 Formalismo jurídico**

Historicamente, o contexto jurídico impõe uma maneira formal de tratar as situações cotidianas fazendo com que para muitos esta forma pareça uma barreira entre o cidadão que busca dirimir suas demandas e o Poder Judiciário.

Algumas regras processuais surgem para que o andamento da demanda não seja comprometido, para que o julgamento seja justo e que não haja excessos. Contudo, esses excessos de apego as regras consideradas meramente burocráticas por parte do Poder Judiciário, muitas vezes faz com que a justiça não seja efetiva com deveria.

Por vezes vê-se que a questão perpassa muito por um capricho por parte de quem move a máquina administrativa, as formalidades desnecessárias acabam sendo



mais um artifício para diminuir a quantidade de processos nos armários, fazendo com que esta seja mais uma das tantas causas da morosidade processual.

Nesta seara, observa-se que as regras estabelecidas são necessárias para regular o trâmite processual, visto que o papel da Justiça é buscar a verdade efetiva. Porém, é cultural o aspecto formal do processo e o próprio Estado não compreende que esse formalismo deve ser afastado na medida do possível.

Apenas em alguns casos é que percebe-se que os tribunais superiores demonstram desapego a regras e expressões processuais e dão vazão ao bom andamento da ação, pois somente assim é possível derrubar o formalismo registrado em decisões de segunda instância.

É importante lembrar que o papel do Estado é garantir o acesso à Justiça, fazendo com que o cidadão tenha a possibilidade de resolver suas questões de maneira simples e célere, aplicando as leis de forma efetiva na tentativa de estabelecer um equilíbrio social. Contudo, observa-se que a mesma forma que a interpretação das leis é um fator determinante para o desenvolvimento da cidadania, ele também poderá ser considerado um fator de retrocesso devido ao excesso de formalidades impostas pelo Poder Judiciário.

Além disso, é pertinente lembrar dos princípios do duplo grau de jurisdição e do contraditório, estes são considerados como exemplos do excesso de formalismo, tendo em vista que as quantidades intermináveis de impugnações e recursos que emperram a máquina da Justiça, aprofundam cada vez mais a crise do Poder Judiciário e denotam o excesso desnecessário.

Sendo assim, observa-se que este ponto ora analisado trata-se de uma questão mais cultural, pois perpassa pela problemática da falta de conhecimento jurídico por grande parte da população que desconhece seus direitos mais básicos, bem como os instrumentos processuais existentes para garanti-los, daí não questionam algumas as situações que encontram e acabam aceitando tudo por acreditar que a burocracia faz parte do trâmite processual.

### **3.5 O processo eletrônico**

Diante de tantos problemas como a falta de servidores, a grande demanda sem movimentação e outras tantas questões que permeiam o Poder Judiciário, em 2006 surgiu o inovador processo eletrônico. Com o intuito de fazer a máquina estatal “girar” mais rápido e pôr em prática todos os princípios previstos na Lei 9.099/95, essa nova modalidade processual veio para sanar algumas questões que dificultam e obstam o andamento de milhares de ações propostas no judiciário brasileiro.

Sabe-se que as tecnologias visam facilitar a vida dos cidadãos, pois garantem certa rapidez e porque não dizer uma segurança a todos. Atualmente a internet é o meio de comunicação que mais cresceu com o passar dos anos, conectando as pessoas umas as outras, bem como ao mundo de uma forma geral.

Pensando nisso, que em 19 de dezembro de 2006 surgiu a lei que dispõe sobre a informatização do processo judicial. Esta lei possui 22 artigos que trazem informações a cerca dessa modalidade processual.

O artigo 8º da referida norma, diz que:

Art. 8º Os órgãos do Poder Judiciário poderão desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas.

Parágrafo único. Todos os atos processuais do processo eletrônico serão assinados eletronicamente na forma estabelecida nesta Lei.

Deste modo, nota-se que o legislador deu liberdade para cada Estado desenvolver o seu sistema, contanto que obedecendo as normas Pré-estabelecidas na norma vigente.

Os demais artigos da lei apresentam um rol que permite com que as pessoas compreendam como serão realizados os atos processuais. Tudo isso ocorreu na tentativa de facilitar o acesso às informações contidas no processo e também devido a outras questões, como por exemplo, a economia de papel e tintas de impressora, o desuso de armários e prateleiras e até mesmo a necessidade de serventuários para manusear o processo.

No processo eletrônico, as partes têm um papel fundamental, pois qualquer falha nas informações e cadastramento da ação compromete todo o processo. É preciso que se tenha cuidado ao acessar o sistema, ao fornecer a senha, ao inserir petições e documentos, já que os princípios constitucionais e infraconstitucionais, bem como os prazos previstos em lei precisam ser respeitados.

Assim, percebe-se que mesmo com tantos pontos favoráveis, ainda hoje o sistema judicial eletrônico tem muitas falhas que dão brecha para que a sua efetividade esteja comprometida.

#### **4 O ACESSO A JUSTIÇA SOB A PERSPECTIVA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Como explicitado anteriormente, o acesso à justiça tem sua base na Constituição Federal de 1988, neste contexto, importante mencionar a interferência dos direitos fundamentais na aplicabilidade deste direito. Segundo entendimento de Dirley da Cunha Júnior (2009), sobre os direitos fundamentais, em que pese à grande variedade de teses, nada mais são do que direitos essenciais a uma existência humana digna, positivados no ordenamento jurídico.

Prossegue o autor, esclarecendo que o critério norteador, mas não absoluto, para melhor conceituação do direito fundamental deve ser o da dignidade da pessoa humana, princípio maior para onde devem convergir os demais direitos do homem.

Objetivando para Direitos Humanos, o conceito pode ser entendido como os direitos que pertencem ou deveriam pertencer a qualquer homem, independente de sua origem, raça, classe social, idade, sexo, etnia, etc., sendo que nenhum homem poderia ser despojado destes direitos. Esses direitos são condições necessárias para o aperfeiçoamento da pessoa humana e da civilização.

Este conceito precisa ser fundamentado, ou justificado, para ser aceito. Assim, vê-se que o direito é uma criação humana, o seu valor deriva, justamente, daquele que o criou. Desta forma, é preciso buscar no próprio homem as especificidades ontológicas, sobre a qual funda a sua dignidade no mundo, a antropologia filosófica hodierna vai aos poucos estabelecendo um largo consenso sobre algumas características próprias do homem, a saber: a liberdade como fonte da vida ética, a autoconsciência, a sociabilidade, a historicidade e a unicidade existencial do ser humano.

Certo é que a concretização da dignidade da pessoa humana perpassa, necessariamente, pelo reconhecimento dos direitos fundamentais, principalmente, os mais essenciais à condição humana, como o direito à vida, saúde e liberdade.

Nesta esteira, Cunha Júnior conclui afirmando que, sem embargo das particularidades de cada Estado, os direitos fundamentais são:

Todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade da pessoa humana, que se encontram reconhecidas no texto da Constituição formal (fundamentalidade formal) ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidas e equiparadas, pela própria Constituição, aos direitos que esta formalmente

reconhece, embora dela não façam parte (fundamentalidade material). (CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 345)

Assim, surge o processo de positivação caracterizado pela tradição da discussão filosófica ao Direito positivo. O processo de criação do ideal dos direitos fundamentais, precedente ao de positivação, foi assinalado por modificações políticas, sociais, econômicas e culturais da sociedade rumo à modernidade e como resultado das vindicações dos livres pensadores que criaram o Direito Natural Racionalista, revolucionário em sua essência, o Iluminismo (CUNHA JÚNIOR, 2009).

Quanto a estes direitos, não basta à positivação, é imprescindível à concretização pelo Estado, com a entrega efetiva dos bens e serviços constitucionalmente assegurados. Justamente por este motivo, é que os direitos de segunda geração, frequentemente, são alvos de omissões estatais ou intervenções desajustadas.

Não raro, o Judiciário é instado a compelir o Executivo a suprir estas omissões, consubstanciado na regra de que os direitos fundamentais, por terem aplicabilidade imediata, não devem se submeter à inércia do ente público na adoção das medidas para o acesso a tais direitos, sob pena de violação ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

Os direitos de terceira geração, atrelados aos ideais de fraternidade, consagram os direitos necessários à proteção da coletividade, como o direito ao meio-ambiente equilibrado, direito à segurança, à paz, etc.

Como alhures mencionado, o problema maior dos direitos de segunda geração é a sua efetividade, garantindo-se ao cidadão a entrega das prestações a que se obrigou o Estado a cumprir no texto constitucional.

Nesta esteira, não se admite mais um Estado apenas fiscalizador da vida social, exigindo-se deste uma postura mais engajada com os anseios da sociedade, regulando, mas, também, atuando de forma mais concreta em busca da modificação da realidade social e da melhoria da qualidade de vida.

Não se pode negar, no cenário atual, que os direitos fundamentais, tidos por muitos como direitos humanos constitucionalizados, independentemente da classificação doutrinária que ocupem, merecem a devida concretização, notadamente, os direitos à vida e à saúde, à convivência social e familiar, que devem ser vistos como intercomunicantes, porque assim tem-se a realização da pessoa humana em sua completude, sendo certo que, em determinadas situações, apenas a tutela jurisdicional será capaz de permitir a efetivação dos mesmos.

Nessa ordem de idéias, surge o princípio da dignidade da pessoa humana, esta expressa um feixe de valores humanizadores e civilizatórios, incorporados ao sistema jurídico brasileiro, com reflexos multidisciplinares e exigindo do jurista contemporâneo uma postura diferenciada, impondo ao Estado obrigações positivas e negativas, no sentido de implementar, em concreto, a imprescindível dignidade de cada pessoa.

Neste contexto tem-se o direito a acesso à justiça, que não deve ser negligenciado, sob qualquer justificativa, pois restaria configurado verdadeiro atentado ao princípio maior da Dignidade da Pessoa Humana e à própria necessidade de concretização deste princípio constitucional, a fim de não torná-lo mera ficção jurídica. Assim, a Constituição Federal erigiu a Dignidade da Pessoa Humana à condição de Princípio Fundamental do Estado Democrático de Direito, com a função de orientar toda e qualquer ação estatal.

Conforme ressalva Alexandre de Moraes:

Enfoca-se no “princípio constitucional da dignidade da pessoa humana porque tal parece ser o único princípio capaz, na atualidade, de conferir a unidade axiológica e a lógica sistemática, necessárias à recriação dos institutos jurídicos e das categorias do direito civil”. Embora essa doutrinadora mencione apenas o direito civil, é cediço que à adequação das normas à Constituição abarca todos os ramos existentes no direito. (MORAES, 2013, p. 118)

Em que pese à proteção da vulnerabilidade do ser humano em virtude da sua própria condição, referido princípio passou a ser considerado um guia para a estruturação do sistema normativo brasileiro, tendo em vista a criação de novos diplomas normativos e institutos jurídicos, além das releituras dos já existentes. Tudo visando à efetivação dos direitos fundamentais, e com a finalidade de manter uma unidade no ordenamento pautada pela concepção da dignidade da pessoa humana.

Este núcleo identificado abarca vários direitos, inclusive o da saúde, educação e acesso à justiça. É pertinente frisar que sob a perspectiva da fundamentalidade da dignidade da pessoa humana, surge a concepção de um mínimo existencial capaz, ou seja, que exista condições mínimas para uma existência digna. Sendo assim, vê-se que existe uma unidade da dignidade da pessoa humana que possui eficácia jurídica positiva capaz de vincular os Estados na defesa dos direitos dos indivíduos e desta forma defender a garantia de acesso à justiça como algo essencial à dignidade da pessoa humana.

Assim, diante da inexistência de rol taxativo do núcleo do mínimo existencial observa-se que a garantia de acesso à justiça é nada mais é que uma condição necessária para a defesa dos direitos fundamentais do cidadão, em respeito à dignidade da pessoa humana.

Ademais a previsão normativa dos direitos, impõe que seja necessário existir uma autoridade estatal capaz de agir coercitivamente, fazendo com que haja obediência dos comandos jurídicos. Contudo, insta salientar que, apesar do Poder Judiciário assumir este papel, a mera existência de um órgão julgador torna-se insuficiente sem que sejam garantidos os meios de acesso, pelos cidadãos, a uma resposta judicial.

Destarte, resta claro que sob a perspectiva do procedimento, o acesso à justiça enquadra-se no núcleo central do princípio da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, vê-se que trata-se de um direito essencial que garante a defesa dos interesses e direitos do indivíduo perante o Poder Judiciário, já que permite a defesa dos demais direitos titularizados pelos cidadãos.

#### **4.1 O direito a proteção jurídica eficaz e adequada**

O direito à proteção jurídica eficaz e temporalmente adequada surge da análise do fator tempo para a efetividade da prestação jurisdicional, expondo a necessidade de apreciação da lide e conseqüente resposta jurisdicional em tempo útil, ou seja, sem dilações temporais inúteis.

Assim, pode-se dizer que o que se cogita não é uma justiça pronta. A necessidade da sociedade é que haja uma justiça efetiva, com a diminuição das garantias processuais e materiais. Já que muitas vezes as reformas legislativas e mudanças comportamentais nos órgãos jurisdicionais acabam utilizando o pretexto de se buscar a celeridade processual para melhorar a prestação jurisdicional, mas na verdade reduz os direitos ou garantias processuais.

Desta forma, observa-se que além de se garantir o acesso ao órgão jurisdicional, é imprescindível criar e desenvolver meios capazes de garantir a celeridade processual, a fim de que a decisão jurisdicional atenda aos anseios do demandante uma vez que a morosidade processual é algo extremamente prejudicial às partes litigantes.

É importante que ocorra uma universalização do acesso à justiça, para que assim os cidadãos possam ver seus direitos realmente garantidos independentemente dos limites territoriais do Estado ao qual esteja vinculado. Ocorrendo isto, resta configurado o pleno exercício da cidadania pelos sujeitos de direito, garantindo o adequado respeito às normas jurídicas, à luz da concepção dos direitos humanos.



Pode-se dizer que quando não há acesso a uma Justiça de forma efetiva e transparente, não é possível haver democracia. Destarte, a garantia do acesso à justiça é considerada como uma contribuição para o exercício da cidadania. Esta garantia não deve ser confundida como uma social no que tange a esfera judicial.

Diante do exposto, tem-se que a finalidade primordial do legislador ao tutelar o acesso à justiça, foi criar uma jurisdição que possa favorecer o cidadão na busca pela equidade em relação às desigualdades sociais.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa realizada permite que seja feita algumas considerações sobre o tema. Assim, foi possível observar que o acesso à justiça sofreu grande evolução no decorrer dos tempos.

Viu-se que a sempre houve na sociedade tentativas que permitissem que os cidadãos buscassem solucionar seus conflitos da melhor maneira possível. Anteriormente, a justiça era utilizada de maneira arcaica; depois, com a evolução da sociedade, foi construída a idéia de jurisdição existente hoje, observando as particularidades de cada lugar.

No Brasil, o acesso à justiça só começou a se tornar expressivo com o advento da Constituição Federal que inovou trazendo a criação da assistência judiciária gratuita e dispendo sobre a garantia de diversos direitos sociais importantes. Após este feito, a Constituição de 1988, colocou o acesso à justiça no patamar de preceito constitucional, conferindo às pessoas o direito de ação, como também a proteção à lesão ou ameaça de direito, conforme disposto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.

Em paralelo às garantias inseridas na Carta Magna no que concerne ao acesso à justiça, destaca-se o direito garantido em lei a cerca da assistência judiciária gratuita àqueles que não podem suportar o ônus do processo sem ver prejudicada a sua subsistência. Apesar da importância dessa lei, observa-se que ela possui algumas limitações, já que não garante a gratuidade de todos os custos do processo.

Outro ponto analisado foi o Juizado Especial Cível, que atua sob a égide dos princípios da oralidade, da simplicidade, da informalidade, da economia processual e da celeridade. Além disso, outro fator de destaque no que se refere aos Juizados Especiais, é a questão da gratuidade de ação às partes em primeiro grau e a não obrigatoriedade de advogado em causas de até vinte salários mínimos.

Nesta seara, ressalta-se também a facilidade de as partes tentarem uma conciliação firmando um acordo de maneira justa e eficaz, bem como utilizar a mediação para dirimir suas demandas.

Estas formas de acesso à justiça foram enfocadas no decorrer do trabalho e mostram que poderiam ser mais eficazes se não esbarrassem na falta de conhecimento da população e também no custo desses procedimentos, ficando inacessíveis à maioria pobre da população.

É pertinente frisar que a intenção do legislador foi à melhor possível, porém somente a lei não resolve o problema do acesso à justiça. Existem fatores econômicos, sociais, processuais, tais como o formalismo jurídico e a morosidade, que influenciam diretamente no acesso à justiça. É preciso que o Estado busque soluções para a conscientização de direitos e também para reduzir o formalismo jurídico, assim ampliaria o acesso à justiça e por consequência haveria uma pacificação social.

Diante do exposto, observa-se que o acesso à justiça não se resume, portanto, em mero ingresso ao judiciário, mas em uma expectativa do cidadão em solucionar seus litígios de maneira justa, célere e eficaz, observando a segurança jurídica e o princípio da igualdade, para que desta forma restasse satisfeita a sua pretensão e por outro lado o Estado afirmar que houve justiça.

## REFERÊNCIAS

BONAVIDES, **Paulo**. Curso de Direito Constitucional - **23ª Ed. Ed. Malheiros. 2008**

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O acesso à justiça no plano dos direitos humanos**. In Queiroz, Rafael Sofiati. Acesso à Justiça. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2002.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Brasília, 26 set. 1995; 174º da Independência e 107º da República. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9099.htm>>. Acesso em: 10 out. 2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional** - 7ª ed.: Revista, ampliada e atualizada. Editora Jus Podium. 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado** - 32ª Ed. Saraiva. 2013



MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários ao Código de Processo Civil** - Volume II - 2ª Ed. Saraiva. 2005.

MEDINA, **Eduardo Borges de Mattos**. *Meios alternativos de solução de conflitos*. Ed. Sergio Fabris.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2013.

NALINI, José Renato. **Novas perspectivas no acesso à justiça**. Disponível em: < <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo08.htm> >. Acesso em: 02 de abr.2015.

SODRÉ, Paulo Cesar Alves. **O Acesso à Justiça no Brasil: Dos Juizados de Pequenas Causas aos Juizados Especiais Federais - Breve Panorama**. Disponível em: <[http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud11/O Acesso a Justiça no Brasil.htm](http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud11/O_Acesso_a_Justica_no_Brasil.htm) >. Acesso em: 25 mai. 2015.

## **O PRINCÍPIO DA LEALDADE PROCESSUAL E DA BOA-FÉ OBJETIVA À LUZ DO NOVO CÓDIGO PROCESSUAL CIVIL E O ASSÉDIO PROCESSUAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO**

**LAISA CRISTINA MUNDIM GONÇALVES PALHARES:**

Especialista em Direito Processual do Trabalho. Pós-graduanda em Direito Civil e Processual Civil, Pós-graduanda em Direito Constitucional. Bacharela em Direito.

**Resumo:** O presente trabalho visa analisar no âmbito processual trabalhista a aplicação dos Princípios da Lealdade Processual e da Boa-fé Objetiva, bem como a caracterização do assédio processual, as condutas que o delineia e suas consequências. O estudo implicará na historicização do instituto em foco, por meio da metodologia de pesquisa bibliográfica e pelo método dedutivo, tornando-se imprescindível trazer à baila a diferenciação entre este e a litigância de má-fé. Nessa medida, mister se faz examinar o entendimento doutrinário e jurisprudencial, pois há divergência entre estes, de modo a elucidar essa figura jurídica que vem sendo tão falada e tratada no processo judicial.

**Palavras-chave:** assédio processual; lealdade processual; Justiça do Trabalho.

**Extract:** The present work aims to analyze in the labor procedural scope the application of the Principles of Procedural Loyalty and Objective Good Faith, as well as the characterization of procedural harassment, the conduct that outlines it and its consequences. The study will involve the historicization of the institute in focus, using the bibliographic research methodology and the deductive method, making it essential to bring up the difference between this and litigation in bad faith. To that extent, it is necessary to examine the doctrinal and jurisprudential understanding, as there is divergence between them, in order to elucidate this legal figure that has been so talked about and treated in the judicial process.

**Keywords:** procedural harassment; procedural loyalty; Work justice.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Princípio da Lealdade Processual e da Boa-fé à luz do novo Código de Processo Civil; 2.1 Princípio da Boa-fé; 2.1.1 Boa-fé objetiva e subjetiva; 2.2 Princípio da Lealdade Processual; 3. Histórico do instituto do assédio processual; 3.1 O assédio processual; 3.2 Elementos caracterizadores do assédio processual; 3.3 Natureza jurídica do assédio processual; 4. Diferenciação entre assédio processual e litigância de má-fé; 4.1 Quanto aos elementos caracterizadores; 4.2 Quanto ao prejuízo; 4.3 Quanto à previsão legal; 4.4 Quanto ao agente; 4.5 Quanto à vítima dos atos; 4.6 Quanto às sanções; 5. Previsão legal no Código de Processo Civil; 6. O

assédio processual e a litigância de má-fé no âmbito da Justiça do Trabalho; 6.1 Penalidades e imposições decorrentes do assédio processual; 7. Posicionamento doutrinário e jurisprudencial; 8. Considerações Finais; 9. Referências.

## 1. Introdução

O presente trabalho visa analisar como se dá a aplicação no âmbito processual trabalhista do princípio da lealdade processual e da boa-fé objetiva, visualizar a diferença entre eles, bem como a ocorrência do assédio processual, visto que hodiernamente, a legislação trabalhista não possui um código próprio, pois trata-se de uma consolidação de várias normas do trabalho, e utiliza por sua própria autorização dispositivos da lei processual civil.

Imprescindível se torna verificar como surgiu e como se dá o enquadramento do instituto do assédio processual, suas características, seus elementos caracterizadores e, nessa oportunidade, torna-se relevante trazer à baila a diferenciação entre este e a litigância de má-fé. Ainda, verificar como tem se posicionado a doutrina e os tribunais do trabalho frente ao instituto jurídico do assédio processual e de que forma se dá sua aplicação na Justiça do Trabalho.

Por se tratar de instituto jurídico recente ainda não é possível encontrar bases sólidas sobre ele, pois a doutrina e a jurisprudência têm se posicionado de diferentes formas.

Por ser instituto novo, o assédio processual tem merecido a atenção dos doutrinadores e operadores do direito, o que torna o tema relevante, sendo de suma importância seu estudo e quais suas implicações no âmbito processual trabalhista.

O artigo está estruturado em 9 capítulos, apresentando-se no primeiro a introdução sobre o trabalho, no segundo capítulo aborda o Princípio da Boa-Fé e o da Lealdade Processual, princípios de grande importância nas relações processuais. O terceiro capítulo aborda a historicização do instituto do assédio processual, tratando de seu surgimento, conceito, caracterização e natureza jurídica. O quarto capítulo traz a clara diferenciação entre assédio processual e litigância de má-fé. Já no quinto capítulo, é possível verificar se há ausência normativa para o instituto em análise. No sexto capítulo, são apresentados o assédio processual e a litigância de má-fé no âmbito do processo do trabalho, trazendo à discussão as penalidades que são impostas ao litigante assediador. No capítulo sete, é possível analisar o posicionamento doutrinário e jurisprudencial acerca do assédio processual. O capítulo oito traz as considerações finais sobre o tema do presente trabalho e por seguinte o capítulo nove elenca as referências utilizadas para a elaboração deste.

Para elucidar sobre o tema do presente trabalho a metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica, tendo como principais autores Carlos Henrique Bezerra Leite e Leone Pereira, sendo desenvolvida a partir da utilização e interpretação de livros como fonte doutrinária, artigos, *sites* jurídicos e jurisprudência, pois se busca analisar e verificar a aplicação do assédio processual no processo do trabalho.

## 2. Princípio da Lealdade Processual e da Boa-fé à luz do novo Código de Processo Civil

Os princípios possuem lugar de destaque no ordenamento jurídico brasileiro e não são apenas norteadores ou ideais a serem alcançados, mas também são verdadeiros limitadores para garantir que o direito não seja aplicado de forma arbitrária.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p.53):

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico. (...) violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.

Os princípios possuem função integrativa e hermenêutica, orientando como o operador do direito deve atuar em cada caso, buscando sempre legitimar suas decisões, bem como fundamentá-las.

### 2.1 Princípio da Boa-fé

Dada a relevância do tema, necessário se faz, *a priori*, analisar o Princípio da Boa-fé, diferenciando a boa-fé objetiva da subjetiva, bem como suas implicações práticas, tendo em vista que este princípio é de suma importância em todo o ordenamento jurídico.

#### 2.1.1 Boa-fé objetiva e subjetiva

A boa-fé objetiva está insculpida no Código Civil em seus artigos 113 e 422, *in verbis*, respectivamente:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa fé e os usos do lugar de sua celebração.

[...]

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

É possível abstrair que a boa-fé objetiva visa o comportamento do indivíduo como parte da relação jurídica. Já a boa-fé subjetiva analisa a intenção do agente frente ao negócio jurídico, sendo que estes dois institutos possuem foco no indivíduo não somente nas relações contratuais na seara do Direito Civil, como também nas relações processuais em geral.

Quando a parte age de forma contrária à boa-fé, pode-se dizer que está agindo de má-fé.

Desta forma, pode-se perceber que a boa-fé objetiva está relacionada aos deveres anexos dos contratos, bem como as partes devem agir no processo, imprimindo a elas o dever de agir com lealdade, cuidado e ética para atingir o fim desejado e proibindo condutas contrárias à boa-fé.

Neste sentido, o acórdão do Agravo Regimental do Recurso Especial nº 1.263.480 o Min. do Superior Tribunal de Justiça. Humberto Martins, afirma que:

Reconhecer a boa-fé não é tarefa fácil [...] A boa-fé não deve ser aferida no real estado anímico do sujeito, mas sim naquilo que ele exterioriza. Em bom vernáculo, para concluir se o agente estava ou não de boa-fé, torna-se necessário analisar se o seu comportamento foi leal, ético, ou se havia justificativa amparada no direito.

Assim como nos negócios jurídicos deve ser aplicada e observada a boa-fé dos agentes, de modo análogo, a boa-fé processual também deve ser visualizada nos atos processuais e pelas partes que compõem a relação processual.

O princípio da boa-fé que já estava consagrado no ordenamento jurídico ganhou posituação no Novo Código de Processo Civil (NCPC) em seu art. 5º, *in verbis*: Art. 5º. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Esta norma trata-se de cláusula geral processual, pois não é necessário elencar condutas para descrever o comportamento desleal, dada a infinita possibilidade de atos que podem surgir no decorrer do processo. Portanto, uma norma geral que impõe um padrão de comportamento, devendo este ser de acordo com a boa-fé, objetivando a prestação jurisdicional da melhor forma possível.

Theodoro Júnior *et. al.* afirma que

Tal princípio no campo processual tem como destinatários todos os sujeitos processuais e não somente as partes, alcançando juízes e tribunais. Ele se torna uma das grandes premissas do processo cooperativo/participativo encampado pelo novo CPC, de modo a estabelecer diálogo transparente e eficiente entre os sujeitos processuais, com assunção plena de responsabilidades, mas vedando o comportamento que infrinja as finalidades da atividade processual. (2015, p.67)

Sendo assim, este princípio não se aplica somente às partes, mas a todo aquele que participar do processo, bem como a todo o aparato jurisdicional, ou seja, aos juízes, aos auxiliares da justiça, aos advogados, aos membros do Ministério Público, entre outros. Sendo que, aquele que no âmbito processual age contrário à boa-fé, conduta modelo às partes, pratica a litigância de má-fé, ato que deve ser punido e repellido. O juiz possui o poder e o dever de agir de ofício para combater a má-fé, a fim de manter a prestação jurisdicional em conformidade com os princípios norteadores do processo.

## 2.2 Princípio da Lealdade Processual

Outro princípio de elevada importância é o da Lealdade Processual, que segundo Theodoro Humberto (2014 *apud* ECHANDIA, 1974, p. 95), "A lealdade processual é consequência da boa-fé no processo e exclui a fraude processual, os recursos torcidos, a prova deformada, as imoralidades de toda ordem". Deste modo, a conduta processual pautada na boa-fé, atingirá seu fim, na solução da lide, de modo que todos os atos sejam eficazes, agindo em conformidade com o padrão ético e moral, objetivando a celeridade do processo bem como um deslinde sem atos procrastinatórios.

O Novo Código de Processo Civil, no Capítulo II, de forma diversa do Código de 1973, não apenas elencou neste capítulo deveres das partes, dos procuradores e todos que participam do processo, mas destinou normas dessa natureza, previstas em outras partes do Novo Código de Processo Civil. À exemplo, podemos citar o art. 5º do NCPC que se transformou em norma de cláusula geral do processo civil.

Tendo em vista que a CLT é omissa no que se diz respeito à ética processual, ou seja, de como as partes devem agir no decorrer da demanda, é possível e devida a aplicação subsidiária do CPC. Essa aplicação subsidiária é permitida quando houver omissão na CLT, não houver lei processual extravagante que discipline a matéria quanto a norma necessária para o deslindar do processo e seja *compatível com os princípios que norteiam o Direito Processual do Trabalho* (art. 769, CLT).

Aduz o art. 77 do Novo Código de Processo Civil, *in verbis*, que:

Art. 77 Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

- I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;
- II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento;
- III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;
- IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;
- V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva;
- VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

Portanto, por meio de uma leitura com o intuito de abstrair o objetivo do art. 77 do NCPC, é possível entender que a partir do delineamento de condutas éticas e probas coíbe-se a má-fé, imperativos de comportamentos a serem seguidas por todos aqueles que participam do processo, em conformidade com o princípio da boa-fé processual bem como o da lealdade processual, institutos norteadores do bom comportamento, de modo que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha decisão imparcial e justa em tempo razoável (Art. 6º, NCPC).

Nesse sentido Mello Júnior afirma que

A manutenção da ordem jurídica, pondo-a livre de perigo, dano ou subversão corruptiva, é a finalidade legítima da jurisdição, de conteúdo positivista. Preserva-se a ordem jurídica constituída, arrostando o perigo através de tutelas inibitórias,



ou quando já violada, restaurando-a com a disposição de comando judicial hábil a ensejar a prevalência da Lei. A proteção do bem juridicamente tutelável, também espera-se do exercício da jurisdição, desde que possível o abrigo dentro do ordenamento, do complexo normativo que além de disciplinar a vida de relação – o dever-ser, define a sanção para as hipóteses de quebra ou ameaça dos imperativos, e obriga o intérprete e o operador do Direito a extraírem do contexto legal o que melhor se acomode com os fins sociais e às exigências do bem comum. Segue-se daí, que só se cumpre a quase-lógica da jurisdição, modelando o exercício dentro dos parâmetros de justiça. E é a idéia de justiça social que encontra-se no núcleo da nossa ordem constitucional, onde se quer uma sociedade livre, justa e solidária. Destarte, pode-se afirmar que as três partes resultam num todo cuja parametricidade é a justiça, solução justa dos conflitos. Não é o menoscabo à lei, mas sua interpretação consoante com os objetivos fundamentais da República, insculpidos na Constituição Federal. Não é tratar com desdém o bem tutelável, mas vê-lo, se num contexto conflituoso este merece tutela concreta por estar em harmonia com a ordem normativa, social e solidarista; em congruência com o Direito plasmado na Constituição.” (2000, p. 112)

Portanto, o processo não deve ser visto como mero instrumento para a solução do conflito, mas que seja meio pelo qual se obtenha a prestação da tutela jurisdicional, de forma que o Direito seja efetivado e surta seus efeitos de modo a objetivar um dos seus principais fins, a pacificação social. Por conseguinte, que no processo judicial as partes tenham confiança e esperem solução pautada na justiça.

### **3. Histórico do instituto do assédio processual**

O assédio processual ainda é um instituto novo em meio à produção doutrinária, pois não possui previsão legal específica, sendo de suma importância o estudo sobre ele, bem como de forma crítica, analisar como ocorre sua caracterização e suas implicações.

O termo assédio processual foi utilizado pela primeira vez em um processo que tramitava na 63ª Vara do Trabalho de São Paulo. A ementa dos autos de nº 02784003420045020063 traz o seguinte:

A ré ao negar-se a cumprir o acordo judicial que celebrou com o autor, por mais de quinze anos, **interpondo toda sorte de medidas processuais de modo temerário, e provocando incidentes desprovidos de fundamento, na tentativa de postergar ou impedir o andamento do feito, praticou autêntico “assédio processual” contra o autor e o Poder Judiciário.** (...) Frágil, perante o poderio econômico do réu, e atado o Poder Judiciário pelas malhas das normas processuais que permitiram ao réu delongar o cumprimento de sua obrigação por mais de quinze anos, nada restou ao sofrido autor do que esperar. Neste ínterim, sofreu a vergonha e a humilhação de um empregado que após 30 anos de trabalho na mesma instituição se vê por ela massacrado. A estratégia processual adotada pela ré arrastou pela via crucis não só o autor, mas também muitos outros empregados, que pelo imenso volume de processos em andamento, não conseguem receber suas verbas de natureza alimentar. Dito de outra forma, o réu onerou o Poder Judiciário, concorrendo para o sobrecarregando da Vara, requerendo o labor de vários Servidores para a movimentação do processo, atrasando o andamento dos demais. [...] O assédio processual consiste na procrastinação por uma das partes no andamento de processo, em qualquer uma de suas fases, negando-se a cumprir decisões judiciais, amparando-se ou não em norma processual, para interpor recursos, agravos, embargos, requerimentos de provas, petições despropositadas, procedendo de modo temerário e provocando incidentes manifestamente infundados, tudo objetivando obstaculizar a entrega da prestação jurisdicional à parte contrária (Processo nº 2784/2004, 63ª Vara do Trabalho de São Paulo. Sentença Publicada aos 15-07-05). (Grifos nosso)

No caso em tela, o reclamante, ex-empregado da reclamada, instituição financeira de grande porte, durante 15 anos batalhou na Justiça no Trabalho contra o ex-empregador, objetivando o cumprimento do acordo que haviam celebrado em reclamação trabalhista anterior. Neste acordo o ex-empregador deveria complementar a aposentaria do ex-empregado, como se na ativa ele ainda estivesse.

No entanto, a instituição financeira pagava-lhe quantia menor, negando a cumprir o que era título executivo judicial, tendo o reclamante que ingressar com ação de execução das diferenças, sendo que sempre aquela utilizava de meios

procrastinatórios. Até que em pedido de tutela antecipada, que foi deferido peça MM. juíza do trabalho, Dra. Mylene Pereira Ramos, o reclamante obteve êxito na penhora de recursos financeiros da reclamada para assegurar a execução, cominada com multa por litigância de má-fé, caso a executada descumprisse novamente o acordo judicial e ainda condenação à indenização devido ao assédio, fazendo assim, clara distinção entre assédio moral e litigância de má-fé.

Importante se faz destacar o trecho da r. sentença proferida pela MM juíza, pela inovação jurisprudencial, conceituando hipótese de assédio processual:

*Denomino assédio processual a procrastinação por uma das partes no andamento do processo, em qualquer uma de suas fases, negando-se a cumprir decisões judiciais, amparando-se ou não em norma processual, para interpor recursos, agravos, embargos, requerimentos de provas, petições despropositadas, procedendo de modo temerário e provocando incidentes manifestamente infundados, tudo objetivando obstaculizar a entrega da prestação jurisdicional à parte contrária.(Processo nº 2784/2004, 63ª Vara do Trabalho de São Paulo. Sentença Publicada aos 15-07-05).*

Depreende-se da sentença prolatada pela douta juíza o seu notável saber jurídico, prezando pela celeridade e eficiência do judiciário, bem como reprovando e combatendo condutas protelatórias durante o processo, meios que colaboram para a morosidade e ineficiência processual.

### **3.1 O assédio processual**

De acordo com Bezerra Leite (2015, p. 535) o assédio processual é “ figura nova que vem sendo reconhecida pela doutrina” que “representa o conjunto de atos processuais praticados por um dos atores do processo, com dolo ou culpa grave, que atinge o regular trâmite processual e afronta a ordem jurídica e/ou a boa-fé processual (...)” (PEREIRA, 2014, p.283).

Portanto, o assédio processual surge no momento em que o litigante assediador age com a intenção de causar prejuízo à outra parte, com dolo ou culpa grave, de forma reprovável, agindo sob o aspecto de estar exercendo regularmente o seu direito, provocando incidentes desnecessários, tais como: pedidos reiterados de adiamento de audiências; sem justificativa aceitável requerera expedição de carta precatória; requer provas sem pertinência ao caso concreto, interpor agravos e recursos descabidos, embargos, petições inócuas, ou quaisquer outros atos com objetivo protelatório, postergando a prestação jurisdicional, afrontando a ordem

jurídica, o princípio da boa-fé e da lealdade processual, causando desta forma prejuízos, lesão ao patrimônio material e/ou moral da parte detentora de um direito (LEONE PEREIRA, 2015).

Todos os atos daquele que comete assédio processual tem como fim determinado a seu favor, fazendo com que a outra parte fique desmotivada com o resultado final da demanda, reduzindo da parte contrária a expectativa quanto à demanda com vistas ao princípio da duração razoável do processo e um resultado justo quanto à solução do caso em tela, ou ainda compelindo a outra parte realizar acordos prejudiciais aos seus créditos.

Não se deve usar a ampla defesa e o contraditório, por meio de uma visão deturpada para ter benefícios agindo de forma ilícita ainda que esteja sob a aparência de exercer regularmente as faculdades processuais.

Nesse sentido, Leone Pereira caracteriza o assédio processual como sendo:

[...] o comportamento intencional de se procrastinar o andamento do processo, atitude esta conduzida por uma das partes, pelo magistrado ou por seus auxiliares, ou pelos demais operadores do Direito, como advogados, promotores, procuradores, etc. (2015, p.283).

Importante ressaltar que o assédio processual alcança tanto o indivíduo assediado no processo quanto o Estado, representado neste caso pelo Poder Judiciário. Portanto, aquele que pratica o assédio processual compromete a execução de um processo justo.

O assédio processual caracteriza verdadeira afronta ao Estado Democrático de Direito, tendo vista que este é contrário aos princípios e garantias constitucionais. Afronta, ainda, o princípio da duração razoável do processo insculpido no art. 5º, inc. LXXVIII da Constituição Federal, quando a parte litigante pratica atos processuais que visam postergar, protelar a prestação jurisdicional que tem como fim solucionar o litígio.

É contrário o assédio processual ao princípio da boa-fé e ao princípio do contraditório e ampla defesa, previstos na Constituição Federal em seu art. 5º, inc. LV, segundo o qual garante “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, pois o litigante assediador fundamenta seu ato em base legal e age sob a aparência de estar exercendo um direito, mas na verdade está agindo de forma ilícita para impedir o andamento regular do processo.

O litigante assediador não se intimida perante a o juiz, age com grande audácia de forma nefasta no âmbito processual.

Uchôa (2008, p. 1241) afirma que “[...] dentro de um processo o dito “a Justiça tarda, mas não falha” é falso, porquanto só o fato de tardar – o que repercutirá em consequências opostas para um litigante e outro – já é uma prova cabal de falha da Justiça.”

Ainda que normas do direito material e processual visem coibir práticas contrárias à boa-fé no âmbito processual, infelizmente, comportamentos antiéticos e contrários à boa moral, persistem em continuar em prática na justiça. Esses meios arditos ameaçam a celeridade, pois impedem que a prestação jurisdicional seja de forma rápida e eficaz, de tal modo que haja prejuízo e desgastes às partes, bem como provocando o congestionamento da justiça abarrotando com demandas desnecessárias e onerando o erário público.

### 3.2 Elementos caracterizadores do assédio processual

Segundo Leone Pereira (2015) a doutrina elenca alguns requisitos que são elementos essenciais caracterizadores do assédio processual: sujeito ativo, sujeito passivo, elemento objetivo, anímico, dano processual, dano pessoa e ato ilícito.

Assim, são elementos do assédio processual:

- a) **Sujeito ativo:** é aquele que pratica o assédio processual, podendo ser qualquer um que faça parte do processo.  
Podem ser sujeitos ativos quaisquer uma das partes, o juiz, os auxiliares da justiça, servidores, advogados, promotores, procuradores, entre outros, ou seja, todos aqueles que participam do processo.  
É difícil pensar em uma possibilidade que o juiz seja sujeito ativo do assédio processual, mas como exemplo pode-se tomar a possibilidade em que o magistrado tenta de forma abusiva e reiterada a conciliação no processo, sob infundada alegação de que o processo irá demorar muito ou que o autor tenha chances mínimas de vencer a demanda, entre outras formas que visem desestimular as partes (SCHIAVI, 2008).
- b) **Sujeito passivo:** é vítima, aquele que sofre prejuízos ou lhe é causada lesão na relação jurídico-processual.  
Podem ser sujeitos passivos quaisquer uma das partes, o juiz, os auxiliares de justiça, advogados, promotores, procuradores, testemunhas e até mesmo o Estado.
- c) **Elemento objetivo:** é o dolo do agente que pratica o conjunto de atos processuais, bem como práticas que são reprováveis de uma das partes do

processo, de forma contínua e reiterada, impedindo que o trâmite processual se desenrole, visando desestimular a parte contrária, tumultuar o feito e postergar o seu objetivo (BEZERRA LEITE, 2015).

- d) **Elemento anímico:** diz respeito à intenção da parte na prática dos atos processuais, caracterizado pelo dolo ou culpa grave.
- e) **Dano processual:** os atos praticados na relação processual terão que possuir o objetivo de protelar, prejudicar o andamento processual ou seu objetivo.
- f) **Dano pessoal:** a prática dos atos deverá ter a capacidade de causar prejuízos, lesão ao patrimônio material e/ou moral da parte detentora de um direito.
- g) **Ato ilícito:** a parte age de forma reprovável, em abuso aos direitos processuais, afrontando a ordem jurídica, o princípio da boa-fé e da lealdade processual, à ética e à Justiça.

Portanto, para que reste caracterizado o assédio processual é necessário analisar os elementos acima descritos, sendo estes cumulativos.

É possível entender que o assédio moral é um fenômeno muito frequente nas relações de trabalho, no contexto fático do desenvolvimento do contrato de trabalho, já o assédio processual, reside na relação do direito processual, e não em relação ao direito material.

### 3.3 Natureza jurídica do assédio processual

Conceituar o assédio processual, não é tarefa que depreende esforço elevado, mas definir sua natureza jurídica é um tanto controverso, mas a corrente majoritária de doutrinadores diz ser o assédio processual uma espécie de assédio moral. Nesse mesmo sentido se posiciona Bezerra Leite (2015, p. 535) ao afirmar ser o assédio processual é “um desdobramento do assédio moral”, por ser possível encontrar semelhanças deste quanto aos elementos que caracteriza aquele, em virtude da ocorrência de práticas reiteradas que visam postergar o andamento regular do feito.

### 4. Diferenciação entre assédio processual e litigância de má-fé

A função precípua do processo judicial é realizar o Direito por meio da prestação jurisdicional, sendo conduzido conforme ditames da lei e princípios norteadores do ordenamento jurídico. Há de se zelar pelo bom andamento do processo, bem como agir em conformidade com os princípios éticos que o regem. No entanto, nem sempre as partes embasam seus atos na ética, nesse sentido acabam praticando atos processuais que acabam por ferir princípios, prejudicando assim a prestação jurisdicional e interferindo no direito e dignidade da outra parte.



Em princípio, quando do surgimento da figura do assédio processual, há quem dizia que assédio processual e litigância de má-fé eram institutos parecidos, mas com estudos e análises foi possível a diferenciação deles. Para traçar os parâmetros de diferenciação entres estes dois institutos é preciso expor o que vem a ser a litigância de má-fé.

A litigância de má-fé tem suas hipóteses previstas nos arts. 80 e 774, ambos do NCPC, *in verbis*:

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidente manifestamente infundado;

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

[...]

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.

Ressalta-se que não litiga de má-fé aquele que por meios éticos e em conformidade com condutas, busca a prestação jurisdicional para um direito que acredita ser seu.

Assim é entendimento da magistrada da 9ª Vara do Trabalho do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, que ressaltou nos autos da RT 0000445-19.2010.5.18.0009 em 06 de maio de 2010:

Não litiga de má-fé aquele que se utiliza do processo para ver reconhecido em Juízo uma pretensão que acredita ser seu direito. O litigante de má-fé é aquele que busca vantagem fácil, alterando a verdade dos fatos com ânimo doloso, o que não existiu nos presentes autos em relação à parte autora. De outro lado, não litiga de má-fé aquele que se vale do direito de defesa, não ficando evidenciado no presente caso qualquer comportamento das reclamadas atentatório à dignidade da Justiça. (...)

Importante lembrar que o art. 6º do Código de Ética e Disciplina da OAB, veda expressamente que o advogado exponha em juízo fatos deliberadamente falseados ou se fundamentem em má-fé.

#### **4.1 Quanto aos elementos caracterizadores**

A litigância de má-fé caracteriza-se pelo ato atentatório à boa ordem processual, trata-se de elemento objetivo, e o dolo do agente que pratica o ato, sendo este o elemento subjetivo.

Causa dano processual aquele que litiga de má-fé. O dolo do agente em causar o dano é sempre uma conduta isolada, tem-se como requisito o elemento subjetivo caracterizador da conduta.

É possível distinguir o assédio processual da litigância de má-fé, pois para que reste configurado aquele, necessita que tenham sido praticadas várias condutas, podendo estas estarem previstas como hipóteses de litigância de má-fé (art. 80, NCPC) e/ou referir-se a atos do executado atentatórios à dignidade da Justiça (art. 774, NCPC) e a violação dos incisos IV ao VI do art. 77, NCPC.

O assédio processual possui três elementos caracterizadores, conforme exposto alhures: o elemento objetivo que é o ato atentatório à boa ordem processual; o elemento subjetivo que se refere ao dolo do agente que pratica os atos visando causar o prejuízo à outra parte e o elemento resultado que é o prejuízo efetivo causado à vítima do assédio processual.

#### **4.2 Quanto ao prejuízo**

Na litigância de má-fé o prejuízo à vítima pressupõe dano sério à parte. Esse prejuízo, poderá ou não ocorrer. A lei só exige que haja prejuízo potencial ou presumido, porque nem sempre haverá a possibilidade de comprová-lo.

Desta forma se posiciona o Superior Tribunal de Justiça (STJ):

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR LITIGÂNCIA DE MÁFÉ. ARTIGO 18, § 2º, DO CPC. NATUREZA REPARATÓRIA. PROVA DO PREJUÍZO. DESNECESSIDADE. 1. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a indenização prevista no art. 18, § 2º, do códex processual tem caráter reparatório (ou indenizatório), decorrendo de um ato ilícito processual. Precedente da Corte Especial, julgado pelo rito do artigo 543-Cdo CPC. 2. É desnecessária a comprovação do prejuízo para que haja condenação ao pagamento da indenização prevista no artigo 18, § 2º, do Código de Processo Civil, decorrente da litigância de má-fé. 3. Embargos de divergência conhecidos e providos. (STJ - REsp nº 1133262 / ES (2012/0091110-6), Relator: Min. LUIS FELIPE SALOMÃO - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJ 04/08/2015)

Luis Felipe Salomão, Ministro do STJ, relator em julgamento de embargos de divergência da ementa supramencionada, concluiu que a indenização por litigância de má-fé não exige verificação de prejuízo efetivamente causado pela parte com a conduta lesiva praticada no âmbito do processo, porque trata-se de prova extremamente difícil de ser produzida pela parte que lhe foi causado o dano processual.

Quanto ao assédio processual o prejuízo deverá efetivamente ocorrer para sua determinação.

#### **4.3 Quanto à previsão legal**

A litigância de má-fé está prevista nos arts. 80 e 774 do NCPC, bem como as hipóteses dos atos que a caracterizam. Portanto, para que seja aplicada a pena quando fica comprovada a litigância de má-fé da parte é necessário que a conduta e/ou fatos estejam previstos e tipificados em legislação. Qualquer conduta que ultrapasse os deveres previstos no art. 77, NCPC, implicará litigância de má-fé, não obstante sofrerá as consequências previstas em lei por atos que poderão ser de forma esporádica, porquanto não se exige que seja de forma reiterada.

Quanto ao assédio processual é necessária a prática reiterada de qualquer dos atos que configuram a má-fé, e/ou de outros que são considerados atentatórios à dignidade da justiça ou que coíbem a regularidade processual. O assédio processual é algo mais intenso, duradouro, com o intuito de procrastinar o feito. É preciso analisar o quanto o processo tornou-se moroso em consequência dos atos protelatórios.

#### **4.4 Quanto ao agente**

Podem ser considerados litigantes de má-fé o autor, o réu ou terceiro interveniente, ou seja, aquele que descumpriu os deveres éticos do processo (art. 79 do NCPC).

Podem ser considerados assediadores qualquer uma das partes do processo, o juiz, os auxiliares, advogados, promotores, procuradores, entre outros.

#### **4.5 Quanto à vítima dos atos**

O *ex-adverso* é a vítima daquele que pratica a litigância de má-fé. Já no assédio processual a vítima poderá ser qualquer uma das partes, como aludido anteriormente, podem ser sujeitos passivos qualquer uma das partes, o juiz, os auxiliares de justiça, advogados, promotores, procuradores, testemunhas e até mesmo o Estado.

#### **4.6 Quanto às sanções**

Aduz o art. 186 do Código Civil que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Está insculpido no art. 927 do Código Civil, o dever de indenizar que impõe a obrigação de reparar àquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem.

Aquele que litiga de má-fé será reprimido no próprio processo em que cometeu alguma hipótese do art. 80 do NCPC, levando em consideração apenas os atos praticados no decorrer do processo e responderá por perdas e danos, conforme preceitua o art. 79 do NCPC. A condenação do litigante de má-fé poderá ser decretada de ofício ou a requerimento das partes, desta feita, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a 1% (um por cento) e inferior a 10% (dez por cento) do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu pelos atos de má-fé e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou no decorrer do processo conforme alude art. 81, *caput*, NCPC.

Quando na mesma causa houver dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção relativa ao seu interesse na causa ou solidariamente aqueles que se alinharam para lesar a parte contrária (art. 81, §1º NCPC).

No caso de o valor da causa ser irrelevante ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo (art. 81, §2º, NCPC).

No caso de litigância de má-fé o valor da indenização será fixado pelo juiz da causa, ou, caso não seja possível mensurá-lo nos próprios autos será liquidado nos próprios autos por arbitramento ou pelo procedimento comum (art. 81, § 3º, NCPC).

O assédio processual poderá ser decorrente de ato sendo ou extraprocessuais, bem como praticados em outros processos, podendo o assediador ser reprimido no próprio processo ou em ação própria de indenização. (BEZERRA LEITE, 2015).

Uma vez configurada tal prática, tem o juiz o dever de agir de *ex-officio*, imputando ao assediador as sanções necessárias para puni-lo e reparação do dano causado.

Bezerra Leite (2015, p. 536) afirma que “se o processo é instrumento ético de composição de conflitos e se o juiz tem o dever de zelar pela boa administração da justiça, observando os princípios que sustentam o Estado Democrático de Direito”. Não obstante, a requerimento ou de ofício, deverá o juiz imputar tanto ao causador do assédio processual quanto a litigância de má-fé, quanto ao seu advogado, sem prejuízo das eventuais sanções disciplinares impostas pela Ordem dos Advogados do Brasil. Pois não se pode duvidar, que na maioria das vezes a prática desses atos vem acompanhada pelo apoio do patrono da causa.

Caberá, também, nestes casos a responsabilização do advogado pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa, conforme preleciona o art. 32, *caput*, do Estatuto de Advocacia da OAB.

O parágrafo único do art. 32 do Estatuto de Advocacia da OAB aduz que em casos de lide temerária, será solidariamente responsável com seu cliente, o advogado que se une àquele com a finalidade de lesar a parte contrária, tal fato será apurado em ação própria.

## **5. Previsão legal no Código de Processo Civil**

O assédio processual é um instituto que merece, ainda, muito estudo a seu respeito, porquanto é utilizado pelos juízes, pois visa coibir práticas que comprometem a prestação jurisdicional eficiente.

Hodiernamente, não existe norma na legislação que contenha a previsão sobre o referido instituto, sendo que as bases deste estão sendo construídas pela jurisprudência e doutrina. Por não haver legislação sobre ele, não o torna de menor importância.

## **6. O assédio processual e a litigância de má-fé no âmbito da Justiça do Trabalho**

Conforme já visto, a litigância de má-fé está prevista no Novo Código de Processo Civil em seus arts. 79, 80 e 774 (atos atentatórios à dignidade da justiça), permitindo aplicação subsidiária no âmbito processual trabalhista.

Quanto ao assédio processual, possui embasamento doutrinário e jurisprudencial.

Assevera-se que o assédio processual, embora ocorra no âmbito processual civil, é mais comumente praticado na esfera trabalhista. Segundo Uchôa (2008, p. 1241), o assédio processual “representa dupla violência aos direitos fundamentais da pessoa vitimada, uma primeira atentatória à sua dignidade enquanto trabalhadora, e outra atentatória à sua dignidade enquanto cidadã”, pois esta é lesionada quanto aos seus direitos resguardados pela Constituição Federal no que concerne à prestação da tutela judicial no que diz respeito ao Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição e ao Princípio da Duração Razoável do Processo.

Importante ressaltar exemplos de condutas consideradas como atos de assédio processual no âmbito da Justiça do Trabalho, a saber: (a) reiteração de incidentes processuais da parte reclamada com a intenção de procrastinar o

andamento processual, fazendo com que o reclamante desanime com a morosidade do feito, pressionando-o a celebrar acordo que lhe seja prejudicial; (b) quando se tratar de procedimento sumaríssimo, a recusa reiterada do reclamado em receber notificação inicial, tendo em vista que não é permitida nesse procedimento a citação por edital (art. 852, inc. II, CLT), o que impede o acesso do trabalhador à justiça para reclamar seus direitos; entre outros (PEREIRA, 2015, p. 287).

### **6.1 Penalidades e imposições decorrentes do assédio processual**

Questões relativas à aplicação de penalidades ao litigante que pratica o assédio processual é causa de grandes debates no âmbito judicial, pois a jurisprudência está muito distante de adotar posicionamento uniforme quanto à sua natureza jurídica bem como impor sanções a esse tipo de mecanismo protelatório. Pode-se atribuir essa dificuldade em uniformizar a jurisprudência ao fato de que ainda que este seja distinto da litigância de má-fé, alguns tribunais ainda os confundem, apesar das diferenças que ressaltam.

Outra dificuldade que se encontra para a aplicação das penalidades à parte que assedia é a ausência de previsão legal do assédio processual, o que muitas vezes, por não haver norma impositiva, utiliza-se de argumentos para afastar a condenação do litigante assediador pelas inúmeras práticas abusivas que comete no decorrer do processo.

Apesar da ausência normativa, quando alguém é vítima de assédio processual, a ação de indenização é o meio adequado para a reparação das lesões causadas pelo litigante assediador (LEONE PEREIRA, 2015). Quando ainda não findo o processo, o pedido de indenização pode ser feito no mesmo, pois, conforme o art. 927 do Código Civil, o dever de indenizar impõe a obrigação de reparar àquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem.

Conforme já exposto, Bezerra Leite adota o posicionamento que a pretensão de indenização para a reparação do assédio processual cometido pode ser requerida tanto pela parte que sofreu os danos, quanto de ofício pelo magistrado. Nesse sentido há posicionamento jurisprudencial:

**ASSÉDIO PROCESSUAL. CARACTERIZADO. INDENIZAÇÃO.** Viabilidade da configuração de ofício do reconhecimento de ato de improbidade processual caracterizador de assédio processual, fundamento da indenização respectiva em favor dos trabalhadores lesados com prática predatória das empresas. (TRT-4 - RO: 00012656120125040331 RS 0001265-61.2012.5.04.0331, Relator: VANIA MATTOS, Data de



Julgamento: 22/08/2013, 1ª Vara do Trabalho de São Leopoldo).

Mas em sentido contrário Ferrari e Martins (2008, p. 177) prelecionam que:

Quer nos parecer, no entanto, que a pretensão de indenização com fundamento no assédio processual sempre dependerá da parte prejudicada, a qual deverá comprovar a prática de atos que se distanciam da litigância de má-fé e dos atos atentatórios à dignidade da Justiça, justamente para a configuração do assédio processual e possibilitar também o contraditório e a ampla defesa à parte adversa, já que são direitos assegurados pela Carta Magna (art. 5º, LV).

Há posicionamento jurisprudencial nesse sentido:

**Assédio processual** - APLICAÇÃO DE OFÍCIO - IMPOSSIBILIDADE - O **assédio processual**, ao contrário do que ocorre com a litigância de má-fé, não se configura por uma única conduta processual, exigindo atos reiterados, e tampouco a indenização pode ser aplicada de ofício, motivo pelo qual entendo que não pode prevalecer a decisão de origem nesse aspecto.

(TRT da 3.ª Região; Processo: 0035300-70.2009.5.03.0043 RO; Data de Publicação: 13/06/2011; Disponibilização: 10/06/2011, DEJT, Página 34; Órgão Julgador: Terceira Turma; Relator: Convocado Marcio Jose Zebende; Revisor: Convocado Vitor Salino de Moura Eca).

Portanto, quando verificada a prática do assédio processual na Justiça do Trabalho, não existe multa prevista, não obstante é prevista indenização para a parte que sofreu os abusos de um processo protelatório e desgastante.

A ação de indenizatória, portanto deve proposta perante o juízo que presidiu o processo em que ocorreram as práticas do assédio processual, pois a Justiça do Trabalho é competente para julgar as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho conforme está positivado no art.114, inciso VI da CF.



Pereira (2015) elenca os parâmetros para a fixação do quantum indenizatório:

- (a) o número de incidentes praticados no transcorrer do processo com postergar a prestação jurisdicional;
- (b) o tempo gasto no âmbito judicial, bem como a afronta ao princípio da razoável duração do processo;
- (c) a intensidade da ofensa;
- (d) a intensidade dos danos sofridos pela vítima em sua honra, dignidade e intimidade;
- (e) as condições socioeconômicas das partes;
- (f) o cunho punitivo, pedagógico e educacional e a compensação adequada da vítima.

Portanto, para quantificar o dano moral é necessário análise de cada elemento para que seja mensurada a devida indenização ao litigante que praticou assédio processual, para que não o venha cometer novamente.

Não se pode olvidar que nos casos que o Estado tiver a obrigação de reparar a vítima em decorrência de atos tipificados como assédio processual praticados por juízes, membro do Ministério Público ou qualquer auxiliar da justiça, não obstante caberá o direito de regresso contra o responsável, conforme dispõe o art. 37, §6º da Constituição Federal.

Importante também ressaltar que prevalece o entendimento que o prazo prescricional para intentar a ação indenizatória é de 3 (três) anos contados a partir do último ato assediador do direito que fora violado, conforme preleciona o art. 206, § 3, inc. V, do Código Civil (PEREIRA, 2015, p.286).

## **7. Posicionamento doutrinário e jurisprudencial**

Apesar do posicionamento doutrinário, a jurisprudência ainda é dividida quanto à condenação do litigante assediador. Há julgados em que o magistrado ainda resiste em condenar tendo em vista a ausência normativa para o assédio processual.

Nesse sentido se posiciona o juiz Jonas Santana de Brito ao se pronunciar em sede de Recurso Ordinário, no TRT da 2ª Região (Processo TRT/SP Nº 0035020084460200-0):

**Alguns doutrinadores e juristas têm admitido que o assédio processual pode gerar direito a reparação por danos morais ou patrimoniais. Considero que ainda existe vazio**

**legislativo sobre esse pretense direito.** Isso porque a Constituição Federal garante o acesso ao Judiciário com possibilidade de uso de todos os recursos cabíveis. **E se houver excesso, compete ao Juiz Natural da causa tomar as medidas cabíveis impondo multa por litigância de má-fé, multa diária, restrição de direitos, intervenção em empresas, apreensão de bens e numerário; deferir tutela antecipada, impor penalidade por ato atentatório à dignidade da Justiça, além de outras medidas.** E o Juiz do Trabalho detém a ampla direção do processo, conforme garante o artigo 765 da CLT [...] Deve haver mitigação entre o direito à duração razoável do processo e o amplo direito de defesa, com uso dos recursos cabíveis. E isso deve ser estabelecido por lei porquanto no Brasil a Justiça ainda é lenta e vários são os motivos dessa lentidão. Não se pode atribuir apenas à parte adversa o ônus do processo ter duração demasiada longa. Se a parte contrária faz uso indevido dos instrumentos processuais o interessado deve, nos próprios autos, requerer ao juízo a aplicação das medidas punitivas. **Assim, diante do subjetivismo quanto ao assédio processual e da ausência de lei específica estabelecendo critérios claros e com penalidade prevista, não entendo, ainda, que seja possível estabelecer, em processo autônomo, indenização por assédio processual.** (Grifo nosso).

Nesse mesmo sentido, posiciona-se o TRT da 2ª Região ao negar provimento ao recurso interposto pelo empregado que pleiteava indenização pelo assédio processual praticado pela parte reclamada. Vejamos:

ASSÉDIO PROCESSUAL - VAZIO INFORMATIVO-IMPOSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO. O assédio processual, figura nova, carece de lei específica para lhe dar os contornos e critérios, tendo em vista o direito à ampla defesa e à duração razoável do processo. Recurso do empregado desprovido (TRT – 2ª Região RO 01.00350.2008.446.02.00-0, 3º T., DOESP 26.05.2009).

Em sede de Recurso Ordinário (RO 1229200900123009 MT 01229.2009.001.23.00-9), a desembargadora Leila Calvo, do TRT da 23ª Região, aduziu que quando houver a simples divergência sobre o assédio processual por si

só afasta a condenação em relação ao litigante assediador. Vejamos parte do acórdão:

Sem preocupação de alinhamento com qualquer das correntes doutrinárias e jurisprudenciais contrárias ou às que defendem a cominação da multa em discussão, a meu ver, **a simples constatação da existência dessas divergências, afastaria, de plano, a condenação da Reclamada à advertência de pagamento da multa por suposto assédio processual**, sendo este caracterizado, por aqueles que o admitem, como espécie do gênero assédio moral. Ademais, a legislação processual traz em seu bojo todos os instrumentos necessários com vistas a coibir os movimentos protelatórios das partes dentro do processo, como por exemplo, os artigos 16, 17, 18, §§ 1º, 2º e 3º, o parágrafo único do art. 538, os artigos 599, 600, 601, parágrafo único, todos do Código de Processo Civil. (Grifo nosso).

Em sentido contrário aos julgados, Bezerra Leite afirma

ser factível o reconhecimento do assédio processual na Justiça do Trabalho, máxime se considerarmos a possibilidade de aplicação das normas fundamentais que alicerçam a reparabilidade de danos por assédio moral (CF, art. 5º, V e X), bem como as previstas no plano infraconstitucional (CC, arts. 186, 187 e 927) (2015, p.536).

Importante ressaltar que não se pode constituir óbice para a punição do litigante que incorre em práticas abusivas de assédio processual a ausência de uma tipificação legal. O magistrado diante de fatos no caso concreto da lide não pode se abster de aplicar penalidade àquele que de viola preceitos fundamentais da parte contrária, não obstante trazer à baila que na Justiça do Trabalho essencialmente trata-se de créditos trabalhistas. A falta de uma sanção nestes casos estabelece uma verdadeira injustiça.

Nesse sentido, vejamos o posicionamento dos Tribunais:

ASSÉDIO PROCESSUAL. PROVA. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO. Restando demonstrada nos autos a utilização sistemática e abusiva das faculdades processuais com o claro objetivo de procrastinar o andamento do feito, retardando a entrega da prestação jurisdicional, há que ser reconhecida a prática do

assédio processual, garantindo ao prejudicado o direito a uma indenização pelos prejuízos advindos desta conduta. (TRT-5 - RecOrd: 00004938820125050196 BA 0000493-88.2012.5.05.0196, Relator: ELISA AMADO, 1ª. TURMA, Data de Publicação: DJ 31/10/2012.)

A jurisprudência é taxativa quanto aos casos em que para que a parte seja condenada a reparar dando decorrente do assédio processual, este deve restar comprovado.

**ASSÉDIO PROCESSUAL. CARACTERIZAÇÃO.** O **assédio processual** pode ser conceituado como a atuação desproporcional da parte que, por meio do abuso do direito de defesa (art. 197, CC), pratica atos atentatórios à dignidade da justiça (art. 600, CPC), inobservando os deveres das partes relacionados à lealdade e a boa-fé (arts.14 a 18, CPC). Tais atos proporcionam excessiva demora na prestação jurisdicional com o propósito deliberado e ilícito de obstruir ou retardar a efetiva prestação jurisdicional e/ou prejudicar a parte ex-adversa. Uma vez não comprovado o abuso de direito de defesa imputado à Reclamada, não se há falar em indenização por **assédio processual**.

(TRT da 3.<sup>a</sup> Região; Processo: 0000715-50.2013.5.03.0043 RO; Data de Publicação: 11/10/2013; Disponibilização: 10/10/2013, DEJT, Página 115; Órgão Julgador: Oitava Turma; Relator: Sercio da Silva Peçanha; Revisor: Marcio Ribeiro do Valle)

O que em muitas vezes o assédio processual vem mascarado com o direito legal de agir, pois se assediador age plenamente a partir de instrumentos processuais permitidos em lei, e nesse caso não há que se suscitar o assédio processual.

Nesse sentido se posiciona a jurisprudência:

**ASSÉDIO PROCESSUAL. NÃO CONFIGURAÇÃO.** Tendo a parte se valido de instrumentos processuais colocados a seu dispor, não há que se falar em **assédio processual**, dado que aos litigantes, em processo judicial, são assegurados o

contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, consoante o inciso LV do art. 5º da Constituição da República.

(TRT da 3.<sup>a</sup> Região; Processo: 0002466-27.2012.5.03.0134 RO; Data de Publicação: 21/10/2013; Disponibilização: 18/10/2013, DEJT, Página 217; Órgão Julgador: Quinta Turma; Relator: Jose Murilo de Moraes; Revisor: Lucilde D'Ajuda Lyra de Almeida)

Pode-se observar que é nebulosa a jurisprudência em relação ao assédio processual na Justiça do Trabalho.

A jurisprudência do tema em questão vem sendo construída com divergência. Porém há casos em que o magistrado se posiciona de forma a prezar pelos princípios norteadores do Direito bem como prima pela justiça.

Nesse sentido o juiz Hudson Teixeira Pinto, titular da 2.<sup>a</sup> Vara do Trabalho de Governador Valadares, proferiu sentença em 10/10/2012 da Ação Trabalhista de nº 00367-2010-099-03-00-0 e o julgado de nº 0001666-66.2010.5.03.0005 e0001597-41.2010.5.03.0035, ambos da 3.<sup>a</sup> Região:

O assédio processual, no caso concreto, embora não deixe de ser, também, uma litigância maliciosa do agente, contudo mais ampla porque caracterizada pela sucessão intensa de atos processuais que, em conjunto, sinalizam para o propósito deliberado e ilícito de obstruir ou retardar a efetiva prestação jurisdicional e/ou prejudicar a parte ex-adversa, é mais que isso, é a tentativa de negar o direito que o Judiciário tem reconhecido aos maquinistas.

**AGRAVO DE PETIÇÃO. ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA NO PROCESSO DE EXECUÇÃO. CONFIGURAÇÃO.** A parte que se opõe maliciosamente à execução, como neste feito, por meio de recursos infundados, rediscutindo matérias já definidas nos autos, ou seja, resistindo de forma injustificada ao cumprimento do comando exequendo, pratica ato ilícito ou ato atentatório à dignidade da justiça, nos termos do art. 600, II, do CPC, sujeitando-se ao pagamento da multa prevista no

art. 601 do CPC. É o que a doutrina moderna chama de **assédio processual**.

(TRT da 3.<sup>a</sup> Região; Processo: 0001666-66.2010.5.03.0005 AP; Data de Publicação: 09/02/2015; Órgão Julgador: Terceira Turma; Relator: Taisa Maria M. de Lima; Revisor: Luis Felipe Lopes Boson)

**PROTELAÇÃO PROCESSUAL. DANO EXTRAPATRIMONIAL. INDENIZAÇÃO. AMPARO NA ORDEM JURÍDICO-CONSTITUCIONAL. ANÁLISE MINUCIOSA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO.** O exercício do direito de recorrer - como, aliás, de qualquer direito - está limitado pela ética, que deve pautar todas as condutas humanas, abarcando, por óbvio, as ações praticadas dentro das relações jurídico-processuais. **A parte que se vale de recursos com intuito flagrantemente protelatório viola, sim, o dever de lealdade processual, mas viola, sobretudo, o direito fundamental do ex-adverso a uma jurisdição célere, direito este que foi alçado à condição de princípio constitucional, albergado no celebrado art. 5º da Carta Magna, inciso LXXVIII, in verbis:** "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). Veja-se que, na dicção do art. 600 do CPC, o ato de protelação processual, quando praticado no curso da execução, pode ser tipificado como "atentatório à dignidade da justiça". Nesse contexto, se a postergação processual atenta contra a dignidade da Justiça, deve-se concluir que também fere a dignidade do ex-adverso, que é a principal vítima da conduta ilícita. E se a dignidade, como sinônimo de honra, é um dos atributos da personalidade (art. 20/CCB), feri-la significa impingir dano moral a outrem. Não há como escapar de tal conclusão. É fato que existe todo um arcabouço normativo que permeia a legislação adjetiva para coibir o mau uso do instrumento processual, gerando punições pertinentes e específicas (*verbi gratia*: CPC, arts. 17 e 18; parágrafo único do art. 538; §4º do art. 461 e arts. 600 e 601). Porém, essas punições processuais não se confundem



com o dever de reparar, que emerge nas situações em que o dano moral é profundo o bastante para que se acionem os dispositivos civis correlatos (arts. 186 187 e 927 do CC). Advirta-se, no entanto, que as circunstâncias do caso concreto é que se encarregarão de revelar se se tratou de protelação capaz de gerar profundo abalo moral, repudiável pelo Direito, ou mero aborrecimento, não passível de reparação. Não se pode dizer que, em toda e qualquer circunstância, a protelação afetará a dignidade da parte prejudicada a ponto de ensejar a reparação civil. **É importantíssimo frisar que o Judiciário Trabalhista deve estar atento para evitar a banalização do instituto. Recurso a que se dá parcial provimento, mantendo o dever de indenizar, mas reduzindo o quantum arbitrado.** (TRT da 3.<sup>a</sup> Região; Processo: 0001597-41.2010.5.03.0035 RO; Data de Publicação: 12/07/2012; Disponibilização: 11/07/2012, DEJT, Página 212; Órgão Julgador: Turma Recursal de Juiz de Fora; Relator: Convocado Carlos Roberto Barbosa; Revisor: Convocada Maria Raquel Ferraz Zagari Valentim) **(Grifo nosso)**

É certo que por se tratar de um instituto ainda novo no âmbito processual, exige do magistrado o saber jurídico necessário para dirimir controvérsias no caso concreto e se posicionar de maneira que a justiça seja eficaz, para que se construam bases sólidas de forma que posteriormente possa haver jurisprudência uniforme.

## **8. Considerações Finais**

O assédio processual é uma reiteração de atos processuais procrastinatórios que deve ser repelida pelo Poder Judiciário, pois onera sobremaneira o Estado, abarrotando os tribunais de demandas retóricas, agindo o litigante sob a máscara de estar em conformidade com lei.

Pratica-se uma forma abusiva de assédio contra aqueles que participam do processo e esperam uma prestação jurisdicional célere e eficaz, valendo-se do que é permitido na legislação, e tendo como escopo a adoção de práticas para retardar o andamento do feito, sob a alegação de estar agindo no exercício da ampla defesa.

O assédio processual fere princípios que balizam o ordenamento jurídico, colocando de lado o dever ético de agir e preceitos constitucionais.



Importante ressaltar que o magistrado deve estar sempre atento para reconhecer na demanda quando o assédio processual se faz presente, pois é possível perceber que existe uma linha tênue que separa o exercício regular do direito de ampla defesa e contraditório, princípios previstos na Constituição Federal, e o abuso destes.

Não se deve confundir o assédio processual com a litigância de má-fé, pois se trata de institutos diferentes, sendo que, contudo, este está previsto em legislação, bem como suas condutas delineadas, o que torna mais fácil sua percepção e aplicação de penalidades.

Logo, ainda que não haja previsão normativa, o assédio processual deve ser combatido com todas as forças e rigor pelo judiciário, visando a celeridade no âmbito processual e a prestação efetiva e justa da tutela jurisdicional. Ainda que não haja previsão legal o magistrado não deve se ater ao positivismo para coibir tal prática perpetrada pela parte litigante.

## 9. REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm). Acesso em: 15 de jun. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei 13.105, de 16 de março 2015**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 15 de jun. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal da República (1988)**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 21 abr. 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8906.htm). Acesso em: 15 de jun. 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça** -AgRg no REsp: 1263480 CE 2011/0152105-8, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 01/09/2011, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/09/2011. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21084709/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1263480-ce-2011-0152105-8-stj/inteiro-teor-21084710>. Acesso em: 15 de jun. 2020.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região**. Autos nº 0000445-19.2010.5.18.0009. Juíza: Cleuza Gonçalves Lopes. Data de Publicação: DJe 06/05/2010. Disponível

em: [http://sistemas.trt18.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p\\_tipo=2&p\\_gra\\_u=1&p\\_tab=saj290&p\\_id=3742856&p\\_num=5803&p\\_ano=2010&p\\_cid=93&p\\_tipp roc=RTS&p\\_dataut=03/03/2010&p\\_npaga=x](http://sistemas.trt18.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_gra_u=1&p_tab=saj290&p_id=3742856&p_num=5803&p_ano=2010&p_cid=93&p_tipp roc=RTS&p_dataut=03/03/2010&p_npaga=x). Acesso em: 15 de jun. 2020.

BRASIL. **2ª Vara do Trabalho de Governador Valadares/MG**. Autos nº 00367-2010-099-03-00-0. Juiz: Hudson Teixeira Pinto. Data da publicação: Dejt 09/10/2012. Disponível

em : [http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1\\_0.htm?conversationId=12015727](http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm?conversationId=12015727). Acesso em: 15 de jun. 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça** -REsp nº 1133262 / ES (2012/0091110-6), Relator: Min. Luis Felipe Salomão - Corte Especial, Data de Publicação: DJ 04/08/2015). Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/111498611/trt-6-judiciario-18-03-2016-pg-400>. Acesso em: 15 de jun. 2020.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região** - RO: 00012656120125040331 RS 0001265-61.2012.5.04.0331, Relatora: Vania Mattos;Data de Julgamento: 22/08/2013, 1ª Vara do Trabalho de São Leopoldo. Publicado: DJe 17/10/2012.

Disponível: [http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta\\_lista/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&nroprocesso=0001265-61.2012.5.04.0331&operation=doProcesso&action=2&intervalo=90](http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_lista/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&nroprocesso=0001265-61.2012.5.04.0331&operation=doProcesso&action=2&intervalo=90). Acesso em: 15 de jun. 2020.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região** - RecOrd: 00004938820125050196 BA 0000493-88.2012.5.05.0196, Relator: Elisa Amado, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 31/10/2012. Disponível em: <http://trt-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/160220253/recurso-ordinario-record-4938820125050196-ba-0000493-8820125050196>. Acesso em: 15 de jun. 2020.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região**-Processo Nº 0001028-77.2010.5.05.0037RecOrd, 3ª Turma, Relatora: Desembargadora Sônia França. Data de Publicação: DJ 20/04/2012. Disponível em: <http://trt-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/160184418/recurso-ordinario-record-12699120115050271-ba-0001269-9120115050271/inteiro-teor-160184423>. Acesso em: 15 de jun. 2020.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**- RO: 00715201304303007 0000715-50.2013.5.03.0043, Relator: Sercio da Silva Pecanha, Oitava Turma, Data de

Publicação: 11/10/2013 DEJT. Disponível em:  
<http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso2.htm?conversationId=12585675>.  
Acesso em: 15 de jun. 2020.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**- Processo: 0001666-66.2010.5.03.0005 AP; Órgão Julgador: Terceira Turma; Relator: Taisa Maria M. de Lima; Revisor: Luis Felipe Lopes Boson, Data de Publicação: 09/02/2015. Disponível em: [http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1\\_0.htm?conversationId=12583666](http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm?conversationId=12583666). Acesso em: 15 de jun. 2020.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região** - Processo: 0001597-41.2010.5.03.0035 RO; Órgão Julgador: Turma Recursal de Juiz de Fora; Relator: Convocado Carlos Roberto Barbosa; Revisor: Convocada Maria Raquel Ferraz Zagari Valentim. Data de Publicação: 12/07/2012; Disponibilização: 11/07/2012, DEJT, Página 212. Disponível em: [http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1\\_0.htm?conversationId=12584942](http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm?conversationId=12584942). Acesso em 15 de jun. 2020.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**; Processo: 0002466-27.2012.5.03.0134 RO; Órgão Julgador: Quinta Turma; Relator: Jose Murilo de Moraes; Revisor: Lucilde D'Ajuda Lyra de Almeida. Data de Publicação: 21/10/2013; Disponibilização: 18/10/2013, DEJT, Página 217. Disponível em: [http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1\\_0.htm?conversationId=12586163](http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm?conversationId=12586163). Acesso em: 15 de jun. 2020.

COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. **Discriminação no Trabalho: Mecanismos de combate à Discriminação e Promoção de Igualdade de Oportunidades**. Disponível em: [http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/oit\\_igualdade\\_racial\\_05\\_234.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/oit_igualdade_racial_05_234.pdf). Acesso em: 15 de jun. 2020.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 14. ed., v. I. Salvador: JusPODIVM, 2015.

FROTA, Cynthia Mara Horácio; RODRIGUES, Rodrigo Manoel Meirelles. Assédio processual na Justiça do Trabalho. In: Revista Acadêmica da Faceca. vol. 1, nº 11, ano 2012. Varginha. Disponível em: [www.faceca.br/revista/index.php/congresso/article/view/238/107](http://www.faceca.br/revista/index.php/congresso/article/view/238/107). Acesso em: 15 de jun. 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012

JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco PEDRON; Flávio Quinaud. **Novo CPC Lei 13.105, De 16.03.2015 Fundamentos e Sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense. 2015. p. 67.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil- Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito processual do Trabalho**. 13. ed. Saraiva: 2015.

MELLO JÚNIOR, Adolpho C. de Andrade. Aplicação Judicial do Direito – Juízos de Verossimilitude e Probabilidade. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro: volume 3, nº 12, p. 111-117, 2000. Disponível em : [http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista12/revista12\\_111.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista12/revista12_111.pdf). Acesso em: 23 abr. 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2009. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=ass%E9dio>. Acesso em: 15 jun. 2020.

MIRANDA, André Padoin. **Assédio Processual e o Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em : <http://pgsskroton.com.br/seer/index.php/juridicas/article/viewFile/1190/1142>. Acesso em: 21 abr. 2016.

Negociação coletiva de trabalho e equidade de gênero e raça no Brasil / Organização Internacional do Trabalho. - Brasília: OIT, 2009. Disponível em: [http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/negociacao\\_equidade\\_272.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/negociacao_equidade_272.pdf). Acesso em: 15 jun. 2020.

NEGRÃO, Theotonio *et. al.* **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 45. ed. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2013.

**Novo código de processo civil anotado / OAB**. – Porto Alegre: OAB RS, 2015. Disponível em: [https://www.oabrs.org.br/novocpcanotado/novo\\_cpc\\_anotado\\_2015.pdf](https://www.oabrs.org.br/novocpcanotado/novo_cpc_anotado_2015.pdf). Acesso em: 15 jun. 2020.

PAIM, Nilton Rangel Barreto; HILLESHEIM, Jaime. Assédio Processual no Processo do Trabalho. **Revista TST**, Brasília, vol. 75, nº4, out./dez. 2009. Disponível em : [http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/13797/006\\_paroski.pdf?sequence=6](http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/13797/006_paroski.pdf?sequence=6). Acesso em: 15 jun. 2020.

PAROSKI, Mauro Vasni. Reflexões sobre a morosidade e o assédio processual. **Rev. TST**, v. 75, n. 4, p. 111-137, out./dez. 2009. Disponível em: [http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/13797/006\\_paroski.pdf?sequence=6](http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/13797/006_paroski.pdf?sequence=6). Acesso em: 15 jun. 2020.

PEREIRA, Leone. **Manual de processo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARAIVA, Renato; MANFREDIDINI, Aryanna. **Curso de direito processual do trabalho**. 11. ed. rev., e atual. Rio de Janeiro: MÉTODO, 2014.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

THEODORO Jr., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 55 ed. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

VILLAMARÍN, A. J. G. **Citações da Cultura Universal**. Porto Alegre: Editora AGE, 2002.

UCHÔA, Marcelo Ribeiro. O assédio processual como dupla violência ao trabalhador. **Revista LTr**, São Paulo, v. 72, n. 10, p.1241-1245, out. 2008. Disponível em: <http://www.gomeseuchoa.adv.br/publicacoes/Revista%20LTR%20Outubro%202008.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2020.

## RETROATIVIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS INFRACONSTITUCIONAIS: ANÁLISE LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL

### MANFREDO BRAGA FILHO:

Advogado. Especialista em Direito Constitucional, Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho.

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo analisar as normas infraconstitucionais aptas a promover a retroatividade dos seus efeitos jurídicos às situações pretéritas, bem como, os graus de retroatividade por ela promovida. Neste contexto, faz-se uma análise da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, abarcando o Código Penal e o Código Tributário Nacional, como também as normas infraconstitucionais que nascem para desconstituir até mesmo a coisa julgada, como a Lei de Anistia e o decreto de indulto, graça e comutação de penas, abarcando a Súmula nº 654 do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, utilizou-se o método de análise qualitativa, com estudo da doutrina, jurisprudência e legislação. Conclui-se que a Constituição de Outubro de 1988 permite a retroatividade de normas, desde que não afronte o "*status libertatis*" da pessoa (CRFB/88, art. 5º. XL), (b) ao "*status subjectionais*" do contribuinte em matéria tributária (CRFB/88, art. 150, III, "a") e (c) à segurança jurídica no domínio das relações sociais.

**Palavras-chave:** Coisa julgada, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, segurança jurídica.

**ABSTRACT:** The present article aims to analyze the infraconstitutional rules able to promote the retroactivity of its legal effects to past situations, as well as the degrees of retroactivity promoted by it. In this context, an analysis is made of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, encompassing the Penal Code and the National Tax Code, as well as the infraconstitutional rules that are born to deconstruct even the res judicata, such as the Amnesty Law and the decree of pardon, grace and commutation of sentences, encompassing Precedent N° 654 of the Supreme Court. For that, the qualitative analysis method was used, with a study of the doctrine, jurisprudence and legislation. It is concluded that the Constitution of October 1988 allows the retroactivity of norms, as long as it does not affect the "*status libertatis*" of the person (CRFB / 88, art. 5º XL), (b) the "*status subjectionais*" of the taxpayer in tax matters (CRFB / 88, art. 150, III, "a") and (c) legal certainty in the field of social relations.



**Key words:** Thing judged, Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, legal certainty.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 2. DESENVOLVIMENTO. 2.1 NORMAS QUE POR SUA NATUREZA JÁ SÃO RETROATIVAS: 2.1.1 LEI QUE CONCEDE A ANISTIA E O DECRETO DE INDULTO, GRAÇA E COMUTAÇÃO DE PENAS; 2.1.2 SÚMULA Nº 654 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2.2 NORMAS INTERPRETATIVAS. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1.INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de conteúdo analítico, eclética e extensiva, permite várias interpretações retroativas de normas infraconstitucionais, e estabelece efeitos distintos, conforme o instrumento jurídico analisado, pois objetiva essencialmente proteger a liberdade dos cidadãos, a proteção contra o confisco e a prevalência da proteção às posições jurídicas decorrentes do ato jurídico perfeito, coisa julgada e direito adquirido.

O tema é bastante sensível, uma vez que atinge frontalmente o princípio da segurança jurídica, como bem conceituado por Paulsen (2020, p. 109 - 111), em destaque:

“Todo o conteúdo normativo do princípio da segurança jurídica se projeta (...) O conteúdo de certeza do direito diz respeito ao conhecimento do direito vigente e aplicável aos casos, de modo que as pessoas possam orientar suas condutas conforme os efeitos jurídicos estabelecidos, buscando determinado resultado jurídico ou evitando consequência indesejada. (...) O conteúdo de intangibilidade das posições jurídicas (...) O conteúdo de estabilidade das situações jurídicas que estabelecem prazos decadenciais e prescricionais (...) O conteúdo de proteção à confiança (...) O conteúdo de devido processo legal tratando-se de acesso à jurisdição, remédios e garantias processuais, impende considerar, ainda, que têm plena aplicação, também em matéria tributária, dentre outros, os incisos XXXV, LIV, LV, LVI, LXIX e LXX do art. 5º da Constituição. Evidencia-se, assim, a segurança jurídica enquanto devido processo legal e, mais particularmente, enquanto acesso à jurisdição.” (PAULSEN, 2020, p. 109-111).

O Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 605 MC/DF de relatoria do Min. Celso de Mello, com julgamento em 23/10/1991, pelo órgão julgador, o Tribunal Pleno, assim delimitou a possibilidade de retroação:

“O princípio da irretroatividade somente condiciona a atividade jurídica do Estado nas hipóteses expressamente previstas pela Constituição, em ordem a inibir a ação do Poder Público eventualmente configuradora de restrição gravosa (a) ao "status libertatis" da pessoa (CF, art. 5. XL), (b) ao "status subjectionais" do contribuinte em matéria tributária (CF, art. 150, III, "a") e (c) à segurança jurídica no domínio das relações sociais (CF, art. 5., XXXVI). - Na medida em que a retroprojeção normativa da lei não gere e nem produza os gravames referidos, nada impede que o Estado edite e prescreva atos normativos com efeito retroativo. - As leis, em face do caráter prospectivo de que se revestem, devem, ordinariamente, dispor para o futuro. O sistema jurídico-constitucional brasileiro, contudo, não assentou, como postulado absoluto, incondicional e inderrogável, o princípio da irretroatividade. - A questão da retroatividade das leis interpretativas.” (STF, ADI 605 MC/DF).

Desta forma, o presente trabalho busca analisar as normas infraconstitucionais aptas a promover a retroatividade dos seus efeitos jurídicos às situações pretéritas, bem como, os graus de retroatividade por ela promovida.

## **2. DESENVOLVIMENTO**

### **2.1 NORMAS QUE POR SUA NATUREZA JÁ SÃO RETROATIVAS**

O art. 5º, XL da Constituição Republicana de 1988, expressamente concebe a retroatividade benigna em matéria penal ao dispor “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, entretanto, o que parece ser uma regra clara e sem margem de interpretação se mostrou extremamente complicado.

O Código Penal em seu art. 3º afirma que “A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência”.

Logo, como conciliar a retroatividade normativa com o fim das situações excepcionais ou com o tempo da norma, entendemos, que o tempo ou a circunstância excepcional integra o próprio tipo penal, sob pena de se perfazer uma

norma inócua, ao qual não promove a prevenção geral ou especial das sanções penais, logo essas leis intermitentes seriam sempre dotadas de ultratividade, com a exceção apenas de nova norma temporária mais benéfica.

Contudo, o eminente desembargador e doutrinador Nucci (2019, p. 327-328) entende de maneira diversa a este posicionamento, pois compreende que há um eufemismo interpretativo ao afirmar que o tempo integra a tipicidade, pois em verdade o marco temporal ou circunstancial revoga a lei do ordenamento jurídico, logo perfazendo os efeitos retroativos benéficos ao réu, senão vejamos:

“O referido art. 3.º não especifica ser o período de tempo integrante do tipo penal; cuida-se de criação doutrinária. E mesmo que se pudesse deduzir tal incorporação, quando a lei intermitente perde a vigência, em seu lugar, por certo, surge norma mais favorável ao réu, merecendo sobreposição no tocante à anterior. Ainda mais, inserindo-se o tema sob o prisma da dignidade humana, não há como sustentar que o Estado tenha direito de editar leis de curta duração, buscando punir mais severamente alguns indivíduos, por exíguo tempo, para depois retroceder, abolindo o crime ou amenizando a pena. Não se deve tratar o direito penal como joguete político para a correção de casos concretos temporários ou passageiros. A intervenção mínima demanda a instituição de lei penal incriminadora somente em *ultima ratio*, quando nada mais resta ao Estado senão criminalizar determinada conduta. Por isso, leis intermitentes não se coadunam com o texto constitucional de 1988, reputando-se não recepcionado o art. 3.º do Código Penal.” (NUCCI, 2019, p. 327-328).

### **2.1.1 Lei que concede a anistia e o decreto de indulto, graça e comutação de penas**

São normas infraconstitucionais que nascem para desconstituir até mesmo a coisa julgada, pois buscam perdoar ou minimizar responsabilidades na esfera penal, civil, administrativa, política ou de controle para fatos reprováveis anteriores, nos termos do art. 22, XVII, c/c o art. 48, VIII e § 6º do art. 150 da Constituição Federal, sem que isso sequer implique revogação da norma jurídica anterior, permanecendo a mesma com plena validade e eficácia jurídica.

Registra-se que, um mero decreto presidencial tem poder de conceder a graça e o indulto, sendo uma prerrogativa privativa e discricionária do Chefe do Poder

Executivo (art. 84, XII da CRFB/88), nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF, ADI 5874/DF, rel. orig. Min. Roberto Barroso, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 9/5/2019, Plenário (Info 939)).

O Decreto nº 9.246/2017, que concedeu indulto natalino, é constitucional. O indulto é um mecanismo de freios e contrapesos exercido pelo Poder Executivo sobre o Judiciário, sendo consentâneo com a teoria da separação dos poderes. O indulto não faz parte da doutrina penal, não é instrumento consentâneo à política criminal. Trata-se, como já explicado, de legítimo mecanismo de freios e contrapesos para coibir excessos e permitir maior equilíbrio na Justiça criminal. O indulto é considerado um ato discricionário e privativo do Presidente da República. O decreto de indulto não é imune ao controle jurisdicional, no entanto, suas limitações se encontram no texto constitucional (art. 5º, XLIII, da CF/88). É possível a concessão de indulto para crimes de corrupção (em sentido amplo) e lavagem de dinheiro. Isso porque não há vedação na Constituição Federal. O parecer oferecido pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) acerca dos critérios de concessão do indulto não vincula o Presidente da República. (STF, ADI 5874/DF, rel. orig. Min. Roberto Barroso, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 9/5/2019, Plenário (Info 939))

Cabe ressaltar que, a própria Constituição demandou limitações, tais como o disposto no art. 5º XLIII da CRFB/88, *in verbis*:

CRFB/88, art. 5º (...)

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Bem como, para a proteção da moralidade administrativa, impessoalidade e respeito à boa-fé e às decisões judiciais, o Poder Judiciário vem limitando essa prerrogativa do Presidente da República quando se trata de casos que visam perdoar a pena de multa decorrente de parcelamento voluntário para obter benefícios penais ou do perdão objetivando o retorno aos cargos públicos, conforme recente julgado

do Supremo Tribunal Federal EP 21 AgR-segundo-ED/DF, AG.REG. na Execução Penal, Relator Ministro Roberto Barroso, julgado em 27/09/2019 pelo órgão julgador, o Tribunal Pleno, em destaque:

Ementa: DIREITO PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. INDULTO. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO DECRETO Nº 8.615/2015. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. SUBSISTÊNCIA DO DEVER DE PAGAMENTO MULTA, CONSOANTE PARCELAMENTO AJUSTADO COM A FAZENDA PÚBLICA, BEM COMO DOS EFEITOS SECUNDÁRIOS DA CONDENAÇÃO. DESPROVIMENTO. 1. Agravo regimental contra decisão que deferiu o pedido de indulto em execução penal, nos termos do Decreto nº 8.615/2015, ressaltando, contudo, que (i) a decisão não interferia no acordo firmado, espontaneamente, pelo sentenciado com a Fazenda Pública para o pagamento parcelado da multa; e (ii) subsistiam os efeitos secundários da condenação. 2. O preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos do Decreto nº 8.615/2015 impõe a extinção da punibilidade do sentenciado (art. 107, II, CP). 3. Nada obstante, o indulto da pena privativa de liberdade não alcança a pena de multa que tenha sido objeto de parcelamento espontaneamente assumido pelo sentenciado. O acordo de pagamento parcelado da sanção pecuniária deve ser rigorosamente cumprido sob pena de descumprimento da decisão judicial e violação ao princípio da isonomia e da boa-fé objetiva. Precedente específico do Plenário: EP 11-AgR, Rel. Min. Luís Roberto Barroso. 4. Da mesma forma, a concessão do indulto extingue a pena, mas não o crime, de modo que não são afastados os efeitos secundários do acórdão condenatório, dentre os quais a interdição do exercício de função ou cargo públicos. Doutrina. Precedentes. Situação concreta em que subsistem os efeitos extrapenais da condenação, como é o caso da interdição do exercício de cargo ou função pública de qualquer natureza, expressamente fixada pelo acórdão condenatório. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF EP 21 AgR-segundo/DF, AG.REG. na Execução Penal, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Julgamento: 27/09/2019, Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

### **2.1.2 Súmula nº 654 do Supremo Tribunal Federal**

O Supremo Tribunal Federal em sessão plenária de 24/09/2003 editou a Súmula nº 654 que enuncia: “A garantia da irretroatividade da lei, prevista no art 5º, XXXVI, da Constituição da República, não é invocável pela entidade estatal que a tenha editado.”

Ou seja, permitiu que o ente federado – União, Estados, Municípios e o Distrito Federal, abra mão, pela via legislativa, da garantia constitucional da irretroatividade, não podendo, depois de sua renúncia, alegar a irretroatividade, haja posto a proteção à confiança legítima, segurança jurídica e independência entre os poderes, protegendo assim, o cidadão, conforme exemplifica Lenza (2020, p. 814).

“O STF entendeu perfeitamente possível que a lei traga novas regras e preserve a mera expectativa de direito em benefício de cidadãos, por exemplo, o parágrafo único do art. 1.º da Lei estadual n. 200/74 (SP), que, ao revogar a legislação que concedia benefício de complementação de aposentadoria, ressalvou os direitos dos empregados admitidos até a data de sua vigência. Nesse sentido, a S. 654/STF: “a garantia da irretroatividade da lei, prevista no art. 5.º, XXXVI, da Constituição da República, não é invocável pela entidade estatal que a tenha editado”. (LENZA, 2020, p. 814).

Contudo, ressalta-se a advertência de Bernardes & Ferreira (2015, p. 162) acerca do assunto:

“Contudo, como não são só os particulares que podem invocar o princípio da não retroatividade, a constitucionalidade de leis assim retroativas circunscreve-se à titularidade da própria entidade detentora do direito subjetivo. Daí, no exemplo acima, a lei federal é válida porque somente a União poderia alegar o direito adquirido de não pagar novamente os vencimentos já adimplidos daquela classe de servidores federais. Todavia, embora seja federal a competência para legislar sobre salário mínimo, o princípio da não retroatividade tornaria nula qualquer lei da União que elevasse, de maneira retroativa, o salário mínimo pago por Estados, DF e Municípios a seus servidores e/ou empregados públicos.” (BERNARDES & FERREIRA, 2015, p. 162).

## 2.2 NORMAS INTERPRETATIVAS



O Código Tributário Nacional no seu art. 106, I afirma que a lei, pode conferir tratamento retroativo:

CTN/66, art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados.

Ou seja, para os defensores da constitucionalidade desta norma, a lei define o que pode ou não retroagir, inclusive em matéria tributária. Registra-se que o Superior Tribunal de Justiça vem aplicando o entendimento pela retroatividade interpretativa. A exemplo disto temos o REsp 1715820 / RJ, Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 12/03/2020:

IV - O drawback constitui um regime aduaneiro especial, nas modalidades previstas nos incisos do art. 78 do Decreto-lei n.37/1966 - isenção, suspensão e restituição de tributos, podendo ser conceituado como incentivo à exportação, consubstanciado na desoneração do processo de produção, com vista a tornar a mercadoria nacional mais competitiva no mercado global.

V - A Lei n 8.032/1990 disciplinou a aplicação do regime de drawback-suspensão (art. 78, II, do Decreto-Lei n. 37/1966), especificamente às operações que envolvam o fornecimento de máquinas e equipamentos para o mercado interno. Por sua vez, a Lei n.11.732/2008 revela o conceito de "licitação internacional" lançado no art. 5º da Lei n. 8.032/1990, subjetivamente mais abrangente do que aquele constante do art. 42 da Lei n. 8.666/1993, encampando, além das licitações realizadas no âmbito da Administração Pública, os certames promovidos pelo setor privado, o que, por conseguinte, prestigia e reforça a própria finalidade do benefício fiscal em comento. Inteligência do art. 173, § 2º, da Constituição da República.

VI - O padrão em nosso ordenamento jurídico é o de que as leis projetem seus efeitos para o futuro. Não obstante, o art. 106 do CTN estatui as excepcionais hipóteses nas quais a lei tributária aplica-se ao passado, dentre elas, quando a lei for expressamente interpretativa.

VII - O art. 3º da Lei n. 11.732/2008 ostenta caráter interpretativo, limitando-se a elucidar o sentido e alcance de expressão constante de outra - art. 5º da Lei n. 8.032/1990, sem impor qualquer inovação ou modificação no regime especial de tributação nela disciplinado, razão pela qual, em que pese tenha entrado em vigor após o ajuizamento da ação anulatória em tela, é perfeitamente aplicável à situação concreta ora analisada. (STJ, REsp 1715820 / RJ, Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 12/03/2020).

Contudo, desde que a referida norma interpretativa, não implique alteração substancial, como se verifica na do julgado do Superior Tribunal de Justiça no AI nos EREsp 644.736/PE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 27.08.2007, senão vejamos:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. LEI INTERPRETATIVA. PRAZO DE PRESCRIÇÃO PARA A REPETIÇÃO DE INDÉBITO, NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. LC 118/2005: NATUREZA MODIFICATIVA (E NÃO SIMPLEMENTE INTERPRETATIVA) DO SEU ARTIGO 3.º. INCONSTITUCIONALIDADE DO SEU ART. 4.º, NA PARTE QUE DETERMINA A APLICAÇÃO RETROATIVA.

(...)

3. O art. 3.º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar esses mesmos enunciados, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário. Ainda que defensável a 'interpretação' dada, não há como negar que a Lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal.

4. Assim, tratando-se de preceito normativo modificativo, e não simplesmente interpretativo, o art. 3.º da LC 118/2005 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência.

5. O artigo 4.º, segunda parte, da LC 118/2005, que determina a aplicação retroativa do seu art.

3.º, para alcançar inclusive fatos passados, ofende o princípio constitucional da autonomia e independência dos poderes (CF, art. 2.º) e o da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (CF, art. 5.º, XXXVI). (STJ, AI nos EREsp 644.736/PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki DJ 27.08.2007).

Cabe ressaltar, que aparentemente, o Supremo Tribunal Federal entende pela constitucionalidade das normas interpretativas serem retroativas, como se segue o entendimento da ADI 605/DF:

“É plausível, em face do ordenamento constitucional brasileiro, o reconhecimento da admissibilidade das leis interpretativas, que configuram instrumento juridicamente idôneo de veiculação da denominada interpretação autêntica. As leis interpretativas – desde que reconhecida a sua existência em nosso sistema de direito positivo – não traduzem usurpação das atribuições institucionais do judiciário e, em consequência, não ofendem o postulado fundamental da divisão funcional do poder – mesmo as leis interpretativas expõem-se ao exame e à interpretação dos juízes e tribunais. Não se revelam, assim, espécies normativas imunes ao controle jurisdicional” (STF, Tribunal Pleno, ADI-MC 605/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23.10.1991, DJ 05.03.1993, p. 2.897).

Contudo, entendo pela inconstitucionalidade da retroatividade das normas interpretativas, pois não cabe ao legislador fazer interpretação da Constituição conforme a lei, invertendo assim a pirâmide formalística, ao que permite a interpretação conforme a Constituição, bem como, o limite e o alcance das normas é atribuição dos operadores do direito e jamais do legislador, sendo assim, a lei interpretativa, deve ter caráter por futuro, como decorrer do art. 1º §4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro “As correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova”, conforme entende também Bernardes & Ferreira (2015, p. 158):

“A despeito da opinião em contrário de grande parte da doutrina nacional, o princípio da não retroatividade tampouco admite a retroação de *leis* interpretativas. Como deixa evidente o § 4º do art. 1º da LIDB, até a lei retificadora de uma outra publicada por engano deve ser considerada uma nova lei, a fim de se respeitarem situações consolidadas sob a égide da lei

retificada. Daí a manifesta incompatibilidade constitucional do inciso 1 do art. 106 do CTN, na parte em que determina a aplicação de lei interpretativa a ato ou fato pretérito.” (Bernardes & Ferreira, 2015, p. 158).

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição de Outubro de 1988 permite a retroatividade de normas, desde que não afronte o "*status libertatis*" da pessoa (CRFB/88, art. 5º. XL), (b) ao "*status subjectionais*" do contribuinte em matéria tributária (CRFB/88, art. 150, III, "a") e (c) à segurança jurídica no domínio das relações sociais.

De forma tal, em regra, as leis legislam para o futuro para garantir a segurança jurídica, entretanto, com o neoconstitucionalismo, que permite a interpretação axiológica da Constituição, logo se perfaz possível que a geração do presente promova alterações com efeitos retroativos, desde que sejam proporcionais e respeitem os estritos limites da Constituição.

### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Ed. Juspodivm, 5ª ed., 2015.

BRASIL, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05.10.1988**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) > Acessado em: 08 jun. 2020.

BRASIL, 1966. **Lei nº 5.172/1966. Código Tributário Nacional**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm) > Acessado em: 10 jun. 2020.

BRASIL, 1940. **Decreto-Lei nº 2.848/1940. Código Penal**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) > Acessado em: 10 jun. 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado 2020**. Ed. Saraiva Jur, 24ª edição, 2020, 1576 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 11ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

STF, **EP 21 AgR-segundo-ED/DF, AG.REG. na Execução Penal, Rel. Min. Roberto Barroso, DJ: 27/09/2019, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.**

STF, **ADI 5874/DF**, Rel. orig. Min. Roberto Barroso, Red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 9/5/2019, Plenário (Info 939).

STF, **Súmula nº 654**, Sessão Plenária de 24.09.2003.

STF, **ADI 605 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ: 23/10/1991, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.**

STJ, **REsp 1715820 / RJ**, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 12/03/2020.

STJ, **AI nos EREsp 644.736/PE**, Rel. Min. Teori Albino Zavascki DJ 27.08.2007.

## **BAGATELA IMPRÓPRIA: A (DES)NECESSIDADE DA APLICAÇÃO DA PENA**

**ELEONARD FERREIRA LIMA:**

Acadêmico de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

**CRISTIANE DORST MEZZAROBA<sup>[1]</sup>**

(orientador)

**RESUMO:** O presente estudo objetiva a análise do Princípio da Insignificância, também denominada Bagatela à luz do Direito Penal Brasileiro, com enfoque no Princípio da Insignificância Impróprio. Assente a necessidade de se estabelecer aspectos conceituais e doutrinários da aplicação da bagatela imprópria, bem como o entendimento das Cortes Superiores quando da sua inserção ao caso concreto. A pesquisa mostra-se relevante, haja vista a possibilidade dos julgadores, diante de um fato típico, antijurídico e culpável, deixe de aplicar a pena em razão de se tornar desnecessária, ante a irrelevância penal do fato. Serão abordados os requisitos e as hipóteses jurisprudenciais que se revestem a matéria, bem como as diferenças existentes entre o Princípio da Insignificância e o Princípio da Insignificância Impróprio. Para tanto, será adotada como metodologia de pesquisa a dedutiva-qualitativa, alicerçada em estudo bibliográfico de doutrinas jurídicas, artigos científicos, matérias jornalísticas e jurisprudências pertinentes ao objeto desta pesquisa. Objetiva-se contribuir com o debate acerca da viabilidade da aplicação da bagatela imprópria e as consequências práticas, jurídicas e legais de sua incidência.

**PALAVRAS-CHAVE:** Bagatela; Desnecessidade da Pena; Princípio da Insignificância Impróprio.

**ABSTRACT:** This study aims to analyze the Principle of Insignificance, also called Trifle under Brazilian Criminal Law, focusing on the Principle of Improper Insignificance. Based on the need to establish conceptual and doctrinal aspects of the application of improper trifle, as well as the understanding of the Superior Courts when they are inserted in the specific case. The research proves to be relevant, given the possibility of the judges, in the face of a typical, anti-legal and culpable fact, stop applying the penalty because it becomes unnecessary, in view of the criminal irrelevance of the fact. Jurisprudential requirements and hypotheses will be addressed, as well as the existing differences between the Principle of Insignificance and the Principle of Improper Insignificance. For this purpose, the deductive-qualitative research methodology, based on a bibliographic study of legal doctrines, scientific articles, journalistic materials and jurisprudence relevant to the object of this research, will be adopted as research methodology. It aims to contribute to the debate about the



feasibility of applying the improper trifle and the practical, legal and legal consequences of its incidence.

**KEYWORDS:** Trifle; Unnecessary Penalty; Principle of Improper Insignificance.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Conceito e Características do Princípio da Insignificância. 3. Princípio da Insignificância Impróprio. 4. A Aplicação da Insignificância Imprópria pelos Tribunais Superiores. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O sistema jurídico brasileiro consiste em um arcabouço de normas ramificadas por diferentes áreas de atuação, separadas por critérios de especialidade e fundamentada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, carta maior e norteadora de todo o ordenamento jurídico vigente.

Insertos neste sistema complexo, os Princípios se apresentam como pilares de sustentação para o conjunto de normas gerais e específicas, de modo a garantir a observância dos direitos e garantias fundamentais da sociedade.

Assim como nos demais ramos do Direito, os Princípios estão fortemente presente no Direito Penal e deve ser observado pelos operadores do direito na análise do caso concreto. É neste contexto que se apresenta o Princípio da Insignificância ou Bagatela, que em linhas gerais consiste na prática de condutas evitadas de antijuridicidade e culpabilidade, mas que a lesão ao bem jurídico tutelado é ínfima ao ponto de se tornar atípica.

Consubstanciado neste princípio, doutrinadores e Tribunais Superiores vêm reconhecendo, em alguns casos, a incidência de uma nova classificação da Bagatela, o chamado Princípio da Insignificância Impróprio.

A Bagatela Imprópria permite ao julgador, mesmo diante de um fato típico, antijurídico e culpável, deixe de aplicar a pena em razão desta, ter se tornada desnecessária. Diante deste novo entendimento, surge a seguinte problemática: A Bagatela Imprópria é cabível em qualquer situação? Qual a hermenêutica empregada pelas Cortes Superiores acerca do Princípio da Insignificância Impróprio?

O objetivo geral desta pesquisa é analisar aplicabilidade da bagatela imprópria, através da reflexão dos seguintes objetivos específicos: compreender os estudos doutrinários referentes à aplicação da bagatela imprópria, e, verificar a atual aplicação da bagatela imprópria pelo judiciário brasileiro.

A escolha desta temática guarda relevância, pela atual insegurança jurídica que paira em torno do tema ora debatido, e que se busca descortinar, por meio da análise dos critérios jurídicos e delimitadores existentes na doutrina e na jurisprudência, para aplicação da bagatela imprópria.

A metodologia de pesquisa adotada a dedutiva-qualitativa, alicerçada em estudo bibliográfico de doutrinas jurídicas, artigos científicos, matérias jornalísticas e jurisprudências pertinentes ao objeto desta pesquisa.

Objetiva-se contribuir com o debate acadêmico acerca da viabilidade da aplicação da bagatela imprópria e as consequências práticas, jurídicas e legais de sua incidência, e a interpretação dada pelos estudiosos e especialistas nesta temática.

## **2. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.**

O princípio da insignificância é enunciado pela primeira vez em 1964, na obra de Claus Roxin, e é compreendido como um instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, onde é possível alcançar pela via judicial a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atinjam de forma relevante os bens jurídicos protegidos (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2019, p. 18).

No Brasil, o princípio da insignificância próprio percorre a jurisprudência desde o final da década de 1980, e comumente é utilizado quando há uma lesão à bem jurídico penalmente tutelado, mas esta lesão é irrisória, e por este motivo, não haveria adequação típica.

Na bagatela própria não se aplica o direito penal, em razão da insignificância da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. O bem é tão ínfimo que não há a ocorrência de nenhum dano ou ameaça de lesão relevante. A conduta é formalmente típica, mas materialmente atípica, portanto, não é criminosa, o que não justifica a aplicação da força da lei. Exemplo típico é a subtração de um frasco de shampoo de uma grande rede de farmácia, que embora a conduta seja caracterizada como Furto (prevista no art 155 do Código Penal), a conduta é atípica sob o enfoque material, pois não relevante ofensa ou ameaça ao bem jurídico (CUNHA, 2016, p. 80).

Conforme preleciona Capez (2018, p. 68), o Supremo Tribunal Federal – STF, já consolidou entendimento para o reconhecimento do Princípio da Bagatela:

O Supremo Tribunal Federal já firmou jurisprudência, assentando que a aferição do relevo material da tipicidade penal e a consequente aplicação do princípio em tela devem se

dar através da satisfação concomitante de alguns requisitos, quais sejam: (i) a mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) a ausência de periculosidade social da ação; (iii) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; (iv) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Assim, já está pacificado que não se deve levar em conta apenas e tão somente o valor subtraído (ou pretendido à subtração) como parâmetro para aplicação do princípio da insignificância, até porque, do contrário, por óbvio, deixaria de existir a modalidade tentada de vários crimes, como no próprio exemplo do furto simples, bem como desapareceria do ordenamento jurídico a figura do furto privilegiado (CP, art. 155, § 2º). Em verdade, o critério da tipicidade material deverá levar em consideração a importância do bem jurídico possivelmente atingido no caso concreto.

Nota-se que a exclusão da tipicidade decorrente deste princípio, somente será aplicada se atendidos os requisitos acima elencados, isto porque, historicamente há uma dificuldade de se aferir o grau de lesividade da conduta e a necessidade da inafastabilidade da tutela, devendo estes requisitos ser aplicados de modo cumulativo.

Em sua obra, Estefam (2018, p. 186) apresenta justificativas para os requisitos fixados pelas Cortes Superiores: "(...) desenvolveu quatro vetores para sua aplicação, de tal modo que a apreciação concreta da insignificância do comportamento não fique adstrita à dimensão econômica do prejuízo sofrido pela vítima, mas seja pautada por uma análise global da conduta e do agente".

Outro ponto de discussão nos Tribunais Superiores se refere ao valor que deve ser considerado para afastar a tipicidade. Neste aspecto, cumpre transcrever a decisão do STF proferida no Habeas Corpus n.118320 – ES:

HABEAS CORPUS. FURTO. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE: VALOR DO BEM SUBTRAÍDO; EXISTÊNCIA DE PROCESSOS EM CURSO POR DELITOS DA MESMA NATUREZA; FORMA COMO PRATICADO O CRIME. PROPENSÃO À PRÁTICA DELITIVA. ORDEM DENEGADA. 1. A tipicidade penal não se reduz ao exame da subsunção do fato à norma abstrata. Além da correspondência formal, a configuração da tipicidade demanda análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso

concreto, para verificar a ocorrência de alguma lesão grave e penalmente relevante do bem jurídico tutelado. 2. Não se há cogitar da incidência do princípio da insignificância: valor subtraído de R\$171,80 representa 36,94% de R\$ 465,00, salário mínimo da época dos fatos; assentamento pelas as instâncias ordinárias de que o Paciente, embora não seja tecnicamente reincidente, responde a processos da mesma natureza, demonstrando propensão à prática delitiva. 3. Inaplicabilidade do princípio da insignificância. Emprego de artil para lograr êxito na prática do delito. 4. Ordem denegada.” (STF. HABEAS CORPUS Nº 118.320 - ES. Relatora Ministra Cármen Lúcia – 2ª Turma. DJ: 06/11/2013. Diário da Justiça, 2013).

De acordo com a especificidade de cada caso concreto, a Corte vislumbrou ser impossível balizar a aplicação de tal princípio com base apenas no valor do bem, devendo ser analisada cada hipótese de forma individualizada.

O colegiado também considerou em várias situações, que para a concessão do Princípio da Bagatela devem ser observados os antecedentes criminais do autor da conduta, e a reiteração delitiva. Quanto a este assunto, têm-se a seguinte decisão em sede do HC 97.772 – RS:

HABEAS CORPUS. PENAL. TENTATIVA DE FURTO. ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: INVIABILIDADE. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. REINCIDÊNCIA. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A tipicidade penal não pode ser percebida como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, é necessária uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado. 2. O princípio da insignificância reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato na seara penal, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal. 3. Para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato - tais como a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da

lesão jurídica causada. 4. No caso dos autos, em que o delito foi praticado com a invasão do domicílio da vítima, não é de se desconhecer o alto grau de reprovabilidade do comportamento do Paciente. 5. A reincidência, apesar de tratar-se de critério subjetivo, remete a critério objetivo e deve ser excepcionada da regra para análise do princípio da insignificância, já que não está sujeita a interpretações doutrinárias e jurisprudenciais ou a análises discricionárias. O criminoso reincidente apresenta comportamento reprovável, e sua conduta deve ser considerada materialmente típica. 6. Ordem denegada." (STF. HABEAS CORPUS Nº 97.772 – RS. Relatora Ministra Cármen Lúcia – 1ª Turma. DJ: 03/11/2009. Diário da Justiça, 2009).

A interpretação dada pela Corte máxima se coaduna com as diretrizes estabelecidas por diversos autores, uma vez que, não se pode olvidar que o sujeito que comete crimes reiteradamente, possui um comportamento socialmente reprovável, devendo, portanto, ser considerado materialmente típico.

Insta destacar ainda que o Supremo Tribunal Federal afirma não ser compatível o Princípio da Insignificância com crimes como: crimes de falsificação, crimes mediante violência ou grave ameaça à pessoa e tráfico de drogas.

Percebe-se que o Princípio da Bagatela se relaciona intimamente com o Princípio da Intervenção Mínima, na medida em que, o Direito somente deva intervir nos casos de ataques aos bens jurídicos socialmente mais caros.

No próximo capítulo será tratado o Princípio da Insignificância Impróprio.

### **3. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA IMPRÓPRIO.**

O Princípio da Insignificância Impróprio não tem previsão no ordenamento jurídico, embora alguns doutrinadores entendam que ele está contido no artigo 59 do Código Penal, e vem sendo comumente utilizado em decisões judiciais, quando o julgador entende que a aplicação da pena é desnecessária e inoportuna.

Há neste princípio a desvalorização da conduta e do resultado, conforme apontado por Masson (2017, p. 48):

Em outras palavras, infração (crime ou contravenção penal) de batela imprópria é aquela que surge relevante como relevante para o Direito Penal, pois apresenta desvalor da conduta e

desvalor do resultado. O fato é típico e ilícito, o agente é dotado de culpabilidade e o Estado possui o direito de punir (punibilidade).

Mas, após a prática do fato, a pena revela-se incabível no caso concreto, pois diversos fatores recomendam o seu afastamento, tais como: sujeito com personalidade ajustada ao convívio social (primário e sem antecedentes criminais), colaboração com a justiça, reparação do dano causado à vítima, reduzida reprovabilidade do comportamento, reconhecimento da culpa, ônus provocado pelo fato de ter sido processado ou preso provisoriamente, etc.

Pelo texto supra, verifica-se que muito embora tenha sido reconhecido o fato típico, pelo conjunto de fatores que revestem o caso, a pena seria afastada, a exemplo de o sujeito ter ressarcido a vítima, ser réu primário, possuir bom convívio social e ser psicologicamente estável.

Tendo como base a jurisprudência atual, é necessário o cumprimento de alguns requisitos para a incidência da bagatela imprópria, a saber: mínima ofensividade da conduta do agente, ou seja, a conduta típica não poderá ser ofensiva; nenhuma periculosidade social da ação; reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente, e a inexpressividade da lesão jurídica provocada (CARNEIRO NETO, 2017, p. 01).

Discorrendo sobre a matéria, Gomes (2015, p. 01), ensina que:

(...) Em todas essas situações estamos diante da bagatela imprópria, ou seja, o fato nasce relevante para o direito penal, mas no momento da sentença o juiz entende que a aplicação da pena torna-se desnecessária. O princípio aplicável aqui é o da desnecessidade da pena, previsto no art. 59 do CP (interpretado *a contrario sensu*). Todo o direito civilizado é regido pela proporcionalidade e razoabilidade. Se a aplicação da pena prevista para o caso concreto se torna desarrazoada, o juiz tanto pode deixar de aplicá-la (quando for desnecessária) como pode admitir pena menor do que a cominada quando for excessiva (isto é, absurdamente fixada pelo legislador).

A motivação apregoada pelo autor reside no emprego da proporcionalidade e na razoabilidade do magistrado, ao avaliar o caso concreto, que pode entender



pelo afastamento da aplicação da pena, quando o réu cumprir os requisitos que a tornam desarrazoada. Emprega ainda, que a fundamentação para a aplicação da bagatela imprópria está prevista no artigo 59 do Código Penal (CP/1940), onde se deve fazer uma interpretação a *contrario sensu*. Eis o que dispõe o referido artigo:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (grifos nossos)

Para esta linha de pensamento, o Princípio da Insignificância Imprópria estaria fundamentado na parte final do caput do artigo 59 do CP (com interpretação contrária), no sentido de que ao juiz compete fixar a pena, mediante a análise do comportamento da vítima, de modo a estabelecer o que seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Sendo assim, se o réu cumpre todos os requisitos de primariedade, ressarcimento, colaboração, dentre outros, poderia ter afastada a aplicação de sua pena.

Contrapondo-se às afirmações referenciadas, Nucci (2020, p. 301-302) rechaça cabalmente o Princípio da Insignificância Imprópria ao expor que:

Em nosso entendimento, inexistente no ordenamento jurídico-penal brasileiro e, com essa designação, em outras legislações estrangeiras. Seria o mesmo que afirmar a existência de um princípio impróprio, vale dizer, um princípio da insignificância imprópria, uma grave imperfeição jurídica. Há quem sustente ser a bagatela imprópria uma alternativa ao julgador que, não podendo reconhecer a autêntica insignificância do delito (que exclui a tipicidade), terminaria por absolver, sem fixar pena.

Em verdade, quer-se aplicar uma espécie de perdão judicial. Entretanto, para que o fato típico, antijurídico e culpável deixe

de ser apenado, torna-se imperiosa a participação do legislador. Perdão não se concede a bel-prazer do magistrado, pois as suas hipóteses estão claramente tuteladas em lei.

Denota-se que neste entendimento, que a Bagatela Imprópria não possui previsão no ordenamento jurídico e reveste-se de características de um perdão judicial (que já tem previsão legal), e que deste modo, estar-se-ia ferindo o Princípio Constitucional da Legalidade.

Nesta análise não haveria margem para interpretação a contrário sensu, pois não seria possível deixar de aplicar qualquer sanção, sem a respectiva lei autorizadora.

A questão não está pacificada entre os estudiosos do Direito Penal e tampouco nas Cortes Judiciais brasileiras, mas antes de adentrarmos as questões jurisprudenciais, insta tecer os pontos de diferenciação, entre o Princípio da Insignificância e o Princípio da Insignificância Impróprio.

De acordo com o que fora estudado nesta pesquisa, o Princípio da Insignificância Própria não possui previsão legal, trata-se de uma causa supralegal de exclusão da tipicidade, em que o fato nasce irrelevante penalmente e é considerado atípico.

Já no Princípio da Insignificância Impróprio também não há previsão legal (embora para alguns esteja na parte final do caput do artigo 59 do CP), trata-se de uma causa supralegal de exclusão da punibilidade, em que o fato nasce relevante penalmente, é considerado típico, mas deixa de ser punível em razão da desnecessidade de aplicar uma pena. (SILVA, 2017, p. 02).

Feitas as considerações e distinções acerca destes princípios, passar-se-á ao estudo da jurisprudência afeta ao Princípio da Insignificância Imprópria, no próximo capítulo.

#### **4. A APLICAÇÃO DA INSIGNIFICÂNCIA IMPRÓPRIA PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES.**

Conforme afirmado anteriormente, há intenso debate doutrinário acerca da aplicação do Princípio da Insignificância Impróprio no sistema judicial brasileiro. Não obstante estas divergências, as Cortes Superiores já se manifestaram sobre a possibilidade da aplicação da Bagatela Imprópria, conforme decisão prolatada pelo Superior Tribunal Militar – STM na Apelação n. 00000884420147070007:

RECURSO DEFENSIVO. APELAÇÃO. FURTO SIMPLES. PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REPARAÇÃO DO DANO. PRESENÇA DE REQUISITOS SUBJETIVOS POSITIVOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RECONHECIMENTO DA DESNECESSIDADE DA PENA. POSSIBILIDADE. O reconhecimento do princípio da bagatela imprópria permite que o julgador, mesmo diante de um fato típico, antijurídico e culpável, deixe de aplicar a pena em razão desta ter se tornado desnecessária, diante da verificação de determinados requisitos. Excepcionalidade da medida. Cumpridos todos objetivos a serem atingidos pela reprimenda penal. In casu, os seguintes requisitos concorrem para a aplicação da insignificância imprópria: a) ínfima culpabilidade do agente; b) acusado primário e de bons antecedentes; c) valoração favorável das circunstâncias judiciais; d) pronta confissão da autoria do delito, que até então era desconhecida; e) inexistência de indicativos de personalidade voltada para o crime; f) ônus do indiciamento na fase inquisitorial e da persecução penal sobre o recorrente; g) ausência de afronta aos princípios da hierarquia e da disciplina, uma vez que o réu encontra-se na condição de civil; e h) espontâneo ressarcimento à vítima, o que permite o reconhecimento da desnecessidade da pena. Recurso provido. Decisão unânime” (AP 00000884420147070007, Rel. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, julgado em 10.11.2015).

No caso analisado, os julgadores concederam provimento ao recurso, pois, o réu cometeu o fato típico na condição de civil e gozava de todas as prerrogativas para a concessão da Bagatela Imprópria, elencando para tanto, todos os requisitos autorizadores da medida.

Percebe-se que o STM reconheceu a materialidade do tipo e a sua consequente reprimenda penal, mas afastou a respectiva sanção, pela clara colaboração global expendida pelo réu.

Julgando a Apelação Crime n. 70076016484, O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJ/RS apresentou o seguinte entendimento:

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO SIMPLES. ATIPICIDADE DA CONDUCTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. (...) POSTULADO DA

IRRELEVÂNCIA PENAL DO FATO. AFASTAMENTO DA PENA. DESCABIMENTO. Para o reconhecimento da bagatela imprópria, exige-se sejam feitas considerações acerca da culpabilidade e da vida pregressa do agente, bem como se verifique a presença de requisitos permissivos *post-factum*, a exemplo da restituição da res à vítima, do ressarcimento de eventuais prejuízos a esta ocasionados e, ainda, o reconhecimento da culpa e a sua colaboração com a Justiça. Assim, mesmo se estando diante de fato típico, ilícito e culpável, o julgador poderá deixar de aplicar a sanção por não mais interessar ao Estado fazê-lo em detrimento de indivíduos cujas condições subjetivas sejam totalmente favoráveis. A movimentada biografia criminosa e às circunstâncias posteriores à subtração levada a efeito inviabilizam que o comportamento seja considerado como indiferente penal. (...) APELAÇÃO DEFENSIVA DESPROVIDA. (TJ/RS. APELAÇÃO CRIME Nº 70076016484. Relatora Desembargadora Naele Ochoa Piazzeta – 8ª Câmara Criminal. DJ: 31/01/2018. Diário da Justiça, 2018).

Diferentemente da decisão prolatada pelo Superior Tribunal Militar, o TJ/RS não reconheceu a incidência da Bagatela Imprópria no caso concreto, haja vista, a extensa biografia criminosa do apelante.

A recusa em aplicar a Bagatela Imprópria decorre do descumprimento da primariedade da conduta delitiva que não se confunde com a sua permissividade.

De modo similar, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, no HC 222.093/MS, também relatou a necessidade de cumprimento dos requisitos para incidência do princípio, vejamos:

PENAL. HABEAS CORPUS. CÁRCERE PRIVADO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA. IRRELEVÂNCIA PENAL DE FATO. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. AUSÊNCIA DE REQUISITOS SUBJETIVOS POSITIVOS. MAUS ANTECEDENTES. RECONHECIMENTO DA DESNECESSIDADE DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENIGADA.

I. O reconhecimento do princípio da bagatela imprópria permite que o julgador, mesmo diante de um fato típico, deixe

de aplicar a pena em razão desta ter se tornado desnecessária, diante da verificação de determinados requisitos.

II. No vertente caso, o Tribunal *a quo* reconheceu a incidência do princípio da bagatela imprópria quanto ao crime de lesão corporal, tendo em vista que este se processa mediante ação penal pública condicionada. Contudo, deixou de aplicar o citado princípio para o crime de cárcere privado, por se tratar de delito que se processa através de ação penal pública incondicionada.

III. A ação penal pública incondicionada não se submete ao juízo de oportunidade e conveniência da vítima para se manifestar sobre seu interesse na persecução penal do autor do fato criminoso.

IV. Ademais, o paciente não reúne requisitos subjetivos positivos, pois foi condenado anteriormente por outros delitos igualmente graves, o que não permite o reconhecimento da desnecessidade da pena.

V. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator. (STJ. HABEAS CORPUS Nº 222.093 MS 2011/0249226-0. Relator Ministro Gilson Dipp – 5ª Turma. DJ: 14/08/2012. Diário da Justiça, 2012).

Na decisão, a Quinta Turma reformou a decisão de primeira instância por não ter sido cumprido, os requisitos para a incidência do princípio da insignificância imprópria, mas como visto, não descartou esta possibilidade.

Um dos pontos mais polêmicos envolvendo a bagatela imprópria foi aventado por Carneiro Neto (2017, p. 02), ao relatar sobre a sua aplicação, nos casos que envolvam a violência contra a mulher, conforme se verifica abaixo:

(...) A vítima, por mais que não deseje a condenação do seu companheiro, sofreu a prática do crime, dirigiu-se a uma Delegacia, compareceu para prestar depoimento, o fato relatado foi investigado e denunciado pelo Ministério Público. Tudo isso não pode ser simplesmente ignorado no momento de se aplicar a pena.

Se o Judiciário entendeu que a conduta preenche todos os requisitos para ser configurada como crime, só lhe resta agora proceder com a dosimetria da pena e não simplesmente, por um critério meramente subjetivo do julgador, achar por bem não aplicá-la.

Não se pode conceber a ideia de não se aplicar a pena pôr entendê-la desnecessária. Esse juízo de valor não é função do Poder Judiciário. Caso a tese se solidifique, e o magistrados entendam por bem não incidir a pena para aquilo que eles próprios consideram crime, estarão fazendo tábula rasa das normas existentes; e se o Poder Judiciário decidir por não cumprir as leis, quem mais o fará?

Não obstante esta válida cautela, o Superior Tribunal de Justiça proferiu a seguinte decisão, em sede do Agravo Regimental n. 1602827/MS:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIAS DE FATO COMETIDA NO ÂMBITO FAMILIAR CONTRA MULHER. PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA. INAPLICABILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência reiterada de que não incide os princípios da insignificância e da bagatela imprópria aos crimes e às contravenções praticados mediante violência ou grave ameaça contra mulher, no âmbito das relações domésticas, dada a relevância penal da conduta. Logo, a reconciliação do casal não implica no reconhecimento da atipicidade material da conduta ou a desnecessidade de pena (Precedentes). 2. Agravo regimental não provido. (STJ. AGRAVO REGIMENTAL Nº 1602827/MS. Relator Ministro Ribeiro Dantas – 5ª Turma. DJ: 09/11/2016. Diário da Justiça, 2016).

No caso em tela, o Superior Tribunal de Justiça demonstrou ser irrelevante a reconciliação do casal para a aplicação do princípio da insignificância imprópria, eis que a violência contra a mulher é matéria de intenso interesse social e penal, e por consequente, não pode ter a sua pena afastada.

Corroborando tal assertiva, o STJ editou a Súmula nº 589, que assim dispõe: *“É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas”*.



As causas desta preocupação doutrinária foram escoimadas com a edição da aludida Súmula, o que se confirma, com a recusa reiterada dos Tribunais brasileiros em aplicar este princípio nos casos que envolvam a violência contra a mulher.

De toda sorte, a Bagatela Imprópria, assim como a Própria, é uma realidade no judiciário nacional, que evolui ao estabelecer que o Direito Penal deve alcançar somente os casos penalmente relevantes, afastando a tipicidade e punibilidade em situações irrisórias ou naquelas em a pena, tornou-se incoerente e desmedida.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O Princípio da Insignificância Própria não possui previsão em nosso ordenamento jurídico, e não obstante tal desiderato, os Tribunais Superiores e a doutrina reconhecem a sua incidência, como meio necessário para se punir, crimes e contravenções penalmente relevantes.

Nestes casos o fato se torna atípico ante a irrisoriedade do dano impetrado a um determinado bem jurídico, desde que cumpridos certos requisitos, que vão além da simples aferição do resultado material da conduta, neste se incluindo a reincidência ou contumácia do agente.

Seguindo esta mesma senda, mas com inserção à exclusão da punibilidade, ou seja, ao afastamento da pena, surge o denominado Princípio da Insignificância Impróprio.

Doutrinariamente os defensores da aplicação da Bagatela Imprópria afirmam que sua previsão está disposta no artigo 59 do Código Penal, e se torna aplicável quando o réu estiver imbuído nas seguintes situações: ausência de antecedentes criminais, reconhecimento da culpa, colaboração com a justiça, ínfima culpabilidade do agente, que ao serem analisadas de modo global, podem tornar a aplicação da pena desnecessária.

De acordo com a problemática apresentada constatou-se os divergentes posicionamentos doutrinários acerca da possibilidade de aplicação da Bagatela Imprópria no Direito Penal pátrio, mas restou patente, que esta medida já está sendo adotada pelos Tribunais Superiores, desde que cumpridos os critérios anteriormente citados.

Como consequência jurídica verificou-se que a aplicação do princípio enseja o afastamento da pena imputada, no entanto, este resultado vai muito da exclusão da punibilidade, está atrelado à finalidade da sanção que é coibir a prática reiterada do delito e reestabelecer o indivíduo no seio social.

Neste contexto, o simples fato de o sujeito colaborar com a justiça, reparar o dano causado, ter bons antecedentes criminais, são motivos suficientes para afirmar que este indivíduo está apto ao convívio social e que certamente não reincidirá. Não é o efetivo cumprimento da pena que irá firmar esta garantia.

Há de se considerar ainda que o sistema carcerário brasileiro é precário e sem qualquer condição mínima para recuperar um cidadão. Medidas como esta devem sim, serem implantadas em obediência ao Princípio da Intervenção Mínima e da Fragmentariedade. Afinal, o Estado deve ocupar-se de punir situações efetivamente reprováveis e que geram temor na sociedade.

Não obstante as benesses advindas da Bagatela Imprópria, entendemos ser necessário o estabelecimento de regras claras para a incidência do princípio, para que não haja exacerbação da discricionariedade judicial, insegurança jurídica ou atos anti-isonômicos.

Em suma o Princípio da Insignificância Impróprio ainda será palco de intensas discussões jurídicas, mas sem dúvida ganhou espaço no ordenamento jurídico vigente, merecendo assim o seu aprofundamento e reflexão.

## 6. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 19 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 11 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão de decisão que negou provimento ao recurso**. Apelação Crime nº 70076016484. Ederson da Silva Rodrigues e Ministério Público. Relatora: Desembargadora Naele Ochoa Piazzeta. 31 de janeiro de 2018. Disponível em: <[https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe\\_html.php](https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php)> Acesso em: 06 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de decisão que negou provimento ao recurso**. Habeas Corpus nº 222.093. Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul e Jorci Fernandes da Silva. Relator: Ministro Gilson Dipp. 14 de agosto de 2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22123875/habeas->

[corpus-hc-222093-ms-2011-0249226-0-stj/inteiro-teor-22123876?ref=juris-tabs](https://corpus-hc-222093-ms-2011-0249226-0-stj/inteiro-teor-22123876?ref=juris-tabs)>  
Acesso em: 06 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de decisão que negou provimento ao recurso**. Agravo Regimental nº 1602827/MS. Defensoria Pública da União e Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. 09 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/404895120/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1602827-ms-2016-0145781-0/relatorio-e-voto-404895180>> Acesso em: 06 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 589**. 13 de setembro de 2017. Disponível em < <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&l=10&i=51>> Acesso em: 06 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Militar. **Acórdão que concedeu provimento ao recurso**. Apelação nº 00000884420147070007. Jean Carlos Elias e a Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 7ª CJM. Relatora: Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. 10 de novembro de 2015. Disponível em: <<https://stm.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/268392165/apelacao-ap-884420147070007-pe/inteiro-teor-268392201?ref=juris-tabs>> Acesso em 06 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão que denegou a ordem ao paciente**. Habeas Corpus n. 97.772. Geraldino Leite Gonçalves e Defensoria Pública da União. Relatora: Ministra Carmén Lúcia. 03 de novembro de 2009. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605917>> Acesso em: 05 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão que denegou a ordem ao paciente**. Habeas Corpus n. 118.320. Walter Grama Filho e Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo. Relatora: Ministra Carmén Lúcia. 06 de novembro de 2013. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24611628/habeas-corporus-hc-118320-es-stf/inteiro-teor-112093209>> Acesso em 05 jun. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1- parte geral**. 22 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARNEIRO NETO, Geraldo de Sá. **Bagatela Imprópria: um princípio a não ser seguido**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/60186/bagatela-impropria-um-principio-a-nao-ser-seguido#:~:text=Em%20outros%20termos%2C%20o%20reconhecimento,desta%20>

[ter%20se%20tornado%20desnecess%C3%A1ria.&text=Tudo%20isso%20n%C3%A3o%20pode%20ser,de%20se%20aplicar%20a%20pena.>](#) Acesso em: 06 jun. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: parte geral (arts. 1º ao 120). 4 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

ESTEFAM, André. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GOMES, Luiz Flávio. **Bagatela Imprópria não pode ser ignorada nem refutada**. 2015. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/205839852/bagatela-impropria-nao-pode-ser-ignorada-nem-refutada#:~:text=1.>> Acesso em: 06 jun. 2020.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de Direito Penal : parte geral**. 5 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado: parte geral – vol. 1**. 11 ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RIBEIRO, Bruno Servello. **A Atual Importância do Princípio da Insignificância no Direito Penal**. 2012. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-atual-importancia-do-principio-da-insignificancia-no-direito-penal/>> Acesso em: 06 jun. 2020.

SILVA, Douglas. **Princípio da Bagatela Imprópria**. 2017. Disponível em: <<https://djus.com.br/principio-da-bagatela-impropria/>> Acesso em: 06 jun. 2020.

NOTAS:

[1] MEZZARROBA, Cristiane Dorst, Professora Mestre na Faculdade Serra do Carmo - FASEC, nas disciplinas de Direito Penal e Prática Jurídica Criminal. Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica da FASEC. Advogada Criminalista. E-mail: cdmezzaroba@gmail.com

## OS PARECERES DO COAF NOS CRIMES DE CORRUPÇÃO E “LAVAGEM” DE DINHEIRO

**WELLEN MARTIMIANO DA SILVA:**

Acadêmica de Direito do 9º período.

**THILANA KSILA KUSSLER**

(coautora)

Artigo apresentado ao Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná - UnSL, como parte dos requisitos para obtenção de nota na disciplina TCC II, no curso de Direito. Professora Orientadora: Esp. Renata Miranda de Lima

**RESUMO:** No ano de 2019, após decisão do atual presidente do STF, ministro Dias Tofoli, o povo – no Brasil e o mundo – acompanhou, pelos noticiários nas mídias, a suspensão de processos investigativos distintos que tratavam sobre crimes de “lavagem” de dinheiro. Desde então, surgem discussões sobre quais os efeitos colaterais que tal suspensão pode gerar no mundo jurídico, uma vez que os RIFs do COAF estão, em alguns momentos, presentes durante as investigações de crimes de “lavagem” de dinheiro e corrupção. O objetivo desta pesquisa de natureza básica é, por meio de materiais bibliográficos, documentos jurídicos e outras fontes eletrônicas afins, dispor sobre a importância dos pareceres dentro do processo investigativo já que eles são facilitadores e estão inseridos em todas as investigações.

**Palavras-chave:** COAF. Corrupção. “Lavagem” de dinheiro.

**ABSTRACT:** Last year we followed through the medias the suspension of several investigative procedures of money laundry crimes by the current STF president. Since then, emerged discussions about which collateral effects that this suspension can generate considering that the RIFs from COAF are presents during the money laundry and corruption crimes. The objective of this basic research is to characterize the importance of the reports in the investigation procedure, considering that they are facilitators and are part of all the investigations, through bibliographic, juridical documents and other electronic sources related.

**Keywords:** COAF. Corruption. Money laundry.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. LAVAGEM DE DINHEIRO. 2.1. EXPRESSÕES ACERCA DE "LAVAGEM" DE CAPITAIS. 3. CORRUPÇÃO. 4. CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS. 5. ATRIBUIÇÕES DO COAF. 6. LEADING CASE INFLUENCIADAS PELO COAF. 7. ANÁLISE DOS PARECERES DO COAF COMO ELEMENTO DE PROVA NOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO E CORRUPÇÃO. 8. CONCLUSÃO. 9. REFERÊNCIAS.

## **1. INTRODUÇÃO**

Por que eu "lavo" dinheiro? Porque o dinheiro está "sujo". "Lavagem" de dinheiro é transformar um dinheiro de origem ilícita, ou seja, aquele proveniente de tráfico, sequestro, roubo, drogas, em outro que se apresente como de origem lícita, legal na acepção jurídica do termo. Esse processo de "lavar" dinheiro subdivide-se em três fases. A primeira fase é de nominada colocação. Esta, caracteriza-se no momento em que os criminosos se apropriam desses recursos ilícitos e inserem-nos no sistema financeiro, por meio de estabelecimentos, ou realizando movimentações no sistema financeiro para que a moeda adquirida seja aplicada nesse mercado.

A segunda fase caracteriza-se pela ocultação do produto (dinheiro) adquirido, ou seja, providenciar meios para dificultar o rastreamento desse dinheiro ilegal no sistema financeiro, os quais, geralmente, são enviados para os denominados "paraísos fiscais", o que torna ainda mais complexo o trabalho de localização nas buscas realizadas pelas autoridades destinadas a encontrar referido recurso.

A terceira e última fase é nomeada integração. Nesta fase, tem-se o retorno do dinheiro que volta para o sistema financeiro brasileiro como se ele fosse de procedência legal, de origem lícita. É nesta etapa que ele pode se transformar em uma obra de arte, uma joia, um apartamento, um avião, uma propriedade rural, em fim, ele se torna um bem com características comuns, como se tivesse sido adquirido por meio de honesto de trabalho.

O COAF, em sintonia com o setor privado, fornece ao Ministério Público e às respectivas polícias, relevantes informações que permitem a investigação de casos de corrupção e punição dos responsáveis, servindo como base para inúmeros inquéritos e processos que merecem atenção no combate à corrupção.

Com a colaboração do COAF, as instituições financeiras previnem o crime de corrupção e o crime de "lavagem" de dinheiro por empresas e pessoas que movimentam contas bancárias com valores expressivos. Via de regra, sempre que acontece uma movimentação de dinheiro superior aquilo que a pessoa habitualmente movimenta, podendo gerar suspeitas de ilegalidade, o COAF coloca-se em alerta a fim de desvendar a licitude ou não daquele valor ali aplicado. No



decorrer deste artigo, será exposto de forma mais detalhada sobre os institutos: “lavagem” de dinheiro e corrupção para melhor compreensão sobre como funciona a resolução dos pareceres do COAF apresentados aos órgãos competentes.

## **2.LAVAGEM DE DINHEIRO**

Ao se falar em “lavagem” de dinheiro, na acepção criminosa do termo, é necessário tratarmos os primeiros relatos sobre sua criminalização. Há quem diga que na idade média piratas já desvinculavam recursos oriundos do crime e atividades ilegais, mas segundo Márcio Anselmo (2013), em meados de 70 d.C, conta-se que o imperador Vespasiano, quando questionado por seu filho Tito quanto a estar cobrando tributos dos usuários dos banheiros públicos, colocou o dinheiro sobre o nariz do jovem, questionando-o se aquele o cheirava mal e respondeu com a famosa frase “pecunia non olet”, ou seja, dinheiro não tem cheiro.

O autor Raúl Cervini (1998) afirma que a atividade de “lavar dinheiro” foi tipificada pela primeira vez como crime, durante os “anos de chumbo” na Itália em 1978.

Segundo Oliveira, (1998. p. 320) a “lavagem de dinheiro” pode ser definida por uma “[...] pluralidade de comportamentos geralmente intrincados e fracionados, direcionados à conversão de valores e bens ilícitos em capitais lícitos e plenamente disponíveis por seus titulares”.

É interessante analisar como comportamentos e pensamentos sociais podem influenciar uma sociedade como um todo, observando que não fora de uma hora para a outra que a “lavagem de dinheiro” surgiu-se no meio social, e ao longo de décadas ela vem percorrendo caminhos obscuros, se aprimorando, até chegar a um ponto em que consegue intrincar, fracionar um bem tão grandioso, para algo pequeno em tamanho que possa se passar despercebido em diversas investigações.

Ainda, Marco Antônio de Barros (Apud GONDIN, 2015. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/40961>. Acesso em 13 de março de 2020) conceitua o delito como o “[...] conjunto de operações comerciais e financeiras que buscam a incorporação, na economia de cada país, de modo transitório ou permanente, de recursos, bens e valores de origem ilícita para dar-lhe aparência legal”.

Analisa-se, diante da proporção mundial que tal prática tomou, que esse delito de “lavagem” não ocorre apenas em alguns países de forma isolada. Existe uma grandiosa máfia trabalhando por trás, aprimorando seus recursos para conseguir envolver-se na economia de cada país em benefícios próprios, transformando algo

ilícito em lícito, e como se pode notar, bastante influente no meio político e empresarial.

A “lavagem” foi aprimorada em solo americano e adquiriu grandes proporções a partir do início do século XX com as máfias e organizações criminosas. Isso gerou a criação do termo “*Money laundering*” que remete-se a época em que os gangster norte-americanos utilizavam lavanderias para ocultar o dinheiro originário da atividade ilícita. Conforme o entendimento de Jéssica Galvão,

Acredita-se de um modo geral que o termo seja oriundo da expressão *Money laundering* que surgiu nos Estados Unidos entre 1920 e 1930, quando os gângsteres norte-americanos usavam empresas de fachada, como lavanderias de roupa e lavadoras de automóveis, para ocultar a origem ilícita do dinheiro que tinham. A ideia de lavar algo que teoricamente está “sujo” para que fique “limpo” acaba traduzindo amplamente a real intenção desse delito que é transformar um ‘dinheiro sujo’ em sua origem em um ‘dinheiro limpo’, aparentemente honesto. (Apud FERNANDES. Disponível em <https://brasilecola.uol.com.br/politica/lavagem-de-dinheiro.htm>. Acesso em março de 2020)

Conforme Marco Antônio de Barros (2013) houve duas figuras que fizeram o mundo despertar para a necessidade da criação de uma tipificação da lavagem de capitais. Uma dessas figuras, a mais conhecida entre os mafiosos da época, Alphonse Capone, vendia bebidas alcoólicas ilegalmente e criou uma enorme fortuna com dinheiro ilegal na cidade de Chicago.

Nesse sentido, Fernando Moreira Gonçalves (2014) revela, que em 1920, a venda de bebidas alcoólicas ficou um pouco diferente nos Estados Unidos devido a uma lei intitulada LEI SECA que proibia a venda de bebidas com teor alcoólico superior a 0,5.

Assim, Capone nunca foi preso pela prática dos crimes, pois a polícia não conseguia vincular a ele as provas então obtidas de seu envolvimento nos atos delituosos. Contudo, durante investigação financeira, realizada à época, ficou comprovado que Capone não se dispunha de renda declarada compatível com a vida que levava, sendo processado e preso por sonegação tributária em 1931.

Essa foi a única condenação de Al Capone, porém foi um ponto primordial para o combate ao crime de lavagem de dinheiro, mostrando que os aspectos

financeiros das organizações criminosas muitas vezes são pontos cegos ou fracos destas.

Em relação a Capone, Marco Antônio de Barros ainda reforça:

[...] assumiu, por volta de 1920, o controle do crime organizado na cidade de Chicago, tornando-se milionário com a venda de bebidas ilegais. Foi preso por sonegação fiscal após sofrer rigorosa investigação em suas declarações de renda. (2013, p. 33)

Como no passar do tempo as coisas se modificam, no mundo do crime não foi diferente. Em 1933, como a bebida alcóolica havia deixado de ser ilegal, ao crime organizado tornara-se imprescindível encontrar outra maneira de continuar em ascensão, investindo agora, em tráfico de drogas e jogos, tendo Meyer Lansky como uma figura notória.

Marco Antônio Barros (2013) afirma que Lansky atuava em vários estados dos Estados Unidos sendo responsável pelo tráfico de drogas, corrupção e áreas de jogos ilegais, ocultando os lucros em bancos suíços.

O crime de "lavagem" de dinheiro trocou de nome, e hoje é chamado de "lavagem" de capitais, porque nem sempre, referido crime torna-se praticado com dinheiro em espécie, pois, às vezes ele envolve bens, patrimônio, automóvel, mansão e etc.

O crime de "lavagem" de capitais é um crime derivado, o que significa dizer que ele pressupõe a existência de crime anterior à verba que foi obtida por meio de uma prática criminosa, e conseqüente, logo depois da obtenção do referido valor financeiro, vem a "lavagem" de capitais configurando o segundo crime que gera a aparência de licitude para esse dinheiro.

Uma das conseqüências do crime de "lavagem" de capitais ocorre sobre a destinação dos bens apreendidos durante a investigação, pois, havendo a condenação do investigado, os bens ou valores que foram apreendidos nesse crime devem ser destinados a União (se é um crime julgado pela Justiça Federal) ou aos Estados (se o crime foi julgado pela Justiça Estadual). A intenção é combater o crime fortalecendo os órgãos de repressão, à polícia para que estes possam combater outros crimes, sendo essa a intenção do legislador.

## **2.1 EXPRESSÕES ACERCA DE "LAVAGEM" DE CAPITAIS**

De “lavar” o dinheiro surgiram algumas expressões também utilizadas por Portugal, Itália e Espanha, que é o chamado “branqueamento de capitais” (ou seja, dinheiro sujo, escuro, que vem sendo clarificado e branqueado). Porém, essa expressão não fora utilizada no Brasil, analisando que na exposição de motivos da própria lei de lavagem de capitais o legislador rechaçou esta expressão, porque supostamente, ela se dispõe de cunho racista, dizendo que o dinheiro bom é o dinheiro branco, e dinheiro ruim é o dinheiro negro e sujo.

O Brasil foi signatário em 3 (três) importantes tratados internacionais, que tinham como objetivo reprimir a “lavagem” de capitais:

**A) Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas**

Com o objetivo de proteger o controle de ações contra o tráfico de drogas, os Estados-membros se reuniram em Viena e criaram em 1988 a Convenção contra o tráfico de drogas, que tem finalidade promover a cooperação entre os Estados para tratar, de forma mais eficaz, o combate ao tráfico de drogas

**B) Convenção de Palermo (foi uma importante convenção ou tratado internacional que o Brasil foi signatário que tem como objetivo prevenir e reprimir a lavagem de capitais)**

A convenção de Palermo foi criada em 2000, numa Assembleia da ONU, em uma convenção de New York, contra os crimes organizados transnacionais. A partir desse evento, os países se uniram para manter uma rede de cooperação de informações financeiras. Essa Convenção veio para impulsionar a política, e o pensamento de combate ao crime organizado.

**C) Convenção de Mérida**

Essa Convenção foi o primeiro documento elaborado neste campo semântico e maior texto juridicamente vinculante de luta contra a corrupção.

A primeira preocupação das Nações Unidas foi em relação ao crime de tráfico de drogas. Dessa forma, as primeiras reuniões, os primeiros tratados e as primeiras legislações, tinham como preocupação inicial a “lavagem” de capitais realizadas com esses bens, direitos e valores provenientes do tráfico de drogas. Essa parte inicial foi destacada desde o início desta lei, a fim de abrir caminho para a explicação das gerações das leis de “lavagem” de capitais, uma vez que, quando o indivíduo entende a origem do objeto estudado, torna-se mais acessível o seu entendimento sobre a matéria.

Essas gerações não são da “lavagem”, mas sim, das leis de “lavagem” e da forma como o legislador trata o assunto ao longo do tempo. Desde a primeira

geração tinham como infração antecedente, a pena por tráfico de drogas. As leis de segunda geração tinham um rol taxativo de infrações antecedentes. Um exemplo de lei penal de segunda geração se apresenta com a lei 9.613/98 na sua redação original. As leis de terceira geração são as leis mais modernas. Referida lei aboliu o rol taxativo e dispõe que qualquer infração penal pode ser infração antecedente para lavagem de capitais, sendo esta a atual legislação brasileira sobre o tema. Lei 12.683/12.

### **3.CORRUPÇÃO**

A origem da palavra corrupção, conforme observa-se, trata de uma palavra que vem do latim *CORRUMPERE*, significando estragar ou destruir, já no dicionário online a descrição é de ação de adulterar o conteúdo original de algo, desvirtuamento de hábitos, caos social e desordem.

No decorrer da história, percebe-se que corrupção não acontece em somente uma área do contexto social, mas prolifera nos campos das ideias moral, física ou intelectual. Nesse sentido, nota-se que Código Penal pátrio divide distintos tipos de corrupção. Pode-se perceber que a corrupção é prática tão antiga que se vê relatos de que a corrupção já existia no Egito antigo quando Ramsés V era faraó. Sobre isso Mário Sérgio Lorenzetto (Apud STRIEDER, 2020. Disponível em [www.recantodasletras.com.br](http://www.recantodasletras.com.br) - Acesso em 27/02/2020) conta:

Os funcionários egípcios não foram sempre irrepreensíveis na administração do arrecadado pelo fisco. As fraudes eram correntes: por exemplo, pesavam as quantidades usando uma medida trocada ou, de forma mais cômoda, alteravam as contas nos papiros. Neste último caso, bastava arredondar alguns decimais para que, no final do ano, obtivessem alguma riqueza além do salário. Alguns casos se converteram em autênticos escândalos: sob os reinados de Ramsés IV e Ramsés V, o sacerdote Penanuqet organizou uma rede de funcionários corruptos com o objetivo de desviar os impostos. Penanuqet foi descoberto e castigado.

Na Bíblia Sagrada, há registros de algumas histórias com a presença de personagens corruptos, há o casal, chamado Ananias e Safira, de cujo relatos registrados em Atos 5:1-11, revela que venderam uma propriedade por certa quantia de dinheiro e, mentido para esconder metade do valor acabaram morrendo. Em Lucas 19, conta-se sobre um homem chamado Zaqueu, que era cobrador de impostos e conhecido por defraudar as pessoas cobrando-lhes altos valores em dinheiro.

Aristóteles (384 – 22 a.C) escreveu em um de seus livros sobre corrupção que, para ele, os seres humanos têm uma finalidade e se não cumprem essa finalidade de vida eles se corrompem.

Já Rousseau pronunciava que o que corrompe o homem são as circunstâncias sociais, pode ser por isso que o famoso imperador Alexandre o Grande, mesmo monitorado por Aristóteles, preferia corromper pessoas a guerrear, subornando governantes de cidades com ouro e coisas preciosas. (Apud STRIEDER, 2020. Disponível em [www.recantodasletras.com.br](http://www.recantodasletras.com.br) - Acesso em 27/02/2020)

Já no Brasil, a corrupção teve origem no período do Brasil colônia (século XVI) quando os funcionários da coroa ignoravam a comercialização ilegal de produtos naturais, como o pau-Brasil, ouro e pedras preciosas, e assim, evoluiu para os próximos governos imperiais e republicanos.

Sobre isso, Oscar Pilagallo dizia: “Veja-se, a propósito, a situação do Brasil Colônia. Havia extorsões, pagamento de propinas, contrabando, falsificação de moeda – a lista de transgressões era ampla e variada.” (2013, p. 28)

Desde então a corrupção só tomou proporções maiores, não só em âmbito nacional, gerando escândalos políticos notórios, mas um problema em todo o planeta. Com o passar do tempo e o desenvolver da sociedade, observou-se a necessidade da criação de um órgão como o Coaf, que fosse competente para fiscalizar as operações que envolviam grandes quantidades de dinheiro, para se evitar que a corrupção e a lavagem se disseminassem ainda mais.

De todos os comentários e análises acima transcritos, nota-se que a questão da corrupção humana não é fato novo, mas que existe desde os tempos remotos, e conforme se vê, vem se tornando, tão somente, cada vez mais voraz e potente. Inegável que com o rebaixamento da moralidade e da ética, aumentaram, expressivamente, os nomes envolvidos em escândalos e crimes da referida tipologia.

O que se manifesta, na verdade, é o cumprimento de forma cada vez mais intensa da realidade já anunciada no século XX por Rui Barbosa durante um discurso no Senado Federal, pronunciando que “de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem teria vergonha de ser honesto”.

#### **4. CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS**

Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) é um órgão vinculado ao Ministério da Fazenda, e que foi criado a partir da Lei 9.613, de 3 de março de



1998, que trata da prevenção e combate aos crimes relacionados à “lavagem” de dinheiro.

O Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) é uma unidade de inteligência financeira do governo federal que atua, principalmente, na prevenção e no combate à “lavagem” de dinheiro (crime que consiste na prática de disfarçar dinheiro de origem ilícita).

Desde sua criação, o Coaf já produziu cerca de 40 mil Relatórios de Inteligência Financeira (RIFs). Somente no ano passado/2019, foram 7.279 relatórios que listaram cerca de 330 mil comunicações de operações suspeitas e em dinheiro em espécie, segundo balanço de 2018.

“Siga o dinheiro”. Essa expressão tornou-se popular nos anos 70 quando ocorreram os primeiros casos de lavagem de dinheiro de repercussão internacional. Em 1998 entra em vigor no Brasil a primeira lei específica contra a “lavagem” de dinheiro e, junto com ela, é criado o COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras), órgão do Ministério da Fazenda com status de secretaria que funciona como a unidade de inteligência financeira do Brasil.

Sua missão é evitar que os setores econômicos sejam utilizados para “lavagem” de dinheiro e financiamento ao terrorismo. O plenário do COAF é coordenado pelo seu presidente e integrado por representantes de onze diferentes órgãos do poder executivo federal e o braço operacional do Conselho é a secretaria executiva. O papel do COAF é receber e examinar dados financeiros enviados por entidades de diferentes setores econômicos, tais como bancos, seguradoras, corretoras de valores, imobiliárias, lotéricas, joalherias, administradoras de cartões, dentre outras.

Analisando o fator histórico referente a “lavagem” de dinheiro, pode-se dizer que o COAF foi primordial para as investigações mais avançadas, aplicando penas administrativas nos setores econômicos que não se dispõem de um órgão regulador ou fiscalizador próprio.

Acredita-se que, preocupado com a sensação geral de impunidade, é que foi projetada a reforma da Lei nº 9.613/98, que

Dispõe sobre os crimes de ‘lavagem’ ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – Coaf, e dá outras

providências. Para alterá-la, objetivando 'tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro'.

De acordo com a pesquisadora Ana Carolina Carlos de Oliveira (2019, disponível em <https://exame.com/brasil>. Acesso em 20. 03. 2020), que estuda unidades de inteligência financeira,

[...] a contribuição do Coaf para o combate à corrupção é indireta e se restringe a informar sobre a suspeita de origem ilícita do dinheiro nas movimentações financeiras. Mesmo sem foco exclusivo na corrupção, o órgão serviu de suporte para a polícia em investigações de grande repercussão nacional, como as do mensalão e da Operação Lava Jato. De acordo com um balanço do próprio Coaf, nos últimos dez anos, foram produzidos cerca de 30 mil relatórios, que embasaram centenas de investigações da Polícia Federal.

## 5. ATRIBUIÇÕES DO COAF

O COAF tem algumas funções principais as quais podem ser encontradas na lei de prevenção da "lavagem" de dinheiro e ocultação de bens – Lei 9.613/98 e no Relatório de Atividades do Coaf. Segundo o Relatório (2019, p. 28) as atividades do Coaf podem ser divididas em: regulação, fiscalização e aplicação de penas administrativas.

**Regulação:** O Coaf estabelece padrões sobre o rito de procedimentos, sejam eles on-line ou presenciais, como a Resolução do Coaf nº 31 de 7 de junho de 2019.

**Fiscalização:** observância das pessoas que são supervisionadas pelo Coaf no âmbito virtual, sejam elas em situações complexas ou de rotina.

**Aplicação de pena administrativa:** em caso de ato infratório, um processo administrativo é instaurado para apurar a veracidade do fato e, se comprovado o possível acontecido, uma pena de multa pecuniária será aplicada ao interessado.

Segundo o Relatório de Atividades do Coaf, a função dele é tríplice: receber, analisar e disseminar. (2019)

**Receber:** De acordo com a lei 9.613/98 as comunicações que o Coaf recebe são de dois tipos: o primeiro são as comunicações de operação em espécie que são automaticamente encaminhadas ao Coaf por transações realizadas em dinheiro nos setores obrigatórios que passam do valor estipulado na lei. Nessa operação, é

informado o valor desta, quem a realizou, dados bancários e cadastrais do agente da ação, mas sem maiores detalhes.

O segundo, são as comunicações de operações suspeitas, que são encaminhadas ao Coaf quando os setores obrigatórios percebem indícios de dinheiro ilícito nas movimentações dos clientes. Nesse tipo de situação, como existem alguns motivos razoáveis para suspeita, faz-se uma análise mais minuciosa avaliando os riscos do cliente para transações ilícitas e análise de documentação que comprove origem dos recursos que foram usados na transação.

Segundo, Analisar: Nessa fase o Coaf analisará todos os dados que se relacionam à operação, inicialmente pelo sistema e depois por um dos analistas do Coaf. Se durante a análise ficar notório que há risco médio ou alto daquela operação ser ilícita, esses dados e outros que já se encontravam na base de dados do Coaf criarão um processo eletrônico denominado "caso", ele será distribuído para uma análise aprofundada por outro analista. Nesta etapa, forma-se o RIF - Relatório de Inteligência Financeira.

Disseminar: Conforme previsto no artigo 15 da lei 9.613/98, o Coaf comunica as autoridades para que sejam instaurados procedimentos cabíveis quando concluir pela existência de ato ilícito e, por meio dos RIF's, é que são enviados eletronicamente em segurança e exclusivamente, à autoridade destinada.

O Coaf também pode receber as comunicações enviadas por autoridades competentes por meio do sistema eletrônico de intercâmbio, baseando-se na previsão do artigo 14, §2º, da lei dos crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, assim, policiais, juízes e membros do MP cadastrados podem registrar informações sobre investigações em curso ou pessoas investigadas.

Em situações assim é feita análise das informações referentes ao investigado no banco de dados e movimentações financeiras que o Coaf já tinha. Quando o RIF é concluído, é enviado a autoridade competente, que normalmente é a mesma que solicitou os dados.

## **6. LEADING CASE INFLUENCIADAS PELO COAF**

Em 2019, foi possível acompanhar pelas mídias, em virtude de ato do atual presidente do STF, José Antônio Dias Toffoli, a suspensão de vários processos investigativos de crimes de lavagem de dinheiro e ver discussões quanto à motivação do ato do referido ministro, haja vista que a família do presidente da República Federativa do Brasil foi alvo de investigações. Contudo, não se objetiva aqui discutir sobre a motivação da suspensão, mas sim os efeitos colaterais que ela pode gerar,

entre outros, no sistema jurídico, econômico e político brasileiro, tendo em vista que os RIFs do COAF estão, em alguns momentos, presentes durante as investigações de crimes de lavagem de dinheiro país à fora.

Sendo assim, cabe então discorrer sobre alguns casos famosos em que o COAF teve participação.

- **Mensalão:** Foi descoberto em 2005 quando o então deputado federal Roberto Jefferson delatou um esquema de corrupção, do qual fazia parte personagens, como: José Dirceu, José Adalberto, que a época era o presidente da Casa Civil e o empresário Marcos Valério ficaram ainda mais conhecidos no país por fazer parte do acontecido. José Adalberto tornou-se manchete por ter sido encontrado com dólares dentro da cueca no aeroporto de São Paulo, Dirceu foi acusado de ser o chefe do esquema e Marcos Valério foi indicado como quem desviava o dinheiro das operações ilícitas. Isso foi descoberto por via da produção de Rifs do COAF. Nesse caso 44 RIFS foram gerados.

- **Primeiro Comando da Capital:** Em 2006 o COAF produziu relatórios que comprovavam a movimentação de mais de 36 milhões de reais de pessoas ligadas à facção do PCC.

- **Sérgio Cabral:** Quando o ex-governador do Rio de Janeiro foi preso por “lavagem” de dinheiro, as movimentações suspeitas de mais de 101 milhões de reais foram notadas pelo COAF

- **Eduardo Cunha:** O Coaf enquadrrou movimentações do ex-presidente da Câmara dos Deputados como suspeita, tendo em vista que as transações realizadas nas suas contas eram divergentes e incompatíveis com a capacidade econômica dele. Nessa operação o Coaf identificou até possíveis maneiras que Eduardo usava para burlar o reconhecimento da origem do dinheiro, foi calculado o valor de R\$ 84 milhões de reais obtidos de forma ilícita. (Apud FIGUEIREDO e CHAGAS. Disponível em [www.politize.com.br](http://www.politize.com.br). Acesso em 19/03/2020)

- **Lava Jato:** Operação com recorde de recuperação de valores desviados dos cofres públicos, a Lava Jato teve início com relatórios feitos em 2011 pelo COAF, onde a Petrobras era usada para movimentar os recursos desviando dinheiro. O Coaf emitiu 267 Rifs nas investigações da operação e identificou a movimentação ilícita de mais de 55 bilhões de reais. Os relatórios emitidos ainda ajudaram na criação de mais duas operações de corrupção e lavagem de dinheiro, a operação cadeia velha e agreendield.

· Odebrech: A empresa foi alvo da Lava Jato e movimentou 10 milhões de reais em transações para a conta do ex-presidente Lula, fazendo com que ele fosse investigado. As movimentações foram descobertas pelo Coaf.

## **7. ANÁLISE DOS PARECERES DO COAF COMO ELEMENTO DE PROVA NOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO E CORRUPÇÃO**

Unidades de inteligência financeira ocupam espaço central em qualquer estrutura de prevenção no combate à “lavagem” de dinheiro, não só dentro do Brasil, mas em âmbito mundial, como o Gafi: Grupo de ação financeira contra a “lavagem” de dinheiro e financiamento do terrorismo, organização que desenvolve políticas de combate a esses crimes e outras ameaças ao sistema financeiro internacional. Ela produziu recomendações que têm reconhecimento internacional para prevenção desse tipo de crime.

Podemos citar também o Grupo Egmont como instituição conhecida internacionalmente pelo combate à “lavagem” de dinheiro, corrupção e semelhantes. Ela contém mais de 160 unidades de inteligência financeira que fornecem troca de informações para a análise das operações financeiras.

O Coaf fez aparições recentes em muitos noticiários depois de diversos processos que usavam os pareceres da instituição como prova de ilícitos terem sido suspensos pelo ministro do STF, Dias Toffoli. Os pareceres, que até então eram diretamente enviados ao Ministério Público ou à Polícia – pois, o entendimento majoritário ocorria no sentido de que a autorização judicial não se tornava necessária quando houvesse indícios de criminalidade – foram temporariamente suspensos para que o fornecimento de relatórios, a partir de então, ocorra apenas após autorização judicial.

Em concordância com o pensamento de Serapião e Coutinho (2019, disponível em: [crusoe.com.br](http://crusoe.com.br). acesso em 11/05/2020), nota-se na suspensão de Toffoli e possíveis futuras suspensões, como atitudes favorecedoras de traficantes, políticos corruptos e terroristas, já que a dependência de uma autorização judicial sobrecarrega ainda mais o sistema judiciário e prorroga a resolução e descoberta do que se vê como indício de algo ilícito.

El Hage (Apud SERAPIÃO e COUTINHO, 2019. Disponível em: [crusoe.com.br](http://crusoe.com.br). Acesso em 11/05/2020) afirmava que com a suspensão de processos que continham os relatórios do Coaf, praticamente todas as investigações e processos de “lavagem” de dinheiro do Brasil seriam suspensas. Assim, pode-se notar o quanto esses relatórios são essenciais para as investigações. Suspender os relatórios causaria um retrocesso, além de dificultar o trabalho do MP e da PF.

Gianpaolo Smanio (Apud SERAPIÃO e COUTINHO, 2019. Disponível em: [crusoe.com.br](http://crusoe.com.br). Acesso em 11/05/2020) defendia que a suspensão dos pareceres afeta investigações de crimes de “lavagem”, tráfico e outros crimes organizados por organizações até como o PCC. É um risco que alcança, não só a esfera investigativa e penal, mas a seguridade social já que abrangem crimes até equiparados aos hediondos.

Assim, órgãos como o Coaf são essenciais já que em grande parte da linha do tempo da humanidade crimes de corrupção sempre aconteceram, e as sociedades elaboraram meios de fiscalizar isso, sendo cada vez mais aprimorados, e hoje, em virtude desse aprimoramento ao combate da corrupção, é que existem os órgãos de inteligência financeira.

## **8.CONCLUSÃO**

O Brasil é um país que tem ocupado baixas posições no ranking de Percepção de Corrupção Mundial e depois do início da operação lava-jato uma enxurrada de descobertas tem vindo à tona, fazendo com que cada vez a política brasileira perca mais sua credibilidade e que as pessoas percam a fé em representantes que realmente lutem pelos interesses da sociedade.

É imprescindível notar que o Coaf é essencial para a permanência célere e impessoal de investigações financeiras. Uma relevante instituição que é responsável por fiscalizar transações financeiras mantendo o que foi instituído na lei 9.619/98 e que teve como referência a convenção de Viena, surgindo como um dos primeiros tratados a configurar a “lavagem” de dinheiro como crime.

Sob o olhar acadêmico, nota-se que a suspensão dos pareceres coloca o Brasil em uma situação “sujeito negativo” no cenário internacional, no que tange ao combate a este tipo de crime, haja vista ser o Estado assinante de tratados que versam contra a corrupção há mais de 20 anos e não se pode deixar que homens e mulheres que deveriam estar trabalhando para oferecer uma política limpa, que visa o crescimento do país, destrua-o pela omissão investigativa e punitiva dos atos que devem ser reprimidos.

É relevante que órgãos de inteligência financeira devem ter liberdade para poder executar seu trabalho sem que sejam limitados por interesses de terceiros, o que pode causar dano as investigações. Esses órgãos são figuras primordiais para que o bem-estar público seja protegido, velando e investigando tudo que pode interferir nisto.



Neste contexto, surge então a necessidade de primar não apenas em defesa de proteção dos órgãos de inteligência financeira, como também o incentivo para que o órgão fiscalizador ganhe cada vez mais espaço, podendo crescer e criar novos métodos de aprimoramento para a investigação, já que o mundo evolui e infelizmente, junto com ele, o crime.

## 10. REFERÊNCIAS

BARROS, Marco Antônio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentário, artigo por artigo, à Lei 9.613/98**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRAGA, Juliana Toralles dos Santos. As gerações de leis de combate à lavagem de dinheiro, o panorama atual da legislação brasileira e o Projeto de Lei nº 3443/2008. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal>. Acesso em maio de 2020.

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Relatório de atividades 2019**. Brasília, 2020. Disponível em [fazenda.gov.br](http://fazenda.gov.br) - Acesso em 23/03/2020

BRASIL. Ministério Público federal. **Entenda o caso**. Disponível em [www.mpf.mp.br](http://www.mpf.mp.br). Acesso em 19/03/2020.

CALLEGARI, André Luís, WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

**CARLOS, Ana Carolina**. Como garantir que o Coaf tenha seu papel, segundo uma pesquisadora do tema. Disponível em <https://exame.com/brasil>. Acesso em 20. 03. 2020.

DARIE, Marina. **O que aconteceu no escândalo do mensalão?** Disponível em [www.politize.com.br](http://www.politize.com.br). Acesso em 19/03/2020.

FERNANDES, Cláudio. Lavagem de dinheiro. Disponível em <https://brasilecola.uol.com.br/politica>. Acesso em março de 2020

FIGUEIREDO, Danniell, CHAGAS, Inara. **COAF: O que é e como funciona?** Disponível em [www.politize.com.br](http://www.politize.com.br). Acesso em 19/03/2020.

GONÇALVES, Fernando Moreira. Breve histórico da evolução do combate à lavagem de dinheiro. 12 de janeiro de 2014. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-jan-12>. Acesso 18 de maio de 2020.

GONDIM, Álvaro Marcos Neves. O histórico da lavagem de dinheiro. 07/2015. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/40961>. Acesso em 13 de março de 2020.

HISTÓRIA DA CORRUPÇÃO NO BRASIL. Disponível em [www.colegioweb.com.br](http://www.colegioweb.com.br) - Acesso em 08/03/2020.

LEITÃO, Leslie. BUSTAMANTE, Luisa. **Coaf aponta R\$ 101 mi em 'operações suspeitas' ligadas a Cabral.** Disponível em [www.veja.abril.com.br](http://www.veja.abril.com.br). Acesso em 19/03/2020.

LORENZETTO, Mário Sérgio. **Sonegação de impostos e corrupção nas finanças existem desde o Egito antigo.** Disponível em [www.campograndenews.com.br](http://www.campograndenews.com.br) - Acesso em 19/03/2020

LORENZETTO, Mário Sérgio. Sonegação de impostos e corrupção nas finanças existem desde o Egito antigo. 16. 11. 2014. **Campo Grande News. Disponível em** <https://www.campograndenews.com.br/colunistas/em-pauta>. Acesso em 18 de maio de 2020

OLIVEIRA, William Terra. In: CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra; GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Lavagem de Capitais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

PILAGALLO, Oscar. **Corrupção: entrave ao desenvolvimento do Brasil.** Rio de Janeiro: Elsevir, 2013.

RAMALHO, Renan. Coaf suspeita de R\$ 84,8 milhões movimentados por Eduardo Cunha. Disponível em [www.oantagonista.com](http://www.oantagonista.com). Acesso em 19/03/2020.

REIS, Tiago. **Você sabe o que é Coaf, esse importante órgão do sistema financeiro?** 7.ed. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 2005. 384p. Disponível em: <https://www.sunoresearch.com.br/artigos/o-que-e-coaf/>. Acesso em: 18 de março de 2020.

SERAPIÃO, Fabio. COUTINHO, Mateus. **Canetada Perigosa.** 64.ed. Disponível em: [crusoe.com.br](http://crusoe.com.br). Acesso em 11/05/2020

STRIEDER, Inacio. **Corrupção: considerações filosóficas.** Disponível em [www.recantodasletras.com.br](http://www.recantodasletras.com.br) - Acesso em 27/02/2020.

VITAL, Antonio. DOERDERLEIN, Natalia. **Trabalho do Coaf originou a Operação Lava Jato, afirma presidente do Conselho.** Disponível em [www.camera.leg.br](http://www.camera.leg.br). Acesso em 19/03/2020

## FRAUDE NO PROCESSO LICITATÓRIO: ANÁLISE DA MODALIDADE PREGÃO ELETRÔNICO

**ROBERVAL TEXEIRA LOPES:**

Bacharelado no curso de Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus – ULBRA.

RUBENS ALVES DA SILVA

(Orientador)

**RESUMO:** A pesquisa se refere a fraude no processo licitatório, uma análise da modalidade de pregão eletrônico, com os objetivos de analisar a maneira como as compras públicas são realizadas no Brasil, destacar o procedimento licitatório, com suas modalidades e princípios aplicados à licitação, avaliar a prática de corrupção na licitação, ressaltando a modalidade de pregão eletrônico. A pesquisa é de natureza bibliográfica e documental, fazendo extenso uso da doutrina, e legislação especial. Quanto aos objetivos da pesquisa, é exploratória, o qual estabelece critérios, métodos e técnicas. O pregão eletrônico surge, então, como uma forma de diminuir ilegalidades. Entretanto, mesmo que essa seja uma das características do mesmo, observam-se divergências que culminam muitas vezes em processos fraudulentos.

**Palavras-chave:** Fraude; Licitação; Pregão.

**ABSTRACT:** The research refers to fraud in the bidding process, an analysis of the electronic bidding modality, with the objectives of analyzing the way public procurement is carried out in Brazil, highlighting the bidding procedure, with its modalities and principles applied to bidding, evaluating the practice of corruption in the bidding, emphasizing the electronic bidding modality. The research is bibliographic and documentary in nature, making extensive use of doctrine and special legislation. As for the research objectives, it is exploratory, which establishes criteria, methods and techniques. The electronic auction then appears as a way to reduce illegalities. However, even if this is one of its characteristics, there are divergences that often culminate in fraudulent processes.

**Keywords:** Fraud; Bidding; Auction.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1. COMPRAS PÚBLICAS NO BRASIL. 2. MODALIDADES DE LICITAÇÃO E PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS. 3. PRINCÍPIOS APLICADOS NAS LICITAÇÕES. CONCLUSÃO. 4. FRAUDE NO PROCESSO LICITATÓRIO DO PREGÃO ELETRÔNICO. 5. RESPONSABILIDADE DOS LICITANTES. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## **INTRODUÇÃO**

A pesquisa se refere a fraude no processo licitatório, uma análise da modalidade de pregão eletrônico, com os objetivos de analisar a maneira como as compras públicas são realizadas no Brasil, destacar o procedimento licitatório, com suas modalidades e princípios aplicados à licitação, avaliar a prática de corrupção na licitação, ressaltando a modalidade de pregão eletrônico.

A licitação é formada por algumas modalidades, conforme preceitua o artigo 22 da Lei 8666/93 que define as modalidades de licitação, como sendo: concorrência, tomada de preço, convite, concurso e leilão. Uma sexta modalidade foi regulamentado pelo Decreto n.º 3.555 de 08 de agosto de 2000 com suas subseqüentes alterações e pela Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002, tendo sido, o Pregão na forma eletrônica, instituído pelo Decreto 5.450 de 31 de maio de 2005, como instrumento na busca da ampliação da moralidade e probidade administrativa.

Assim sendo, as licitações têm papel primordial na atividade administrativa do Estado, uma vez que toda contratação pública, a princípio, se encontra vinculada à obrigação de licitar, obrigação esta constante na Constituição Federal.

A corrupção sempre está presente quando o assunto é licitação pública. Minimizar esse problema tem sido quase impossível, por isso tem feito necessário criar transparência e controles eficazes, que possam resultar em uma significativa diminuição desta corrupção. Por isso, a relevância da licitação consiste no fato de ser muito mais que um procedimento administrativo, ela é um mecanismo que a Constituição Federal previu para que o Estado faça a melhor gerência possível dos recursos públicos.

Com o objetivo de eliminar essas práticas corruptivas que o pregão eletrônico foi criado, no entanto, a corrupção é um ato enraizado no sistema político, social, cultural, principalmente nas atividades realizadas pelos agentes públicos. O pregão eletrônico surge, então, como uma forma de diminuir ilegalidades. Entretanto, mesmo que essa seja uma das características do mesmo, observam-se divergências que culminam muitas vezes em processos fraudulentos.

Foi utilizada, portanto, a pesquisa bibliográfica como o procedimento metodológico para atingir os objetivos propostos nesta pesquisa científica desenvolvida.

## **1 COMPRAS PÚBLICAS NO BRASIL**

Todos aqueles que querem disponibilizar seus produtos e serviços à Administração Pública, devem dominar e compreender as normas estabelecidas na Lei de Licitações e Contratos, através do processo de compras dentro da licitação que encontra-se estabelecido no artigo 1º da Lei n. 8666/93 e, em seu art. 6º, inciso III, define-se como compra: “toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente”.

Segundo Costa (2004, p. 45):

Compra é considerada como uma função administrativa dentro da organização, responsável por coordenar um sistema de informação e controle capaz de adquirir externamente, para garantir o fluxo de materiais necessário à missão da organização, bens e serviços na quantidade certa, na qualidade certa, da fonte certa, no exato momento e ao preço certo.

A compra é um instrumento utilizado pela Administração Pública, considerado despesas públicas, que para se tornarem efetivas, devem passar pelo processo licitatório, que tem por finalidade, suprir as necessidades da empresa mediante a aquisição de materiais e/ou serviços, emanadas das solicitações dos usuários, objetivando identificar no mercado as melhores condições comerciais e técnicas (VIANA, 2010, p. 98).

Afim de se evitar fraude na utilização deste procedimento, é necessário que seja um processo bastante detalhista, com as especificações referentes a sua característica, volume, peso, etc. E

Sob esta situação, Figueiredo (2012, p. 51) destaca que “As compras só poderão ser feitas com a adequada caracterização do seu objeto e a indicação dos recursos orçamentários para o seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa”.

## **2. MODALIDADES DE LICITAÇÃO E PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS**

Conforme preceitua o artigo 22 da Lei 8.666/93, as modalidades da licitação são: concorrência, tomada de preço, convite, concurso e leilão. Destaca-se a licitação

trata-se de um procedimento administrativo, voltado para a celebração de contratos para a Administração Pública.

Justen Filho (2014, p. 78) cita que:

O que determina qual modalidade é a mais adequada para determinado uso nos específicos certames é o limite de valor estabelecido pela Lei Federal nº 8.666. Porém, outro critério muito importante trata da complexidade do objeto da licitação.

No que se refere a concorrência, é considerada a modalidade comum e mais ampla. Tem um prazo de divulgação de, no mínimo, trinta ou quarenta e cinco dias entre a publicação e a data de apresentação das propostas, se tornando assim, uma espécie de licitação que se cumpre, com extensa publicidade, para assegurar a participação de quaisquer interessados que preencham os requisitos previstos no edital.

A respeito da tomada de preços, permite que participem os interessados que tiverem efetuado antecipadamente seu cadastro, no entanto, para a efetiva participação deverão cumprir até o terceiro dia antes da data do recebimento das propostas para cumprir todas as exigências do edital.

Quanto a modalidade convite participam apenas aqueles interessados cadastrados ou não, que manifestarem seu interesse com antecedência de 24 horas da exposição das sugestões, podendo também, ser escolhidos ou convidados pela administração pública para participar do certame. A Lei exige que tenha, no mínimo, três participantes interessados em participar desta modalidade da licitação, onde não há um número máximo de participantes (SOARES, 2009, p. 24).

O objetivo da modalidade concurso é escolher o melhor trabalho técnico, científico ou artístico.

Utiliza-se para vendas de bens móveis inservíveis para a Administração Pública, a modalidade leilão, assim também em relação a produtos que são apreendidos ou penhorados, ou ainda para a alienação de bens imóveis cuja aquisição haja dação em pagamento ou derivado de procedimento judicial, ressaltando que o edital deve descrever os bens, possibilitando sua perfeita identificação (SOARES, 2009, p. 26).

No entanto, uma sexta modalidade de licitação, sendo instituída pela Lei n.º 10.520/2002 e regulamentado pelo Governo Federal pelos Decretos no 3.555/2000 e 5.450/2005, foi denominada de pregão, cuja modalidade é aberta para todo o público, inclusive via internet, onde qualquer cidadão interessado pode



acompanhar o processo licitatório em curso, os valores de cada lance efetuado, o vencedor e até a duração da disputa. Isso aumenta a transparência e o controle social. (PAMPLONA, 2013, p. 34).

Tanto as pessoas políticas quanto a Administração indireta, e as entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, estão obrigadas a licitar, com suas devidas exceções, conforme o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que tem o seguinte teor:

Art. 37. Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Durante o procedimento licitatório, a Administração Pública deve escolher a proposta mais vantajosa, assegurando a igualdade de condições aos participantes, cuja competência para legislar sobre tal assunto, está regido no artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, podendo ainda se sujeitarem à Lei de Improbidade Administrativa se não observarem os preceitos que constam na legislação.

A licitação, portanto, deve observar os princípios básicos legalidade, impessoalidade, moralidade, proporcionalidade e eficiência.

Há ainda, no ordenamento jurídico brasileiro, o Regime Diferenciado de Contratações (RDC), que trata-se de uma nova forma de aquisição pública, criado para atender grandes obras no Brasil, como exemplo, a copa do mundo.

### **3. PRINCÍPIOS APLICADOS NAS LICITAÇÕES**

Conforme já mencionado, e que está fundamentado no art. 3º da lei nº 8.666/os princípios norteadores da licitação, os quais são: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.

O princípio da legalidade está previsto nos artigos. 50, inc. II, e 37, da CF/88, o qual significa ser vedado à autoridade administrativa adotar qualquer providência ou instituir qualquer restrição sem autorização legislativa. Isso significa dizer que, a validade de qualquer decisão administrativa dependerá não apenas de sua

compatibilidade com a ordem jurídica, mas de uma autorização legislativa específica. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 83).

O princípio da impessoalidade significa que não há vontade pessoal dentro da Administração Pública. “O princípio da impessoalidade decorre do fato de que o agente público é administrador de bens alheios. Por essa razão, deve atuar sempre voltado para o coletivo, evitando favoritismo ou discriminação” (FARIA, 2007, p. 49)

O princípio da moralidade também está relacionado com os princípios da lealdade e boa-fé, devendo, portanto, a Administração proceder com sinceridade e clareza em relação aos administrados e aos indivíduos, conforme a Lei nº 9.784/99, em seu artigo 2º, caput, e, no parágrafo único, inciso IV, desta referida lei, exige “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa fé”, com referência evidente aos principais aspectos da moralidade administrativa.

Tal princípio está diretamente ligado com o princípio da Probidade Administrativa, pois o administrador ou agente público, representantes dos direitos da sociedade, devem agir com moral, ética e lealdade, com atividades corretas, sem vícios.

No que se refere ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório consagra que deve constar no edital todo o procedimento que será utilizado no procedimento licitatório, como a forma e o modo de participação dos licitantes.

Para Justen Filho (2014, p. 87), a respeito do princípio do julgamento objetivo: “a objetividade do julgamento significa que todas as decisões na licitação devem ser o resultado lógico dos elementos objetivos existentes no procedimento e no mundo real”.

Assim como cita Celso Antônio, “impedir que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora” (CELSO ANTÔNIO, 2003, p. 338).

#### **4.FRAUDE NO PROCESSO LICITATÓRIO DO PREGÃO ELETRÔNICO**

A corrupção está presente em todos os setores da sociedade e também nos procedimentos licitatórios. No estudo de Vannucci (2017, p. 251) A Corrupção é considerada como resultado de escolhas individuais racionais, e sua disseminação dentro da organização é influenciada pelos fatores que definem a estrutura dos custos esperados.

Destaca-se que a corrupção contempla um conjunto de práticas ilegais cada vez mais sofisticadas e difíceis de combater, dada a sua invisibilidade e diluição do fenômeno no próprio sistema político e administrativo, bem como em todas as modalidades do crime contra a economia (SERRANO, 2013).

A violação dos deveres referentes à honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade as instituições públicas, está cada vez mais presente na Administração Pública. As razões expostas trazem a necessidade de termos um título que nos dê garantia de uma segurança jurídica, onde surge a lei da improbidade, que ocasiona a conclusão de termos segurança jurídica (TOURINHO, 2016, p. 1).

No procedimento licitatório, são exemplos de fraudes de acordo com Fazzio (2012) quando:

Firmar em contrato condições essenciais que não estavam previstas no procedimento licitatório; quando a licitante declarada vencedora desatender às condições de habilitação e apresentação da proposta, mesmo que o objeto do certame esteja homologado, adjudicado, fornecido e/ou pago; e quando a publicação de mudança do endereço para a entrega dos envelopes de habilitação e proposta ocorre em veículo não adequado ao alcance dos eventuais interessados.

Um indivíduo se torna corrupto quando seu comportamento desvirtua aquilo que conhece por certo e justo, desacatando as normas jurídicas estabelecidas, visando ganhar vantagens, sem hesitar de qualquer meio para alcançar seus objetivos.

Ressalta-se que a fraude a licitação é um esquema ilícito ou de má fé criado para obter vantagens com licitações. Nesse tipo de casos, a Administração Pública possui como fonte de fiscalização a sociedade e os licitantes que foram lesados. Assim sendo, de acordo com o artigo 101, da Lei 8.666/93, destaca que:

“Art. 101. Qualquer pessoa poderá provocar, para efeitos desta Lei, a iniciativa do Ministério Público, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e sua autoria, bem como as circunstâncias em que se deu a ocorrência.”

Os indícios da fraude à licitação são as violações aos princípios basilares que regem esse instituto, que em sua maioria envolvem agentes públicos com o objetivo de alcançar vantagens em seus contratos, desobedecendo assim, o que a Lei estabelece.

Cometer fraudes, pode-se dizer em corrupção, e a respeito disso, Filho (2015, p. 16) dispõe que:

O problema da corrupção, assim, é amplo, envolvendo na verdade, qualquer locupletamento indevido decorrente da prática de ato ilegal ou mesmo antiético para beneficiar alguém ou facilitar alguma atividade, ainda que legítima de outrem, ou, ainda, comportar-se de maneira indevida para obter algum benefício para si ou para outrem, ainda que sem conteúdo econômico. Nesse sentido, por exemplo, também seriam atos de corrupção o do empregado que assina o livro de presença por outro ou o funcionário que pula catraca controladora de entradas e saídas para burlar a vigilância de expediente.

Quando ocorre corrupção nos procedimentos licitatórios, deve haver o escopo de averiguar se este “mau uso” do dinheiro público se concluiu com êxito, acarretando desvios do dinheiro da população, a qual comportará as consequências deste ato ilícito (TOURINHO 2016, p. 1).

Destaca-se ainda que, o artigo 90 da Lei 8.666/93 dispõe que:

Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena- detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Portanto, nos casos de fraude à licitação o agente público causa transtornos no procedimento, como ocasionar lentidão, com dispensa indevida e não aplicando os princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade que regem a administração pública. Desta feita Miranda (*apud* ARAÚJO, 2017) ressalta; “A responsabilidade do agente público pelo ato de improbidade pertence à esfera civil, e sua punição independe da esfera penal”.

Neste contexto, a sociedade possui um papel relevante nesse cenário, pois os atos de combate à fraude licitação deve ser públicos, realizados em conjunto com a sociedade.

Em meio as frequentes situações de fraudes à licitação que vem ocorrendo durante anos no país, surge o Pregão Eletrônico, como estratégia política para se resgatar a confiança pública, bem assim, como instrumento na busca da ampliação

da moralidade e probidade administrativa, especificamente quanto às licitações, a modalidade licitatória conhecida como Pregão, envolta a uma gama de princípios e funcionalidades que possibilita à Administração Pública uma nova arma na luta contra a corrupção, na busca da economicidade e ampla concorrência (REK, 2017, p. 1).

Basicamente, o pregão eletrônico tem todos os procedimentos do pregão presencial, no entanto, a grande diferença é que é realizado pelo recurso da internet, onde os interessados se inscrevem no site destinada, e na hora estipulada via edital, acessam a página e apresentam seus lances.

Os procedimentos licitatórios devem ser obrigatoriamente transparentes, divulgados em todas as esferas da sociedade, desde a pretensão de sua realização, até o extrato do contrato e a finalização da prestação dos serviços ou fornecimentos de bens e produtos pretendidos (SOARES, 2009, p. 59).

O pregão eletrônico, foi regulamentado pelo Decreto n.º 3.555 de 08 de agosto de 2000 com suas subsequentes alterações e pela Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002, tendo sido, o Pregão na forma eletrônica, instituído pelo Decreto 5.450 de 31 de maio de 2005, é uma modalidade de licitação para uma espécie para aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances.

Desta maneira, acredita-se que é uma forma de licitação mais difícil de ser burlada por ser realizada através de um sistema ou mais eficaz no controle de fraudes. Isso porque, o sistema do pregão eletrônico utilizará recursos de criptografia e de autenticação que resguardem as condições adequadas de segurança em todas as etapas do certame.

Essa modalidade é realizada através de um sistema, que é gerenciado pelo pregoeiro, onde em um determinado momento torna-se aleatório, não podendo mais ser gerenciado pelo pregoeiro, fazendo com suas irregularidades sejam menos frequentes.

Segundo Rek (2017, p. 1):

O Pregão, como nova modalidade de licitação, surgiu e foi recepcionado sem o entusiasmo e crédito devido, tanto pelo Administrador e, principalmente quanto pelo administrado, tendo em vista os abusos e escândalos de corrupção até então sempre presentes, visualizados por todos os cidadãos e denunciados em noticiários. Conluio, administradores e

servidores públicos corruptos mancham com atos imorais e ilegais o cenário da Administração Pública no Brasil utilizando-se de falsos procedimentos licitatórios, aquisições superfaturadas, compras, contratos e contratados inexistentes, desvios de valores, obras inacabadas ou não iniciadas e projetos interrompidos.

O Artigo 2º do Decreto n.3.555 de 2000 apresenta a definição de pregão como: “Pregão é a modalidade de licitação em que a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns é feita em sessão pública, por meio de propostas de preços escritas e lances verbais”, e deve obedecer aos princípios básicos da Administração Pública e correlatos à licitação.

No pregão eletrônico, o pregoeiro verificará as propostas apresentadas, desclassificando àquelas que não estejam em conformidade com os requisitos estabelecidos no edital, fundamentando e registrando sua decisão no sistema, sendo acompanhado por todos os participantes (KEIN, 2012, p. 65).

Segundo Rek (2017, p. 1) o procedimento licitatório obteve no pregão eletrônico o avanço que a Administração Pública tanto necessitava, impondo novo caráter funcional à licitação, exaltando as características e aspectos da ampla concorrência, transparência, legalidade, economicidade e celeridade às compras governamentais, bem assim, realçando a estratégia e objetivo essencial almejado pelo administrador público.

Segundo Marçal Justen Filho (2013, p. 61), a respeito das vantagens deste tipo de licitação, destaca-se que:

O pregão apresenta três vantagens marcantes em relação às modalidades tradicionais de licitação previstas na Lei nº 8666. Em termos essenciais, as vantagens são (a) o potencial incremento das vantagens econômicas em favor da Administração, (b) a ampliação do universo de licitantes e (c) a simplificação do procedimento licitatório. Outras vantagens poderiam ser apontadas, tal como a redução de custos no pregão eletrônico (que dispensa a presença física e outras despesas) e a maior rapidez na conclusão do certame.

No entanto, apesar de que esta nova modalidade tenha o objetivo de impedir a prática de corrupção (fraudes), recentemente o Tribunal de Contas da União apurou irregularidades nos pregões eletrônicos realizados por meio do Comprasnet, que atende a administração direta do governo federal. Ao realizar



auditoria na conduta de empresas participantes de licitações públicas por meio do pregão eletrônico, o TCU identificou duas situações: empresas com sócios em comum que apresentam propostas para o mesmo item de uma mesma licitação e a existência de licitantes reiteradamente desclassificados por não atenderem aos editais ou não honrarem suas propostas (CORREIOS BRASILIENSES, 2015, p. 1).

Apesar do intuito de dificultar a corrupção nos procedimentos licitatórios através da modalidade de pregão eletrônico, o Tribunal de Contas da União tem confirmado nos últimos anos a continuidade dessa prática.

## **5. RESPONSABILIDADE DOS LICITANTES**

Portanto, na Administração Pública, ocorrem as irregularidades ou ilicitudes quando os responsáveis ou participantes do processo cometem atos que não provem da Lei, fazendo com que esta não seja respeitada. No artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, estabelece sanções aos agentes que cometem ato de improbidade administrativa:

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:

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Conforme o art. 37, XXI e art. 175 da Constituição Federal, quando a Administração Pública for comprar, vender, locar, contratar empresas prestadoras de serviço, deverá realizar um breve certame licitatório, ou seja, uma disputa entre os interessados, com o intuito de constatar a proposta mais interessante e vantajosa às conveniências e necessidades da Administração. Em apenas alguns casos haverá dispensa ou a licitação será inexigível.

Além das sanções previstas na legislação específica, o artigo o artigo 12 da Lei nº 8.429/92, veio complementar o artigo acima descrito:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o

responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Todo ato de improbidade administrativa resta sendo um desrespeito ao cidadão, e a Lei 8429/1992, veio justamente combater à corrupção, estabelecendo

essas sanções em razão da prática de atos ímprobos, pois um agente idôneo segue exatamente aquilo que está previsto em lei, enquanto o inidôneo trabalha de forma contrária.

Segundo Dal Pozzo (2003, p. 91):

A Lei n.º 8.429/92 contempla três espécies de atos de improbidade: os que importam em enriquecimento ilícito, os que causam prejuízo ao erário, e os que atentam contra os princípios da Administração Pública. Essas espécies podem ocorrer isoladamente ou mesmo combinando-se. Somente a última espécie (violação aos princípios) pode ser considerada isoladamente, pois uma correta interpretação do sistema de sanções da Lei de Improbidade a considera absorvida pelas anteriores.

De acordo com o artigo 89 da Lei n. 8.666/93, dispõe que o servidor público, ou aquele que incorra para a consumação da ilegalidade a fim de beneficiar-se da conduta de dispensar ou inexigir a licitação sem que haja fundamentação expressa deverá responder na esfera criminal com sanção de três a cinco anos de detenção, mais multa, conforme dispõe o art. 89 da Lei de Licitação nº 8.666/93.

Esta prática trata de crime formal, já que a consumação se dá pela mera dispensa ou inexigibilidade da licitação sem previsão legal que a faça, sendo que o crime em tela para que seja consumado, deve-se comprovar o prejuízo ao erário (DOMINGUES, 2015, p. 1).

No entanto, há controvérsias nas decisões prolatadas pelo STJ no que se refere a sua consumação, conforme destaca a seguinte decisão:

[...] não se exige dolo específico de fraudar o erário ou causar efetivo prejuízo à Administração Pública, bastando, para sua configuração, que o agente dispense licitação fora das hipóteses previstas em lei ou deixe de observar as formalidades pertinentes à dispensa (AgRg no Ag 1367169/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 27/03/2012, DJe 03/04/2012).

Para Grego Filho (2010, p. 63) deve-se comprovar o dolo, inclusive o dolo eventual, conforme demonstra: "é admissível o dolo eventual se o agente tendo dúvida quanto à ilegalidade, assume o risco de fazer a dispensa ou declarar a inexigibilidade ainda que irregular".

O artigo 21 da Lei de Improbidade Administrativa, descreve que as sanções previstas na lei para quem comete atos de improbidade administrativa, independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público e da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento.

Sobre a comprovação do elemento subjetivo (dolo ou culpa) na improbidade administrativa, existem duas correntes, uma que acredita que o elemento subjetivo deve ser comprovado para poder caracterizar o ato ímprobo, e existem, outros que acreditam que é desnecessário sua comprovação, o qual, para determinar a conduta ilícita, bastaria apenas a tentativa do dano.

Portanto, nos termos do art. 100 da Lei Federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, os crimes são de ação pública, a promoção deles cabe ao Ministério Público, que deve agir dentro dos prazos legais (GASPARINI, 2011).

Além do Ministério Público, e das controladorias de estados e municípios, também são capazes de receber denúncias de fraudes em licitações, como a CGU - Controladoria Geral da União, que, por força, do Decreto nº 4.177 de 28 de março de 2002, tem como finalidades, dentre outras (CARVALHO, 2014).

Segundo Di Pietro (2012, p. 899):

O enquadramento na lei de improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa e dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto.

Destarte, a responsabilidade do agente público pelo ato de improbidade pertence à esfera civil, e sua punição independe da esfera penal.

## **CONCLUSÃO**

A corrupção tem sido bem frequente em todos os setores da Administração Pública do país, assim como em seus procedimentos licitatórios, trazendo grandes prejuízo tanto para a sociedade quanto para o processo licitatório, que é regido pela Lei n. 8.666/93, além do Regime Diferenciado de Contratação (RDC).

O ato ilícito praticado pelos agentes, é regulamentado pela Lei de improbidade administrativa, Lei nº. 8.429/92, que trata dos atos de improbidade, por exemplo, em caso de enriquecimento ilícito quando no exercício de suas funções.

Dentre os tipos de licitação, foi criado o pregão eletrônico, com o objetivo de minimizar os casos de corrupção dos procedimentos licitatórios, embora ainda tem sido objeto de fraudes.

A ilegalidade por si só não acarreta a incidência da lei de improbidade, pois pode haver ofensas à ordem jurídica que não implicam necessariamente ofensa à moralidade administrativa e muito menos a ofensa à probidade. No entanto, o ato ilícito, imoral, antiético, caracteriza improbidade administrativa.

Portanto, todos os agentes envolvidos no processo licitatório devem agir com moralidade, e se o agente violar este princípio deve ser responsabilizado, através de sanções. Destarte, qualquer agente ou administrador público, principalmente licitante, tem, ou deveria ter, como meta que seus atos sejam sempre pautados na ética e legalidade.

#### REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Eduardo Luís de Melo. **Análise das principais Fraudes da licitação e procedimentos preventivos**. 2017. Disponível em < <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/administracao-financas/analise-das-principais-fraudes-da-licitacao-e-procedimentos-preventivos.htm>>. Acesso em 18 Maio. 2020.

CARVALHO, José Carlos Oliveira de. **Por dentro das fraudes**. Disponível em: <<http://www.oliveiraecarvalho.com/downloads/Fraudes%20-%20Obra%20-0Por%20Dentro%20das%20Fraudes.pdf>>. Acesso em 18 Maio. 2020.

COSTA, N.N. **Processo administrativo e suas espécies**. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

CORREIOS BRASILIENSES. TCU identifica fraudes em pregões eletrônicos que atendem governo federal. Disponível em < [http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2015/04/22/internas\\_economia,480202/tcu-identifica-fraudes-em-pregoes-eletronicos-que-atendem-governo-federal.shtml](http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2015/04/22/internas_economia,480202/tcu-identifica-fraudes-em-pregoes-eletronicos-que-atendem-governo-federal.shtml)> Acesso em 18 Maio de 2020.

CONLICITAÇÃO. Pregão eletrônico como arma contra a corrupção. Disponível em < <https://portal.conlicitacao.com.br/licitacao/na-midia/pregao-eletronico-como-arma-contra-a-corrupcao/>> Acesso em 18 Maio de 2020.

DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz. Reflexões sobre a “Defesa Antecipada” na Lei de Improbidade Administrativa. Improbidade Administrativa – questões polêmicas e atuais. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DI PIETRO. Maria Sílvia Zanella. **Direito Administrativo**. 11a ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FAZZIO Júnior, Waldo. **Fundamentos de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FIGUEIREDO, José Reinaldo. **Licitações Públicas para Principiantes**. Florianópolis: Insular, 2012.

FILHO, Vicente Grego. **O Combate à Corrupção e Comentários à Lei de Responsabilidade de Pessoas Jurídicas**. Ed. Saraiva, 2015.

GASPARINI, Diogenes. **Crimes na Licitação**. 4 ed. São Paulo: Editora NDJ, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Dos crimes da lei de licitações**. 2<sup>a</sup> ed., São Paulo: SARAIVA, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16 Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico)**. 6. ed. rev e atual. de acordo com a Lei Federal nº 10.520/2002 e os Decretos Federais nº 3.555/00 e 5.450/05. São Paulo: Dialética, 2013.

KLEIN, Roberto Knebel. **Pregão Presencial e Eletrônico e sua importância para as compras do setor público municipal**. 2012. Disponível em < <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/1012/TCC%20ROBERTO%20KNEBEL%20KLEIN.pdf?sequence=1>>. Acesso em 18 Maio. 2020,

PAMPLONA,J.;SILVA,G. **Manual de pregão: nova modalidade de licitação**. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portalsitesdefaultfilesanexos19994-19995-1-PB.pdf>> Acesso em: 18 Maio 2020.



REK, Marcos. Pregão Eletrônico: **Estratégia Governamental para Transparência na Administração Pública**. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13106](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13106)> Acesso em 18 Maio 2020.

SERRANO, M., LEITE, J.C.S.P. **Capturing Transparency – Related Requirements Patters though Argumentations. Requirements Patterns (RePa)**. First International Workshop on, 2013.

SOARES, Maria Elisete. **Licitações na Modalidade Pregão**. Fundação Getúlio Vargas. Belo Horizonte, 2009.

SOARES, Maria Elisete. **Licitações na Modalidade Pregão**. Disponível em < [http://www.der.mg.gov.br/images/TrabalhosAcademicos/maria\\_elisete\\_soares.pdf](http://www.der.mg.gov.br/images/TrabalhosAcademicos/maria_elisete_soares.pdf) > Acesso em 18 Maio 2020.

TOURINHO, Krisllen da Silva. **O Combate à corrupção nas Licitações Públicas**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/53159/o-combate-a-corrupcao-nas-licitacoes-publicas>> Acesso em 18 Maio 2020.

VANNUCCI, A. **Challenges in the study of corruption: approaches and policy implications/Desafios no estudo da corrupção: abordagens e implicações políticas**. Revista Brasileira de Direito, 2017.

VIANA, João José. **Administração de Materiais: um enfoque prático**. São Paulo: Atlas, 2010.

## **SUSTENTAÇÃO ORAL ANTECIPADAMENTE GRAVADA NO ÂMBITO DO STF: UM CAMINHO PARA O FUTURO**

### **ELDER SOARES DA SILVA CALHEIROS:**

Procurador do Estado de Alagoas. Advogado. Consultor Jurídico. Ex-Conselheiro do Conselho Estadual de Segurança Pública de Alagoas. Ex-Membro de Comissões e Cursos de Formação de Concursos Públicos em Alagoas. Ex-Membro do Grupo Estadual de Fomento, Formulação, Articulação e Monitoramento de Políticas Públicas em Alagoas. Ex-Técnico Judiciário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ex-Estagiário da Justiça Federal em Alagoas. Ex-Estagiário da Procuradoria Regional do Trabalho em Alagoas. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

### **1.Introdução**

A sustentação oral, sem sombra de dúvidas, constitui um dos momentos mais especiais da trajetória de um operador do direito. Para um integrante da Advocacia Pública, da Defensoria Pública, do Ministério Público ou da Advocacia Privada, comparecer em juízo para realizar este ato processual é um momento sublime de sua carreira jurídica, mesmo para aqueles profissionais mais experientes.

Aliás, as principais cenas de filmes e seriados que mencionam a atuação do Poder Judiciário e das Funções Essenciais à Justiça refletem essa teatralização – no sentido conotativo – da relevância das sustentações orais. Muitas vezes, delas surgem as estratégias e soluções para o caso em julgamento, no ápice do roteiro.

Na vida real, guardadas as proporções cinematográficas, não é diferente. O ato de sustentar oralmente as razões de seu convencimento pode encantar e sensibilizar os presentes, influenciar eticamente os julgadores, garantir a plena defesa dos interesses jurídicos tutelados e, por consequência, realizar o sonho profissional de quem manifesta por meio das palavras o que entende como Justiça.

Não por outra razão, em muitos julgamentos de ampla repercussão do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, são escalados para as tarefas de sustentação oral os profissionais da cúpula do órgão interessado ou os mais

experientes e renomados operadores do direito. É o caso, por exemplo, de escritório de advocacia que detém em seu quadro um jurista reconhecido no País, o qual atua, quase que exclusivamente, em sustentações orais perante os Tribunais Superiores. Na linguagem forense chamam-se esses notáveis de *baluartes* ou *medalhões*.

Alguns Ministros atuais do Supremo, aliás, notabilizaram-se no meio jurídico a partir de julgamentos emblemáticos na Corte, onde atuaram magistralmente nas sustentações orais, em que pese já tivessem, independentemente disto, notável saber jurídico. É o caso, por exemplo, do Ministro Luís Roberto Barroso, ex-Procurador de Estado do Rio de Janeiro e advogado militante na advocacia privada. Nesta condição teve em seu currículo a realização de sustentação oral no STF em casos paradigmas como: *a defesa das uniões homoafetivas, células-tronco, nepotismo, anencefalia, direito à saúde e distribuição de medicamentos, defesa da modulação de efeitos temporais em caso de mudança de jurisprudência pelo STF, uso indevido da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) para impedir execução de acórdão, defesa do direito dos Municípios cobrarem Imposto Sobre Serviços de qualquer natureza (ISS) acerca de operações de leasing, defesa de advogados da Petrobras contra sanções impostas pelo Tribunal de Contas da União (TCU), caso da extradição do italiano Cesare Battisti, anulação de entrevistas reservadas no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP), acumulação de pensão a viúva de cientista cassado pelo Ato Institucional nº 5 (AI 5), autonomia da Defensoria Pública e, ainda, o monopólio postal dos Correios.*[1]

Dizer, portanto, que o ato de sustentação oral não representa momento ímpar da prestação jurisdicional é, à toda evidência, negar que profissionais como o atual Ministro do STF Luís Roberto Barroso tenham ocupado a tribuna do Supremo como mero exercício de retórica. Nunca foi. É oportunidade de alta significação para os atores envolvidos no sistema de Justiça. A jurisprudência demonstra e a sociedade reconhece os impactos que os argumentos advindos das tribunas podem alcançar. E, efetivamente, alcançam, como muitas teses defendidas pelo citado Ministro – enquanto advogado – que se tornaram jurisprudência pacífica do STF até os dias atuais.

Esse ponto de vista é corroborado pela jurisprudência da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a qual assentou recentemente que o Ministro do Tribunal, ao não assistir à sustentação oral, fica impedido de participar do julgamento:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DESERÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO. 1. É firme o entendimento deste Tribunal no sentido de se considerar o

preparo como o gênero que engloba todas as despesas processuais necessárias ao prosseguimento do recurso, de modo que a falta de pagamento de uma delas configura mera insuficiência, não dando azo à deserção. 2. Embargos de divergência conhecidos e providos para afastar a deserção do recurso especial, determinando-se o retorno dos autos à Terceira Turma para que prossiga na análise do feito como entender de direito.

(...)

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça: *Preliminarmente, em questão de ordem, a Corte Especial, por maioria, decidiu que o Ministro que não participou do início do julgamento, com sustentação oral, fica impossibilitado de participar posteriormente do julgamento.* (STJ, EREsp nº 1.447.62/SP, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, DJe de 11/10/2018) (grifou-se)[2]

Tanto é assim que o Projeto de Emenda Regimental nº 38 (Emenda Regimental nº 32, de 2019) alterou o artigo 162 do Regimento Interno do STJ para possibilitar a participação no julgamento do Ministro que não assistiu às sustentações orais, face à decisão do precedente acima indicado. De acordo com a emenda regimental, o Ministro que não assistiu às sustentações orais fica impossibilitado de participar do julgamento, em regra.

Porém, em caráter de exceção, a citada emenda regimental disciplina a possibilidade de renovação da sustentação oral para garantir a participação de Ministro que não tenha acompanhado a defesa oral, quando isso for necessário, por exemplo, para a formação de quórum, para desempate ou nos casos de julgamento de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, recurso especial repetitivo, revisão de tese firmada em recurso repetitivo, incidente de assunção de competência e revisão de tese firmada em incidente de assunção de competência, se o órgão julgador entender necessária a tomada de votos de Ministros que não assistiram à sustentação oral.[3]

Diz, pois, o Regimento Interno do STJ:

Art. 162. Nos julgamentos, o pedido de vista não impede que votem os Ministros que se tenham por habilitados a fazê-lo, e o Ministro que o formular restituirá os autos ao Presidente do Órgão Julgador dentro de, no máximo, sessenta dias a contar do momento em que

os autos lhe forem disponibilizados, devendo prosseguir o julgamento do feito na sessão subsequente ao fim do prazo, com ou sem o voto-vista.

(...)

§ 4º Não participará do julgamento o Ministro que não tiver assistido à sustentação oral. (Redação dada pela Emenda Regimental nº 32, de 2019)

§ 5º Se, para efeito do quórum ou desempate na votação, for necessário o voto de Ministro que não tenha assistido à sustentação oral, esta será renovada, computando-se os votos proferidos. (Redação dada pela Emenda Regimental nº 32, de 2019)

§ 6º Nos casos de julgamento de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, recurso especial repetitivo, revisão de tese firmada em recurso repetitivo, incidente de assunção de competência e revisão de tese firmada em incidente de assunção de competência, se o órgão julgador entender necessária a tomada de votos de Ministros que não assistiram à sustentação oral, aplicar-se-á o disposto no parágrafo anterior. (Redação dada pela Emenda Regimental nº 32, de 2019)[4]

Nesse cenário de alta significação do ato de sustentação oral, a questão que se põe em exame na reflexão, na linha de raciocínio, cinge-se à situação decorrente da pandemia do novo coronavírus, doravante denominado Covid19, onde o Supremo Tribunal Federal (STF) – em meio a esta crise internacional sem paradigmas no mundo recente – autorizou não só a realização de sustentações orais por videoconferência, mas foi além. O Supremo decidiu autorizar a gravação antecipada destes atos processuais, seja por vídeo, seja por áudio, como adiante se verá. E a finalidade aqui é analisar o impacto que esta medida inovadora gerará ao sistema de prestação jurisdicional.

## **2. Da sustentação oral antecipadamente gravada na seara do STF**

Consta no site do STF a seguinte informação acerca da viabilização do ato de sustentação oral, por vídeo ou áudio, a partir do dia 01/05/2020:

SESSÃO VIRTUAL

Nas hipóteses de cabimento de sustentação oral previstas no regimento interno do Tribunal, fica facultado à Procuradoria-Geral da República, à Advocacia-Geral da União, à Defensoria Pública da União, aos advogados e demais habilitados nos autos encaminhar as respectivas sustentações por meio eletrônico após a publicação da pauta e até 48 horas antes de iniciado o julgamento em ambiente virtual.

O envio dos arquivos de sustentação oral para as sessões virtuais deverá ser feito pelo sistema de Peticionamento, por meio do botão "Quero enviar Sustentação Oral", que estará disponível aos usuários a partir do dia 01/05/2020.

O arquivo deverá possuir as seguintes características:

Vídeo:

Formato: AVI, MP4

Tamanho máximo: 200MB por arquivo

Padrão de Qualidade Mínima: 240p 30fps

Padrão de Qualidade Recomendada: 360p 30fps

Áudio:

Formato: MP3 e WAV

Tamanho máximo: 10MB por arquivo[5]

Essa permissividade decorreu da edição da Emenda Regimental nº 53, de 18 de março de 2020, na seara do Supremo, a qual estipulou as seguintes normas:

O Presidente do Supremo Tribunal Federal faz editar a Emenda Regimental, aprovada pelos Senhores Membros da Corte em sessão administrativa realizada em 18 de março de 2020, nos termos do art. 361, inciso I, alínea a, do Regimento Interno.

Art. 1º O art. 21-B passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 21-B Todos os processos de competência do Tribunal poderão, a critério do relator ou do ministro vistor com a concordância do relator, ser submetidos a julgamento em listas de processos em



ambiente presencial ou eletrônico, observadas as respectivas competências das Turmas ou do Plenário.

§ 2º Nas hipóteses de cabimento de sustentação oral previstas neste regimento interno, fica facultado à Procuradoria-Geral da República, à Advocacia-Geral da União, à Defensoria Pública da União, aos advogados e demais habilitados nos autos encaminhar as respectivas sustentações por meio eletrônico após a publicação da pauta e até 48 horas antes de iniciado o julgamento em ambiente virtual.[6]

Igualmente, no dia seguinte se editou a Resolução nº 669, de 19 de março de 2020, a qual alterou a Resolução nº 642, de 14 de junho de 2019, no âmbito do STF, para afirmar o que abaixo segue:

O PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no uso das atribuições que lhe conferem os arts. 13, XIX, e 363, I, do Regimento Interno do Tribunal e em face da Emenda Regimental nº 53, de 18 de março de 2020,

RESOLVE:

(...)

Art. 4º Ficam acrescentados à Resolução nº 642, de 14 de junho de 2019, os arts. 5º-A e 5º-B, nos seguintes termos:

“Art. 5º-A Nas hipóteses de cabimento de sustentação oral previstas no regimento interno do Tribunal, fica facultado à Procuradoria-Geral da República, à Advocacia-Geral da União, à Defensoria Pública da União, aos advogados e demais habilitados nos autos encaminhar as respectivas sustentações por meio eletrônico após a publicação da pauta e até 48 horas antes de iniciado o julgamento em ambiente virtual.

§ 1º O advogado e o procurador que desejarem realizar sustentação oral em processos submetidos a julgamento em ambiente eletrônico deverão enviar formulário preenchido e assinado digitalmente, juntamente com o respectivo arquivo de sustentação oral.

§ 2º O link para preenchimento do formulário e envio do arquivo eletrônico estará disponível na página principal do site do STF.

§ 3º O arquivo eletrônico de sustentação oral poderá ser áudio ou vídeo, devendo observar o tempo regimental de sustentação e as especificações técnicas de formato, resolução e tamanho, definidos em ato da Secretaria Geral da Presidência, sob pena de ser desconsiderado.

§ 4º O advogado e o procurador firmarão termo de declaração de que se encontram devidamente habilitados nos autos e de responsabilidade pelo conteúdo do arquivo enviado.[7]

Em notícia no site do Supremo, o Ministro Presidente Dias Toffoli comentou a medida inovadora:

Segundo o ministro Dias Toffoli, a ampliação das hipóteses de julgamento por meio de sessões virtuais e a disponibilização de ferramenta tecnológica para o envio das sustentações orais “é salutar para a gestão processual e para a prestação jurisdicional, na medida em que coloca em evidência o postulado da duração razoável dos processos, otimizando, ademais, as pautas dos órgãos colegiados da Corte, que contam com inúmeros feitos que aguardam julgamento”. [8]

Volvendo os olhos para o caso em análise, evidencia-se o nítido caráter de efetividade do acesso à Justiça, pois os atos normativos retro citados vão ao encontro da prestação jurisdicional efetiva e em tempo razoável (artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal e artigos 4º, 6º, 8º e 139, inciso II, todos do Código de Processo Civil – CPC).

Isto porque, notadamente em tempos de pandemia do Covid19, muitos profissionais do direito não podem viajar devido às restrições de locomoção (isolamento social), dificuldades de trabalho, pessoais, familiares e financeiras. Vale ressaltar que aqueles profissionais dependentes de clientes particulares poderiam ter a sua defesa técnica afetada, pois os cidadãos ou empresas não possuiriam condições econômicas de honrar com as despesas de locomoção e diárias dos seus patronos numa eventual ida ao STF.

Essa medida adotada no Supremo também facilitará o exercício do teletrabalho (chamado de *trabalho remoto*). Isto poderá resultar numa movimentação inovadora dos serviços judiciários e das Funções Essenciais à Justiça, na medida em que despesas poderão ser reduzidas e racionalizadas na Administração Pública, com a maximização dos ganhos institucionais de

produtividade, abrindo espaço, ainda, para o replanejamento estratégico do profissional ou órgão envolvido.

O mesmo se dará com os advogados privados que poderão se inserir na advocacia dos Tribunais Superiores, a qual muitas vezes se torna inacessível para grande parte daqueles diante da distância geográfica de um País de dimensões continentais, como é o Brasil. Em palavras mais simples, permitir-se-á aos advogados privados de outros Estados da Federação um menor custo operacional e uma real chance de expansão de seus serviços jurídicos.

Poderá haver – e isto é inevitável – uma aplicação de sustentações orais padronizadas, onde o ato processual seja reaproveitado para outros casos semelhantes, principalmente nas chamadas demandas de massa decorrentes do fenômeno cotidiano da judicialização. Bancos de sustentação oral serão formados, sem sombra de dúvida. E o trabalho que antes se dava pontualmente, caso a caso, agora feito massivamente possibilitará que os profissionais do direito se debrucem sobre outras tarefas igualmente relevantes em suas vidas profissionais e pessoais, maximizando resultados, minimizando custos operacionais, reduzindo o tempo de trabalho e trazendo maior qualidade de vida.

Noutra perspectiva, aquela cena cotidiana de dezenas de operadores do direito aguardando sentados uma fila imensa de julgamentos da pauta do Tribunal para, somente então, poderem realizar a sustentação oral, estará com os dias contados. O tempo será reaproveitado, indubitavelmente.

Operadores do direito renomados poderão ser chamados a atuar em determinadas causas, devido à redução de custos pela própria possibilidade de gravação antecipada das sustentações orais, com um ganho quantitativo e, principalmente, qualitativo para a formação do convencimento dos órgãos julgadores. Imagine-se, por exemplo, que todos os casos de determinada matéria jurídica poderão ser julgados tendo sustentações orais gravadas por grandes nomes da respectiva carreira jurídica, numa simples reprodução massificada de ato processual único previamente gravado e disponibilizado de modo sistematizado.

Existirá uma flexibilidade do julgamento porque os Ministros poderão assistir à sustentação oral mais de uma vez, assim como os seus auxiliares (assessorias) igualmente terão acesso ao respectivo teor das razões sustentadas. E essa medida também trará transparência, pois os interessados (inclusive clientes) poderão assistir ao ato processual porque ficará registrado *se, quando e de que modo* o profissional do direito se apresentou. O controle social será alavancado.

Ainda, poderá ocorrer a dita gravação e edição do ato de sustentação oral, onde será facultado ao operador do direito regravar, ler apontamentos e consultar com facilidade livros e legislações, criando um ambiente de maior conforto, principalmente para os advogados. O ato processual, assim, poderá ser mais trabalhado e elaborado em prol da maximização de conteúdo relevante e de valor dentro do tempo regimental.

Ora, enquanto membros do Ministério Público e da Magistratura permanecem sentados na sessão, durante o ato de sustentação oral os advogados ficam em pé. E muitos assistem ao julgamento nessa posição, por vezes, incômoda. Em que pese o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) – Lei Federal nº 8.906/1994 – preveja em seu artigo 6º que não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos, na prática simples situações mostram que muito ainda há a caminhar nesse sentido.

Em seu escritório de advocacia, por exemplo, sentado e não em pé, num cenário onde ele está mais acostumado, o advogado terá conforto semelhante aos magistrados e membros do Ministério Público. Até para o patrono iniciante em sua carreira jurídica haverá uma facilitação no que tange à sua inserção no sistema de Justiça, podendo se valer das técnicas de edição dos vídeos e áudios para fins de compensar a sua inexperiência.

O mesmo se verificará para os profissionais que detenham algum tipo de deficiência, na medida em que a falta de condições de acessibilidade diminui, consideravelmente, a presença de pessoas com deficiência atuando em sustentações orais. Difícil imaginar, por exemplo, uma tribuna de sustentação oral que possa ser adaptada para um advogado com paraplegia que faz uso de cadeiras de rodas. É difícil até chegar ao Tribunal diante de tantas barreiras arquitetônicas e atitudinais em toda a sociedade! Em seu escritório de advocacia, ou mesmo de sua residência, poderia este mesmo profissional exercer o seu mister em condições muito mais dignas e inclusivas, em breve até com a presença de intérprete de libras.

A par disso, por enfrentamento ao debate, não há que se cogitar de qualquer prejuízo à defesa técnica. Em primeiro lugar, tanto a Emenda Regimental nº 53, de 18 de março de 2020, quanto a Resolução nº 669, de 19 de março de 2020, estabelecem que a gravação de sustentação oral, por áudio ou vídeo, é facultativa no STF. Caso o advogado assim não entenda pertinente para o processo em exame, bastará não fazer uso deste permissivo normativo. Diante da ausência de prejuízo, é de se aplicar o raciocínio do CPC segundo o qual "*Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe*

*alcançar a finalidade"* (artigo 277). Artigo este meramente exemplificativo do sentimento do legislador, haja vista que todo o Código Fux é permeado por esta ideia.

Lado outro, a decisão acima tomada pelos Ministros do Supremo ao editar tais atos normativos se encontra no âmbito de legitimidade conferida internamente às previsões regimentais, por se tratar de questão *interna corporis* do Poder Judiciário. É preciso consignar que o mencionado regimento interno tem força de lei e goza de presunção de constitucionalidade, consoante se vê dos seguintes julgados da Suprema Corte:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA – MATÉRIA PENAL – DESCUMPRIMENTO, PELA PARTE EMBARGANTE, DO DEVER PROCESSUAL DE DEMONSTRAR A EXISTÊNCIA DO ALEGADO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL DETERMINADO NO ART. 331 DO RISTF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – COMPETÊNCIA NORMATIVA PRIMÁRIA (CF/69, ART. 119, § 3º, "c") – POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL, SOB A ÉGIDE DA CARTA FEDERAL DE 1969, DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DISPOR, EM SEDE REGIMENTAL, SOBRE NORMAS DE DIREITO PROCESSUAL – **RECEPÇÃO, PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988, DE TAIS PRECEITOS REGIMENTAIS COM FORÇA E EFICÁCIA DE LEI (RTJ 147/1010 – RTJ 151/278)** – PLENA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO ART. 331 DO RISTF – ACÓRDÃO EMBARGADO QUE NÃO APRECIA O MÉRITO DA QUESTÃO SUSCITADA NO APELO EXTREMO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – A parte embargante, sob pena de recusa liminar de processamento dos embargos de divergência – ou de não conhecimento destes, quando já admitidos – deve demonstrar, de maneira objetiva, mediante análise comparativa entre o acórdão paradigma e a decisão embargada, a existência do alegado dissídio jurisprudencial, impondo se-lhe, para efeito de caracterização do conflito interpretativo, mencionar as circunstâncias que identificariam ou que tornariam assemelhados os casos em confronto. Precedentes. – Não se mostram suscetíveis de conhecimento os embargos de divergência nos casos em que aquele que deles se utiliza descumpra a determinação contida no art. 331 do RISTF, que, mais do que o confronto analítico, exige que haja, entre os acórdãos confrontados, o necessário vínculo de pertinência temática, em ordem a permitir a constatação de efetiva existência de dissídio interpretativo no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. – O Supremo Tribunal Federal, sob a égide da Carta

Política de 1969 (art. 119, § 3º, "c"), dispunha de competência normativa primária para, em sede meramente regimental, formular normas de direito processual concernentes ao processo e ao julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal. **Com a superveniência da Constituição de 1988, operou-se a recepção de tais preceitos regimentais, que passaram a ostentar força e eficácia de norma legal (RTJ 147/1010 – RTJ 151/278), revestindo-se, por isso mesmo, de plena legitimidade constitucional a exigência de pertinente confronto analítico entre os acórdãos postos em cotejo (RISTF, art. 331).** – A inadmissibilidade dos embargos de divergência evidencia-se quando o acórdão impugnado sequer aprecia o mérito da questão suscitada no recurso extraordinário. (ARE 1047578 ED-AgR-ED-EDv-AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 30/11/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-268 DIVULG 13-12-2018 PUBLIC 14-12-2018) (grifou-se)

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. LIMINAR CONCEDIDA. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO. PRESSUPOSTOS. DECISÃO DE ÚLTIMA OU ÚNICA INSTÂNCIA. **REGIMENTO INTERNO. FORÇA DE LEI. RECEPÇÃO PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL.** 1. Suspensão da execução de liminar. Lei 8038/90, artigo 25, e RISTF, artigo 297. Legislação especial que, de modo explícito, não inseriu na competência do Presidente do Supremo Tribunal Federal o poder de suspender a execução de liminares concedidas por Tribunal Superior. 2. Para o deferimento do pedido indispensável que se trate de decisão proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal. Ademais, necessária que a causa tenha por fundamento matéria constitucional e que haja a demonstração inequívoca de que a execução imediata do provimento liminar causará grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia. Precedente. 3. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Inaplicabilidade. Alegação improcedente. **As disposições do Regimento Interno da Corte foram recebidas pela Constituição, que não repudia atos normativos anteriores à sua promulgação, se com ela compatíveis. Precedente.** Agravo regimental a que se nega provimento. (STA nº 10 AgR, Relator: Ministro MAURÍCIO CORRÊA,



Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 04/03/2004, Publicação em 02/04/2004) (grifou-se)

Petição. Medida cautelar inominada. Pedido de liminar. Questão de ordem. - Esta Turma, ao apreciar questão de ordem na Petição 1414, decidiu que não se aplica, no âmbito desta Corte, em se tratando de medida cautelar relacionada com recurso extraordinário, o procedimento cautelar previsto no artigo 796 e seguintes do Código de Processo Civil, uma vez que, a propósito, **há norma especial de natureza processual - e, portanto, recebida com força de lei pela atual Constituição - em nosso Regimento.** Trata-se do inciso IV do artigo 21 que determina que se submetem ao Plenário ou à Turma, nos processos da competência respectiva, medidas cautelares necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa. - Assim, petição dessa natureza, na pendência de recurso extraordinário, não constitui propriamente ação cautelar, mas, sim, requerimento de cautelar nesse próprio recurso - embora processado em autos diversos por não terem ainda os dele chegado a esta Corte - e requerimento que deve ser processado como mero incidente do recurso extraordinário em causa. - Por outro lado, o inciso V desse mesmo artigo 21 do Regimento Interno estabelece que é atribuição do relator, em caso de urgência, determinar essas medidas cautelares "ad referendum" do Pleno ou da Turma. - Tendo sido concedida a cautelar monocraticamente, é ela trazida à apreciação da Turma, em observância do disposto no inciso V do artigo 21 do Regimento Interno. Cautelar que, em questão de ordem, se referenda por existentes, no caso, o "fumus boni iuris" e o "periculum in mora". (Pet nº 2246 QO, Relator: Ministro MOREIRA ALVES, Órgão Julgador: Primeira Turma, Julgamento em 13/03/2001, Publicação em 04/05/2001 (grifou-se)[9]

Ademais, não procedem algumas críticas no sentido de que o sistema de Justiça estaria se tornando frio e mecanizado. Pelo contrário, a tendência é que o ato processual de sustentação oral seja revigorado, atualizado, modernizado e adaptado ao mundo digital, passando a ter acurada elaboração e conteúdo valorativo, como frisado no curso deste artigo.

Na realidade, o maior interesse de quem bate às portas do Poder Judiciário é ter o desfecho do seu caso da forma mais efetiva e célere possível. Dessa maneira, medidas que venham a favorecer a rapidez e efetividade dos julgamentos

devem ser acolhidas sem preconceitos infundados baseados em pensamentos ultrapassados de apego a rituais antiquíssimos.

Lado outro, hoje, a massificação de ações judiciais na seara do Poder Judiciário não pode ser tratada apenas com os instrumentos de décadas atrás. É preciso ir além. As demandas massificadas exigem que procedimentos sejam adaptados ao cenário atual, pois o processo não é um fim em si mesmo, mas um instrumento para a realização do direito material. De nada adianta se manter uma ritualística medieval em detrimento do bem jurídico da vida tutelado. Nesse sentido leciona Fredie Didier Júnior:

**O processo não é um fim em si mesmo, mas uma técnica desenvolvida para a tutela do direito material.** O processo é a realidade formal – conjunto de formas preestabelecidas. Sucede que a forma só deve prevalecer se o fim para o qual ela foi desenvolvida não lograr ter sido atingido. A separação entre direito e processo – desejo dos autonomistas – não pode implicar um processo neutro em relação ao direito material que está sob tutela. A visão instrumentalista do processo estabelece a ponte entre o direito processual e o direito material.[10] (grifou-se)

Por fim, também não procede a alegação de que os julgadores poderiam não visualizar os vídeos e áudios das sustentações orais, diferentemente das sessões ao vivo (em tempo real) em modo presencial ou virtual. Primeiramente, não é possível conjecturar abusos, ilegalidades ou omissões de autoridades judiciárias. A presunção é no sentido de que atuam em conformidade com os ditames legais, isto é, de que ouvirão e assistirão às sustentações orais previamente gravadas.

Além do mais, se o argumento inicial fosse admitido – necessidade de ato processual em tempo real e ao vivo como condição de certeza da atenção dos julgadores – tal ideia poderia ser facilmente afastada, na medida em que um julgador presente à sessão de julgamentos também se ocupa, recorrentemente, de computadores, livros e autos físicos. Ou seja, mesmo em sessão presencial ou virtual ao vivo é possível, em tese, que o magistrado não desse atenção ao ato de sustentação oral, hipótese que se admite apenas a título argumentativo.

Sob essa perspectiva, acredita-se que não subsistem argumentos plausíveis contrários à sustentação oral gravada, haja vista que é preciso ter confiança no Poder Judiciário e presumir a atitude de correção dos julgadores em assistirem às sustentações orais gravadas previamente.

É possível, contudo, que num futuro breve outras formas de confirmação possam ser criadas no Tribunal, a exemplo de inserção de senhas, biometrias ou QR Code pessoais dos magistrados em várias partes do curso do vídeo ou áudio, como maneira de atestar a ciência inequívoca dos termos da sustentação oral. Isto já vem sendo utilizado pelo STJ para fins de comprovação de assiduidade em cursos virtuais do Tribunal. Um modelo do texto de e-mail enviado pela Corte aos inscitos[11].

Igualmente, existem sistemas de controle entre os Poderes (*checks and balances system*), órgãos de fiscalização e o controle social (OAB, Polícia Federal, Ministério Público, Senado Federal, Câmara dos Deputados, por exemplo), de maneira que eventuais ilicitudes praticadas nesse sentido da desconsideração e frustração deliberada dos vídeos e áudios de sustentações orais poderá ser investigada pelos órgãos e Poderes competentes. Sem prejuízo do controle social via cidadãos e pela imprensa, estes cada vez mais atentos e conectados aos temas jurídicos de maior interesse da nação brasileira.

Até mesmo por organismos internacionais é possível, em tese, haver controle e fiscalização, como a Organização das Nações Unidas (ONU) ou a Organização dos Estados Americanos (OEA), caso demonstrada violação grave de direitos constitucionais na seara processual que venham a ofender o acesso efetivo à Justiça.

São possibilidades, porém é insensato se conjecturar um cenário de ilegalidade sem provas para fins de obstar um relevante avanço como este no âmbito do STF – sustentação oral previamente gravada – principalmente em se tratando da maior Corte de Justiça do Brasil a quem deve ser dado o maior grau de deferência institucional possível.

### **3. Conclusão**

Frente ao exposto, é inegável o avanço trazido pela Emenda Regimental nº 53, de 18 de março de 2020, bem como pela Resolução nº 669, de 19 de março de 2020, a qual alterou a Resolução nº 642, de 14 de junho de 2019, no âmbito do STF, para fins de autorizar o uso da gravação antecipada de áudio e vídeo nas sustentações orais da Corte.

Esse procedimento inovador, aliás, abre horizontes para que haja uma adaptação aos demais atos processuais, onde, num futuro próximo, audiências de conciliação e de instrução – a depender da matéria obviamente – ou até mesmo petições iniciais, intermediárias e recursos venham a ser previamente gravados. Um espaço onde pareceres e decisões judiciais também o sejam em mesmo formato. Em especial no âmbito dos Juizados Especiais que já possuem entre seus princípios a

oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (artigo 2º da Lei Federal nº 9.099/1995).

Sim, é possível que esse momento processual inaugurado no Supremo se torne a regra no sistema de prestação jurisdicional e oriente os demais Tribunais, a fim de que ajam sob a mesma perspectiva, utilizando-se cada vez mais do direito falado, olhos nos olhos, ao contrário de muitas vezes onde as letras frias das palavras escritas não demonstram os sentimentos daqueles que as proferem em petições ou atos decisórios.

No mesmo sentido, o CPC prevê em seu artigo 188 que os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial. Ainda, em seu artigo 192 que em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso da língua portuguesa. Lado outro, dispõe no artigo 193 que os atos processuais podem ser totais ou parcialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico, na forma da lei. Por fim, afirma o Código Fux que, diante da ausência de prejuízo, é de se aplicar o raciocínio segundo o qual quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade (artigo 277).

Vale dizer, não se visualiza uma ideia de proibição da ampliação desta modalidade (gravação prévia de atos processuais em áudio e vídeo) para além das sustentações orais, tanto que em muitas Varas e Tribunais do Brasil as oitivas de testemunhas, de peritos e depoimentos pessoais são gravados e não necessariamente reduzidos a termo em língua portuguesa.

Em que pese eventuais dificuldades em sua implantação e vozes pontuais dissonantes – as quais se respeitam – os benefícios da medida são imensos e evidentes. Um mundo processual novo se apresenta e contra ele não há caminho de volta. A tecnologia entrou na rota do sistema de Justiça. É preciso refletir, criticar, aperfeiçoar, mas jamais se opor injustificadamente ao uso da ciência tecnológica no ramo jurídico. Ritualística, por si só, não entrega prestação jurisdicional célere e efetiva. A história do Poder Judiciário mostrou a falência dos modelos tradicionais, pois apesar de todos os esforços daquele, das Funções Essenciais à Justiça, dos demais Poderes e da sociedade em geral, muito ainda se precisa realizar para descongestionar a prestação jurisdicional.

E é esta Justiça de excelência que o cidadão precisa, que a sociedade exige e que o Poder Judiciário se propôs a implementar em toda a sua história,

notadamente na Carta Política de 1988. Que não haja regressão, mas avanço. Que não haja preconceito, mas abertura conceitual em busca incessante dela: a verdadeira Justiça.

#### 4.Referências Bibliográficas

**BRASIL.** Planalto – Portal da Legislação. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). Emenda Regimental nº 53, de 18 de março de 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Emenda53.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). Resolução nº 669, de 19 de março de 2020, de 18 de março de 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processosSustentacaoOral/anexo/Resoluc807a771o669.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=440658&ori=1>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). Disponível em: <[http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=processosSustentacaoOral&pagina=sustentacao\\_oral](http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=processosSustentacaoOral&pagina=sustentacao_oral)>. Acesso em: 10 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (STJ). EREsp nº 1.447.62/SP, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, DJe de 11/10/2018. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Regimento Interno. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoInstitucional/index.php/Regimento/article/view/3115/3839>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil (Teoria geral e processo de conhecimento)**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

STJ aprova emendas regimentais sobre vista coletiva e participação de ministro que não assistiu às sustentações orais. **Jusbrasil**. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/705799579/stj-aprova-emendas-regimentais-sobre-vista-coletiva-e-participacao-de-ministro-que-nao-assistiu-as-sustentacoes-orais>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

Sustentações orais como advogado. **Luís Roberto Barroso – Jurisdição Constitucional e Debates Públicos**. Disponível em: <<https://luisrobertobarroso.com.br/sustentacoes-orais/>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

NOTAS:

[1] Sustentações orais como advogado. **Luís Roberto Barroso – Jurisdição Constitucional e Debates Públicos**. Disponível em: <<https://luisrobertobarroso.com.br/sustentacoes-orais/>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

[2] Superior Tribunal de Justiça (STJ). EREsp nº 1.447.62/SP, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, DJe de 11/10/2018. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

[3] STJ aprova emendas regimentais sobre vista coletiva e participação de ministro que não assistiu às sustentações orais. **Jusbrasil**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/705799579/stj-aprova-emendas-regimentais-sobre-vista-coletiva-e-participacao-de-ministro-que-nao-assistiu-as-sustentacoes-orais>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

[4] Superior Tribunal de Justiça (STJ). Regimento Interno. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/Regimento/article/view/3115/3839>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

[5] Supremo Tribunal Federal (STF). Disponível em: <[http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=processosSustentacaoOral&pagina=sustentacao\\_oral](http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=processosSustentacaoOral&pagina=sustentacao_oral)>. Acesso em: 10 jun. 2020.

[6] Supremo Tribunal Federal (STF). Emenda Regimental nº 53, de 18 de março de 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Emenda53.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

[7] Supremo Tribunal Federal (STF). Resolução nº 669, de 19 de março de 2020, de 18 de março de 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processosSustentacaoOral/anexo/Resoluc807a771o669.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2020.



[8] Supremo Tribunal Federal (STF). Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=440658&ori=1>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

[9] Supremo Tribunal Federal (STF). Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

[10] In **Curso de Direito Processual Civil (Teoria geral e processo de conhecimento)**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 64.

[11] O participante do evento geralmente recebe um e-mail com a seguinte informação:

Prezado (a)

Lembramos que o evento II Encontro Nacional sobre Precedentes Qualificados do STJ terá início no dia 17/06/2020.

Data do evento: 17/06/2020

Horário: de 15h às 17h

Carga horária: 2 horas

Plataforma: YouTube (link será enviado por e-mail)

## O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL À LUZ DA LEI 13.964/2019

**MICHELLY RIBEIRO BUENO:**

Bacharelada em Direito pela Faculdade Serra do Carmo - TO.

**Resumo:** Pretende-se com este trabalho, discutir a cerca do instituto do acordo de não persecução penal inserido no ornamento jurídico com a Lei 13.964/2019, que acrescentou o art. 28-A ao Código de Processo Penal analisar e discutir de que ele ajude o sistema penal. Destaca a legislação em vigor, demonstrando como é o funcionamento e os institutos de justiça negocial antes do advento da Lei 13.964/2019. Na composição do trabalho utilizou-se da pesquisa bibliográfica, dissecando o posicionamento da doutrina e jurisprudência nacional.

**Palavras-chave:** Poder; Ministério Público; Acordo.

**Abstract:** The aim of this work is to discuss the institute of the non-criminal prosecution agreement inserted in the legal ornament with Law 13.964 / 2019, which added art. 28-A to the Criminal Procedure Code to analyze and discuss that it helps the penal system. It highlights the legislation in force, demonstrating how it works and the business justice institutes before the advent of Law 13,964 / 2019. In the composition of the work, bibliographic research was used, dissecting the positioning of national doctrine and jurisprudence.

**Keywords:** Power; Public ministry; Wake up.

### 1.INTRODUÇÃO

O presente trabalho traz uma análise acerca do instituto inserido no art. 28-A do CPP, o Acordo de Não Persecução Penal tem como uma alternativa a ampliação da Justiça penal negocial, bem como a alternativas penais para solução de crimes, ao lado da transação penal e da suspensão condicional do processo, trazendo uma nova visão de resolução do conflito. O dispositivo amplia as possibilidades de solução penal que redunde em medidas diversas da prisão, desfogando o sistema prisional já colapsado no Brasil.

Esse novo instrumento penal de justiça consensual e desjudicialização tornam-se necessária devida a crise que vem sendo enfrentada pelo atual sistema de justiça criminal convencional, que tem como objetivo central a penalização do agente, esquecendo-se, assim, da vítima e dos interesses desta, bem como, da função social da pena, permite que a acusação e a defesa encontrem uma solução alternativa ao

processo penal clássico, além de celeridade aos conflitos jurídico penais de menor gravidade.

O tema de justiça consensual ou negociada é matéria que trará grandes mudanças no ordenamento jurídico trazendo uma nova visão de resolução do conflito, não é defender a criminalidade, mas sim formas mais céleres de resoluções de um montante de processos que travam o judiciário trancando pautas e esbulhando o sistema judiciário com recursos intermináveis para resolver pequenas demandas.

Através deste estudo, pretende-se refletir, sobre as normas correntes acerca do tema e se buscará compendiar o atual conjunto normativo que confere ao Ministério Público o poder de negociação.

Para realização desse artigo foi usado o método da revisão de literatura, priorizando autores de direito processual penal, filósofos, sociólogos e criminalistas, pesquisas bibliográficas e em meio eletrônico, analisando também a legislações que abordam o assunto do presente estudo, verifica-se a viabilidade da oferta de alternativas penais à crise de prestação jurisdicional penal, em observância aos princípios constitucionais, aliado à análise das prerrogativas atribuídas ao Ministério Público.

Inicialmente vamos abordar acerca dos institutos de negociação penal e a sua aplicação no âmbito das ações penais antes do art. 28-A do CPP inserido pelo Pacote anticrime, a Lei 13.964 de 2019. Em seguida será analisado Reflexos da Lei nº 13.964/19 o Acordo de Não Persecução Penal como instrumento de justiça penal consensual na seara do processo penal, como forma de superar o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

## **2.AS FERRAMENTAS DESENCARCERADORAS E DE DIREITO NEGOCIAL PENAL ANTES DA LEI 13.964/2019**

O direito penal vem se expandido, no que se diz respeito ao direito negocial, com a tutela de novos bens jurídicos de expansão dos espaços de consenso na justiça criminal brasileira, a partir de novos institutos negociais que diante da possibilidade do reconhecimento de culpabilidade com consentimento do acusado, possa se valer de benefícios, como a redução da sua punição e a evitação do cárcere. O sistema de justiça negocial penal é de origem mais tradicional ligada ao sistema processual dos países de *common law*, sendo bastante utilizado nos Estados Unidos, no chamado *plea bargain*.

Lima (2011) se reporta assim no tocante a tal natureza:

As medidas cautelares não possuem um fim em si mesmas. Não são penas, elas existem para assegurar a aplicação da lei penal ou a eficácia do processo penal ou da investigação ou para evitar novas infrações penais. O processo penal serve para a tutela da liberdade assim como para efetivação do direito de punir do Estado. O Antigo conflito entre liberdade e castigo também está presente nas medidas cautelares. As medidas constituem um meio para que a jurisdição alcance suas finalidades.

Nucci (2011) alude que o sistema penal, com seus princípios constitucionais, está interligado ao penal e seus princípios constitucionais. Portanto, é único o cenário das ciências criminais, regidas que são pelo princípio maior da dignidade da pessoa humana e pelo devido processo legal. O autor preconiza que ninguém será considerado culpado até transito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5.º, LVII, CF). Assim a presunção de inocência é valor absoluto em um Estado Democrático de Direito.

Antes do advento da Lei 13.964/2019 Tínhamos alguns microssistemas de aplicação de instituto de não persecução, notadamente na transação penal prevista na Lei 9.099/1995, aplicada a crimes de menor potencial ofensivo e ainda na colaboração premiada, instituto mais recente e prevista na Lei 12.850/2013. Havia ainda outros institutos que possibilitavam as mesmas consequências da justiça penal negocial, como o livramento condicional, as penas restritivas de direito, o sursis, estes, no entanto, em um sistema diferente de aplicação do institucionalizado pelo art. 28-A da Lei Anticrime.

Antes de adentrarmos no estudo do acordo de não persecução, inaugurado pela lei 13.964/20019, entendemos pela pertinência de um breve relato dos institutos correlatos, ora em consequência, ora em sistemática, anteriores à janeiro de 2020 no Brasil.

## **2.1 TRANSAÇÃO PENAL**

O instituto despenalizador da transação penal está previsto na lei 9.099/1995 especialmente na parte da lei do juizado especial criminal em seu art. 76, Com fundamento no dispositivo legal mencionado Lopes Jr. (2016, Direito processual penal - 13. ed.) conceituou o instituto da transação penal:

“A transação penal consistirá no oferecimento ao acusado, por parte do Ministério Público, de pena antecipada, de multa ou restritiva de direitos. Não há, ainda, oferecimento de denúncia”.

Conforme a Lei, que rege os crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, aqueles com pena máxima de até 2 anos e ainda as contravenções penais. A previsão legal dos crimes nos quais se utiliza o sistema da Lei 9.099/1995 está disposta no art. 61 da mencionada Lei, senão vejamos:

Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. (BRASIL, 1995)

Assim traz alguns institutos que buscam evitar a aplicação da pena por meio de medidas processuais tendentes a evitar o início da persecução penal, com a negociação entre o MP e o acusado na aplicação antecipada de penas restritivas de direitos. Por um lado, o sistema agiliza a aplicação de penas, desafogando o sistema processual, e por outro impede a aplicação de penas privativas de liberdade ao acusado, mantendo ainda a primariedade do acusado.

Na a transação penal o acusado, ao aceitar o acordo, evita o processo penal, sendo beneficiado com uma pena restritiva de direitos mantendo a primariedade, caso aceite, e se preencher os requisitos da Lei 9.099/1995.

Para fazer jus a transação penal o acusado deve ser réu primário, possuir bons antecedentes, e não ter sentença condenatória definitiva transitada em julgado, não poderá o acusado ter sido beneficiado com o instituto nos últimos 5 anos, como preceitua o Art. 76 da Lei 9099/1995. (BRASIL, 1995)

A constituição Federal de 1988 e a Lei do Juizado Especial preveem a Transação Penal nos termos dos artigos 98, inciso I; 2º e 60 na devida ordem. O instituto da transação penal assegura e imediata prestação jurisdicional, garante o acordo entre as partes impedindo condenação penal com seus efeitos, corroborando com a diminuição de custas e diminuição processual para o Estado. (BRASIL, 1998)

## **2.2 A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO**

A Suspensão Condicional do Processo ou sursis processual, prevista no artigo 89 da lei 9.099/1995 é um Instituto despenalizador cabível a determinadas circunstancias e crimes de menor potencial ofensivo e com pena de até um ano.

Segundo Nucci (2011), a suspensão condicional do processo é medida despenalizadora, aplicada quando frustrada a composição e a transação. Pode ser oferecida desde a denúncia até a publicação da sentença

A titularidade da propositura é do órgão ministerial, no oferecimento da denúncia. No entanto, a sua aceitação depende do acusado e de seu defensor. Então, o referido instituto consiste em ato bilateral, ambas as partes poderão ceder para entrar em um acordo. Em audiência inicial do processo o Ministério Público apresenta denúncia propõe poderá propor a suspensão condicional do processo por um período de dois a quatro anos conforme as disposições do art. 89 da Lei n. 9.099.

Essas condições trazidas estão definidas no art.89, §1º L.9.099/95:

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de freqüentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Preconiza o art. 89, § 3º, da Lei 9.099/95 que "a suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano". (BRASIL, 1984).

Passado o período, sem revogação, o juiz declarará a extinção da punibilidade.

Conforme art. 89, § 5º, da Lei 9.099/95, a extinção da punibilidade ocorrerá desde que não revogado o benefício durante o período de prova.

O professor LIMA, Renato Brasileiro (2016), afirmam que a Lei 9.099/1995 trouxe uma importante medida descarcerizadora, que é impossibilidade da imposição de prisão em flagrante ou exigência de fiança, para o acusado do fato que, após a lavratura do termo circunstanciado, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer.

A suspensão condicional do processo destaca-se por afastar o trâmite de uma ação penal, minimizando as consequências da persecução penal, onde que promove a reparação do dano salvo impossibilidade de fazê-lo.



### **.2.3 ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA, LEI 12.850/2013.**

A Lei 12.845/2013 regulou o procedimento do acordo de colaboração premiada que é um instituto criado pela legislação com o objetivo de obter provas a respeito de organizações criminosas, a delação é um instituto de negociação entre o Ministério Público e o acusado em que se possibilita a redução de pena, o perdão e até mesmo a evitação do processo penal, desde que cumpridos os termos de eficiência negociados na mesma. (MARTUCCI E COIMBRA, 2016, p. 2).

O instituto da colaboração premiada esta disciplinada, nos artigos 4º a 7º da Lei 12.850, assim o acordo entre o Ministério Público investigado e os seus advogados que deveram está sempre presentes para auxiliar informar os seus direitos para validade o acordo devera ser assinado pelas partes e por pelo advogado, que será encaminhado ao juiz para a homologação, o juiz não vai analisar o mérito do que foi dito ele não vai analisar o mérito das provas ele não vai dizer se o que é investigado disse é verdadeiro ou falso ele analisa apenas a regularidade a legalidade e a voluntariedade daquele acordo de colaboração premiada, ele analisa os elementos formais para ver se aquele acordo está regular se tem que as assinaturas se têm todos os elementos procedimentais previstas para esse tipo de acordo ele vai analisar a legalidade do acordo e se se os benefícios que o ministério público ofereceu ao investigado são lícitos se todo o procedimento foi feito de acordo com a lei.

A Lei 12.850/13 traz as seguintes hipóteses de consequências:

- 1) redução de um a dois terços na pena;
- 2) perdão judicial;
- 3) conversão em restritiva de direitos;
- 4) redução de até a metade ou progressão de regime, se a colaboração for durante a fase de execução (art. 4o, §5o );
- 5) não oferecimento da denúncia, se antes da propositura da ação penal (art. 4o, §4o ).

Essa última situação, a possibilidade de o Ministério Público deixar de oferecer a denúncia, caso o colaborador preste a delação em primeiro lugar e não for líder da organização criminosa, é possibilidade inovadora no ordenamento jurídico brasileiro, posto que avança na introdução de exceções ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública (SILVA, 2014, p. 41).

Conforme Oliveira Filho (2017):

Não se trata, na maioria dos casos, de instituto que mitigue o princípio da obrigatoriedade, que vincula a atuação penal do MP a regras de impulso e refreamento previstas em nossas regras processuais penais. Trata-se sim de uma mitigação de pena a ser negociada, com possíveis isenções de punição (perdão judicial), a aplicação de causas de diminuição de pena na dosimetria da mesma (até 2/3) ou mesmo a aplicação do benefício da substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, obviamente seguindo-se os limites legais e as regras gerais determinadas pelo Código Penal Brasileiro em sua parte geral.

O principal aspecto da Lei 12.850/2013 é trazer medidas de combate às organizações criminosas, a colaboração premiada é amplamente aceita por diversos países e o Brasil não poderia renunciar a adoção dessa prática que tem demonstrado ser um meio efetivo de combate às organizações criminosas.

## **2.4 PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO**

São espécies de penas alternativas à prisão, as penas restritivas de direitos têm por objetivo evitar o encarceramento de determinados criminosos que hajam cometido infrações penais mais leves (NUCCI, 2009).

São penas restritivas de direitos: a prestação pecuniária, a perda de bens e valores, a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana, conforme o artigo 43 do Código Penal.

O artigo 44 do Código Penal elenca os requisitos a serem observados pelo julgador para o efeito da substituição da pena, que são os seguintes: (a) pena não superior a quatro anos (para crime doloso) ou qualquer pena para crime imprudente; (b) crime complexo não cometido com violência ou ameaça à pessoa; (c) o autor deve ser não reincidente e crime doloso; (d) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, devem indicar que a substituição é suficiente aos fins da pena. (BRASIL, 1998).

De acordo com o art. 44, § 2º, do CP, na condenação igual ou inferior a 1 (um) ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; já se superior a 1 (um) ano, a pena privativa de liberdade poderá ser substituída por 1 (uma) pena restritiva de direitos e multa ou por 2 (duas) penas restritivas de direitos.

Segundo GALVÃO, (2007) as penas restritivas de direitos têm por escopo atingir aqueles delinquentes que possam ser recuperados por meio de outra espécie de coação que não o encarceramento.

## **2.5 SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA – SURSIS PENAL**

A suspensão condicional da pena trata-se de verdadeira medida descarcerizadora ou alternativa à prisão, evitando-se, pois, o desnecessário aprisionamento de condenados que tenham praticado crimes cujas penas sejam de breve duração, consiste na suspensão da execução da pena privativa de liberdade imposta ao condenado, mediante o cumprimento de certas condições. Daí ser chamado de suspensão condicional da pena (NETO, 2012).

Conforme o Art. 77 do Código Penal:

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

O Professor e autor BUSATO, Paulo Cesar (2018), afirma que “é uma medida de política criminal que visa evitar a pena de curta duração e, com isso, os malefícios do processo de dessocialização. Portanto, a aplicação do Sursis se restringe às penas de prisão, não sendo aplicável às penas restritivas de direitos e nem às penas de multa (art. 80 do Código Penal)”.

Ao final da suspensão da pena e observadas obediência das condições impostas ocorrerá a extinção da pena, a maioria doutrinara diz que é um direito subjetivo do condenado, onde presentes os requisitos legais dos sursis deverá ser concedido esse benefício ao sentenciado.

De acordo com o STF e o STJ, a suspensão condicional da pena é um benefício e, ao mesmo tempo, uma forma de satisfação da pena privativa de liberdade imposta ao condenado. É, pois, inegável instituto de política criminal.

## **3.O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO DO ART. 28-A**

O Atual Modelo de poder punitivo não contribuiu para o esvaziamento carcerário do Direito Penal produziram mais delitos do que foi capaz de evitar, surge o acordo de não persecução penal com o objetivo de resolver, extrajudicialmente, uma quantidade expressiva de delitos, aperfeiçoando a política criminal processual e ao melhor aproveitamento dos recursos públicos, escassos por essência, dedicando os às causas penais mais relevantes.

Entre as alterações promovidas no Código de Processo Penal pela Lei 13.964/2019 está o Acordo de Não Persecução Penal, que incluiu no Código de Processo Penal o Art. 28-A que consiste em um instituto de justiça penal negocial celebrado entre o Ministério Público e o acusado e que, uma vez cumprido, ensejará a promoção de arquivamento da investigação, mediante homologação judicial, depois de cumpridas certas obrigações tais quais às penas restritivas de direitos (CABRAL, 2020).

Para CABRAL (2020), existem três requisitos objetivos, o primeiro a premissa do acordo de não persecução penal é o de não ser caso de arquivamento, é preciso o promotor avaliar se é ou não o caso de arquivamento, confissão formal e circunstanciada, infração penal sem violência ou grave ameaça e a pena mínima do crime inferior a quatro anos. O Ministério Público pode propor o não processamento do acusado, desde que ele repare o dano, confesse a prática, preste serviços à comunidade e pague uma prestação pecuniária.

Ainda segundo CABRAL Rodrigo Leite, existem outros requisitos aqui chamados de subjetivos que estabelece que o acusado deve cumprir, a) não ser cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais; b) não ser o investigado reincidente; c) não existirem elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; d) ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e) não ter sido o crime (não contravenção) praticado no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Um marco importante com o acordo de não persecução penal está relacionado ao poder da vítima, onde tem como requisito para que haja o acordo o investigado deverá reparar o dano ou restituir a coisa à vítima e também será informada da homologação e do descumprimento do acordo, conforme inciso I e § 9º do art. 28-A do Código de Processo Penal que diz:

- I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;
- § 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.

O que realmente acontece é que a vítima sofre por parte do sistema processual penal, em muitos casos não recebe informação sobre o andamento do

processo ou de seu resultado, tornando-se apenas um instrumento de obtenção de provas no curso da ação penal:

[...] não obstante o encorajamento para que a vítima tome parte de um interesse que é, em verdade, seu, pode-se concluir que a vítima permanece alheia ao seu próprio conflito, na medida em que terá papel acessório para o desenrolar do processo. [...] a participação da vítima não abrange sequer o contraditório que se espera de um processo penal democrático. O momento processual e a previsão legal podem até existir, no entanto, o que se percebe é a sistemática exclusão da efetiva participação da vítima. (MONTOLLI, 2017, p. 38-39).

A respeito do tema, interessante é a posição formulada por Rodrigo Leite Ferreira Cabral:

[...] o legislador adota essa nova política criminal, que parte da ideia de que a atenuação ou reparação dos danos causados pelas práticas penais redundam em uma evidente celebração de justiça, que indubitavelmente é um dos principais objetivos da pretensão de legitimidade que o nosso sistema penal deve sempre seguir.

Os objetivos do acordo de não persecução penal estão mais condizentes com o que busca a nossa realidade, qual busca não só um encarceramento do acusado, mas a reparação do bem tutelado.

Segundo CUNHA (2020), é possível concluir que a realização de acordos penais no Brasil apesar de não ser a única e suficiente alternativa para a resolução dos graves problemas de nosso sistema afigura-se como uma medida imprescindível e urgente para deflagrar um sério processo de aprimoramento e reforma do modo com que é realizada a nossa persecução penal.

### **3.1 OS CRIMES ABRANGIDOS NO ACORO DE NÃO PERCECUÇÃO PENAL**

Os crimes em que poderá ser proposto o acordo são extensos, pois conforme o art. 28-A aplica-se o acordo, dentre outros, quando o crime for punido com a pena mínima de até 4 (quatro) anos, abrangendo desde crimes cometidos contra o meio ambiente até, lavagem de dinheiro, crimes contra a economia e outros.

O art. 28-A do Código de Processo Penal, não expressa limitação quanto o cabimento do acordo de não persecução penal para os crimes hediondos ou

equiparados, mas na maioria esses crimes são cometidos mediante violência ou grave ameaça, e em muitos a pena mínima cominada é igual ou superior a 4 anos (CABRAL, 2020).

### **. 3.2 A SISTEMÁTICA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO**

Criado pela Lei 13.964/2019 o acordo de não persecução penal, constitui uma marco importante ao Direito Penal consensual negociável, como um instituto despenalizador de maior relevância em nosso ordenamento jurídico.

Preenchidas as condições do art. 28-A, e sendo aceito o acordo, o representante do Ministério Público designará audiência em seu gabinete ou sede da Promotoria para as tratativas iniciais, esse acordo será assinado pelo Ministério Público e pelo autor do fato e pelo seu defensor, que deverá estar presente em todos os atos do acordo. (BRASIL, 2019)

Após o acordo celebrado será o acordo remetido ao juiz para verificação e eventual homologação do acordo, conforme o art. XX. A lei determina que o juiz realize audiência para homologação do acordo para analisar a voluntariedade do autor, analisando ainda se as condições estabelecidas são adequada. Acaso considere inadequadas, insuficientes ou abusivas, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor, conforme prescritos nos § 3º, §4º e §5º do art. 28-A do Código de Processo Penal. (BRASIL, 2019)

Nesta fase o juiz é o garantidor da máxima eficácia do sistema de direitos do acusado, protegendo assim todos os direitos constitucionais a ele garantidos, ademais em nenhuma hipótese o Poder Judiciário poderá deixar de homologar o acorde de não persecução penal por razões que não sejam de legalidade. (BARROS e ROMANIUC, 2019)

O pressuposto de existência do acordo de não persecução penal é que ele seja celebrado pelas partes de maneira voluntaria e informada sempre na presença do seu representante legal, sendo de extrema importância esse pressuposto de validade, deverá ter um duplo controle de voluntariedade, sendo o primeiro realizado pelo Ministério público, que na hora da celebração do acordo de não persecução penal o Promotor de Justiça ou Procurador da república verificará se o investigado, acompanhado do seu defensor está realizando o acordo de forma totalmente voluntária.

Homologado o acordo o Juiz devolvera os autos ao Ministério Público e quem vai presidir a execução do acordo é o júízo da execução penal, o juiz pode se recusar



a homologação quando não atender os critérios de adequação, sendo indeferido a homologação do acordo o Juiz devolverá os autos ao Ministério Público complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia assim alude o § 8º, do art. 28-A do CPP. (BRASIL, 2019)

Uma vez homologado o acordo de não persecução a vítima será intimada para seu conhecimento, e caso o acordo seja descumprido também será intimada para conhecimento dos fatos, conforme redação do § 9º, do art. 28-A do CPP. (BRASIL, 2019).

Assim, sendo concretizado a homologação do acordo de não persecução penal, está autorizado o início do cumprimento ou execução da pena, cuja deflagração deverá ser feita pelo Ministério Público junto ao Juiz de Execuções Penais, conforme o § 6º, do art. 28-A do CPP. O § 10º, art. 28-A do CPP, por sua vez, preceitua que sendo homologado o acordo de não persecução penal e o investigado, injustificadamente, não cumprir as obrigações nele avençadas, o Ministério Público deverá comunicar ao juiz de execução penal, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia. (BRASIL, 2019)

O cumprimento do acordo de não persecução é causa extintiva de punibilidade, conforme estabelece o art. 28-A em seu § 13º do CPP, devendo ser a extinção decretada pelo juízo da execução penal na qual tiver sido homologado o acordo de não persecução.

Estando presente todos os requisitos para o oferecimento do acordo de não persecução, e não sendo o mesmo proposto pelo Ministério Público, preceitua o art. 28-A em seu § 14 que o investigado poderá requerer a remessa ao órgão superior, equivalente ao princípio devolutivo do art. 28 do CPP. (BRASIL, 2019)

## CONCLUSÃO

No Brasil temos 7,8 milhões de ações penais em andamento, de acordo com os últimos dados Nacional de Justiça, dos quais 91,3% tramitou na justiça estadual é preciso encontrar uma solução ou minimizar essa situação, o acordo de não persecução surge como uma solução, que representará uma grande mudança no Sistema Judiciário Penal Brasileiro.

O ordenamento jurídico brasileiro a quase sempre é uma justiça conflitiva uma justiça que incentivam o conflito entre acusação e defesa que não permiti o promotor e advogado negociarem a solução da lide, sendo sempre esse conflito decidido no final pelo juiz da causa, o acordo de não persecução penal traz o marco de justiça consensual que autoriza as partes a negociarem a solução da lide, é um instrumento

uma ferramenta de expressão de suma importância e moderna que ganha a sociedade, porque ganha a celeridade na resposta da justiça criminal, que hoje é notadamente uma justiça mais lenta.

O sistema de justiça brasileiro tem como forma de aplicação de pena ao infrator, e não em reparação ao dano por ele causando, o acordo de não persecução penal vai inserir a vítima, que já foi há muito tempo esquecida no processo penal e agora ela está sendo lembrada e ela é um personagem principal o acordo de não persecução penal ele pressupõe a reparação do dano à vítima, terá seu dano devidamente reparado e não é pela justiça extra-penal não é pela Justiça Cível é pela justiça penal.

Historicamente há existência de uma crise dos sistemas penais, que vão desde sua superlotação a falta de estrutura e pessoal, não uma reeducação do apenado e sim apenas um encarceramento, a forma de Justiça Negocial trazida com o acordo de não persecução penal trará soluções aplicáveis ao sistema, desburocratizando e desencarcerando o sistema judiciário penal.

Por vim o do acordo de não persecução penal em nosso ordenamento jurídico, visa superar apenas o caráter punitivo do sistema penal convencional, devolvendo às partes a competência de resolução dos conflitos de forma efetiva.

#### BIBLIOGRAFIA

ECHARA, Fábio Ramazzini. **Juiz deve controlar legalidade de investigação criminal, não ser protagonista**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-nov-21/fabio-becharajuiz-nao-protagonista-investigacao>. Acesso em 04/02/2020

Segurança Pública. 12<sup>a</sup> edição. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <[http://www.forumseguranca.org.br/wpcontent/uploads/2018/08/FBSP\\_Anuario\\_Brasileiro\\_Seguranca\\_Publica\\_Infogr%C3%A1fico\\_2018.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/wpcontent/uploads/2018/08/FBSP_Anuario_Brasileiro_Seguranca_Publica_Infogr%C3%A1fico_2018.pdf)>. Acesso em: 13 fev. 2019

ADVOCACIA, L. F. P. JusBrasil, 2020. Disponível em: <<https://drluizfernandopereira.jusbrasil.com.br/artigos/806119653/analise-critica-sobre-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-inserido-pelo-pacote-anticrime-lei-13964-2019>>. Acesso em: 9 maio 2020.

BUSATO, P. C. **Direito Penal - Parte Geral**. IV. ed. [S.l.]: Atlas, v. 1, 2018.

CABRAL, R. L. F. **Manual de Não Persecução penal**. 1<sup>a</sup>. ed. Salvador Bahia: JusPODIVM, v. I, 2020.

COSTA, E. F. D. **Âmbito Jurídico**, 2019. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-constitucionalidade-do-acordo-de-nao-persecucao-penal/>>. Acesso em: 12 MARÇO 2020.

DEMERCIAN, P. H. **Teoria e Prática dos Juizados Especiais Criminais**. 12008 (1 de janeiro de 2008). ed. [S.l.]: Forense, v. I, 2008.

MOREIRA, R. D. A. Lex Magister. **Lex Magister**, 2020. Disponível em: <[http://www.lex.com.br/doutrina\\_27974797\\_O\\_ACORDO\\_DE\\_NAO\\_PERSECUCAO\\_PENAL.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_27974797_O_ACORDO_DE_NAO_PERSECUCAO_PENAL.aspx)>. Acesso em: 16 ABRIL 2020.

SILVA, E. A. D. **Organizações Criminosas - Aspectos Penais e Processuais da Lei Nº 12.850/13**. 1ª. ed. São Paulo: Atlas, v. I, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2014, p. 1.406.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada. Legitimidade e Procedimento**. Curitiba: Juruá, 2013.

NUCCI, G. **Pacote Anticrime Comentado**. 1ª. ed. São Paulo: GEN - Forense Universitária, v. I, 2020.

## **ATUAÇÃO ATIVA DO JUIZ EM INOBSERVÂNCIA AO SISTEMA ACUSATÓRIO E AS INOVAÇÕES PROMOVIDAS PELO PACOTE ANTICRIME**

**VINÍCIUS AQUINO DE CASTRO:**  
Acadêmico de direito da Faculdade Serra do Carmo – FASEC

**NAJLA LOPES CINTRA**

(Orientadora)

**RESUMO:** O presente artigo tem por objeto a análise do processo penal diante de um Estado Democrático de Direito, vislumbrando que sua função é o resguardo dos direitos e garantias fundamentais, de modo que a busca incessante pela verdade material não se adequa a um processo penal humanitário. Partindo dessa linha fora verificada a existência de algumas anomalias positivadas no ordenamento jurídico brasileiro como atribuir ao juiz poder requisitório para deflagração de investigação criminal, bem como a gestão de provas concentradas em suas mãos fazendo alusão ao princípio inquisitorial. Assim fora possível verificar a não compatibilidade de alguns dispositivos do Código de Processo Penal Brasileiro com as normas constitucionais, internacionais e a princípios basilares inerentes a todos os seres humanos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sistema Acusatório. Sistema Inquisitivo. Participação ativa do magistrado. Constituição Federal.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to analyze the criminal process in the face of a Democratic State of Law, envisioning that its function is to safeguard fundamental rights and guarantees, so that the incessant search for material truth is not suitable for a humanitarian criminal process. Starting from this line, it was verified the existence of some anomalies positivized in the Brazilian legal system, such as giving the judge the requisite power to start a criminal investigation, as well as the management of evidence concentrated in his hands, alluding to the inquisitorial principle. Thus, it was possible to verify the non-compatibility of some provisions of the Brazilian Criminal Procedure Code with the constitutional, international norms and basic principles inherent to all human beings.

**KEYWORDS:** Accusatory system. Inquisitive System. Active participation of the magistrate. Federal Constitution.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho faz abordagem dos sistemas processuais penais no Brasil, firmando o entendimento que em qualquer país democrático deve vigorar o princípio do dispositivo. Logo não é justificado nem adequado algumas situações previstas no Código de Processo Penal Brasileiro em que o magistrado tem participação ativa na investigação criminal e na instrução processual.

Nessa linha de raciocínio, fora verificado que a legislação processual sofreu mudança bem significativa. A Lei Federal 13.964/2019, conhecida popularmente como Pacote Anticrime estabeleceu expressamente a adoção do sistema acusatório no Brasil, que ainda tem resquícios do sistema inquisitivo e da mesma forma modificou, em casos específicos, a atuação do poder judiciário. Logo, verificou-se a inadequação de algumas situações com o ordenamento jurídico brasileiro.

### 1. CONTEXTO HISTÓRICO E ORIGEM

O Direito Processual Penal se caracteriza como um conjunto de procedimentos e ritos pré-estabelecidos a que os aplicadores do direito devem observância, para que ao fim da instrução criminal seja o eventual infrator condenado ou absolvido. Assim o processo penal é utilizado para aplicação prática do direito material, ou seja, aplicação do Código Penal ao caso concreto. Nesse sentido leciona Renato Brasileiro de Lima:

A partir do momento em que alguém pratica uma conduta delituosa prevista no tipo penal, este direito de punir desce do plano abstrato e se transforma no *jus puniendi in concreto*. O Estado, que tinha até então um poder abstrato, genérico e impessoal, passa a ter uma pretensão concreta de punir o suposto autor do fato criminoso. (2014, 43).

Objetivando a modernização do sistema penal e processual penal surgiu a Lei Federal nº 13.964/2019 mais conhecida como Pacote Anticrime, concretizando o conjunto de alterações na legislação brasileira que visa a aumentar a eficácia no combate ao crime organizado, ao crime violento e à corrupção, além de reduzir pontos de estrangulamento do sistema de justiça criminal. A referida lei promoveu diversas mudanças no Código Penal, Código de Processo Penal, bem como Legislações Penais e Processuais Penais Extravagantes.

Alguns pontos se encontram com aplicabilidade suspensa pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no bojo das Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6298/DF, como a figura do Juiz de Garantias, novo procedimento para arquivamento do Inquérito Policial, prazo para realização de Audiência de Custódia, etc. No entanto, há novidades que já estão em plena validade, haja vista que as normas processuais têm aplicabilidade imediata. Uma das alterações relevantes para o presente artigo foi a vedação para que o juiz determine a prisão preventiva de ofício, salvo em algumas exceções que serão tratadas adiante, em contraste ao que era previsto anteriormente. Logo, pode-se concluir que o Código de Processo Penal, apesar de resquícios do sistema inquisitivo, adota o sistema processual acusatório em harmonia com a Constituição da República Federativa do Brasil.

Consubstanciado a isso fora criado o artigo 3º-A, prevendo expressamente que o Código de Processo Penal Brasileiro adota o sistema acusatório, todavia o referido artigo encontra-se com eficácia suspensa, por medida cautelar proferida no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6298/DF, sob o argumento que o artigo 3º-A do Código de Processo Penal, são normas que dispõem sobre organização judiciária, logo a iniciativa legislativa para dispor sobre o respectivo tema seria do Poder Judiciário, nos termos do artigo 96 da Constituição Federal. Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal compartilha o seguinte entendimento:

A criação do juiz das garantias não apenas reforma, mas refunda o processo penal brasileiro e altera direta e estruturalmente o funcionamento de qualquer unidade judiciária criminal do país. Nesse ponto, os dispositivos questionados têm natureza materialmente híbrida, sendo simultaneamente norma geral processual e norma de organização judiciária, a reclamar a restrição do artigo 96 da Constituição. (ADI 6298/DF, Rel. Min. Luiz Fux, MEDIDA CAUTELAR, j. 22/01/2020).

Desta forma, percebe-se o Código de Processo Penal percorre em direção ao Sistema Acusatório, sendo que não fora expressamente disciplinado devido a situações meramente formais.

## **2. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS**

O processo penal pode ser orientado pelo sistema inquisitivo, acusatório e misto. O princípio adotado no momento de elaboração das leis influenciará diretamente o procedimento a ser seguido na investigação criminal e persecução penal, pois ambos têm características próprias.



Assim, torna-se essencial a análise, observância e cumprimento, por parte dos aplicadores do direito, tendo em vista que o direito de defesa é diretamente impactado a depender do princípio orientador.

## 2.1 SISTEMA INQUISITIVO

O sistema inquisitivo ou inquisitorial, tem origem no direito canônico a partir do século XIII, sendo posteriormente propagado pela Europa, aplicando-se aos tribunais civis até o século XVIII.

Tem por características, segundo Ênio Walcacer Oliveira Filho a “concentração da gestão de provas na mão de uma só pessoa, que acaba concentrando as demais funções: investigar, acusar e julgar” (2016, 14), assevera ainda que tem como particularidade a “inobservância de garantias do acusado”.

Outrossim, o respectivo modelo é caracterizado por certo autoritarismo por parte do detentor do poder punitivo, podendo ser considerado como um sistema não recomendável nas localidades em que se adota o regime democrático, tendo em vista que não há contraditório não pode o acusado contradizer os fatos apresentados pelo juiz inquisidor a quem compete investigar, acusar e julgar, ou seja, pode-se deduzir que indivíduo já iniciava o processo praticamente condenado. Nessa linha de raciocínio José Laurindo de Souza Neto adverte que:

O processo tipo inquisitório puro é a antítese do acusatório. Nela não há o contraditório, e por isso mesmo, inexistem regras de igualdade e liberdade processual. As funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas em uma só pessoa: o juiz. É ele quem inicia, de ofício, o processo, quem recolhe as provas e quem, ao final, profere a decisão, podendo, no curso do processo submeter o acusado a torturas (na origem), a fim de obter a rainha das provas: a confissão. O processo é secreto e escrito, nenhuma garantia se confere ao acusado. (2003, 25).

Portando, pode-se concluir que o respectivo sistema viola diretamente garantias básicas inerentes a todos os indivíduos, inobservando normas fundamentais estabelecidas na Constituição da Federal como o princípio do contraditório, ampla defesa, etc. Nessa linha, Renato Brasileiro de Lima, sustenta que “no sistema inquisitorial, o acusado é mero objeto do processo, não sendo considerado sujeito de direitos” (2014, 20).

Contemporaneamente, ainda se verifica que o presente princípio vem influenciando a atuação do magistrado, como a determinação de produção

antecipada de provas (artigo 156, inciso I, CPP), a requisição de instauração de inquérito policial (artigo 5, inciso II). Situações que não devem prosperar na persecução penal contemporânea, como será demonstrado adiante.

## **2.2 SISTEMA ACUSATÓRIO**

De modo diverso, o sistema acusatório, originário do direito grego, caracteriza-se pela divisão específica das funções de acusar, defender e julgar. Assim a gestão de provas caberia às partes, sendo devido ao juiz a garantia das regras previstas na legislação.

Segundo Ferrajoli, o sistema acusatório é caracterizado pela “separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade de armas entre acusação e defesa e a publicidade e oralidade do julgamento” (2006, 518). Logo, evidencia-se o sistema mais adequado a ser adotado em um país democrático, tendo em vista que ao Estado é vedado submeter indivíduos a julgamento arbitrário e nada imparcial, de modo diverso deve separar claramente as funções atribuídas a cada instituição, bem como promover possibilidade do acusado contradizer e apresentar fatos e provas capazes de esclarecer a verdade das ocorrências

O respectivo sistema é predominantemente adotado no Brasil, podendo-se inferir que a Constituição da República Federativa do Brasil o professa, conferindo ao Ministério Público a titularidade da ação pública, conforme estipula o artigo 129, inciso I, da CRFB: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”. Consubstanciado a isso, deve-se observar a inércia de jurisdição, de modo que a ação penal só se iniciará por impulso do *parquet* ou da parte privada, logo as funções institucionais de investigar, acusar a julgar são bem definidas e especificadas.

Do mesmo modo, verifica-se que com advento da Lei Federal nº 13.964/2019, que alterou o artigo 311 do CPP, vedando desde logo a decretação de prisão preventiva pelo juiz de ofício, bem como a inclusão do artigo 3-A, que despeito de se encontrar com eficácia suspensa pela ADI nº 6298/DF, previa expressamente que o Código de Processo Penal brasileiro adota o sistema acusatório, demonstrando-se cabalmente a intenção de regulamentação do respectivo princípio.

## **2.3 SISTEMA MISTO OU FRANCÊS**

O sistema misto ou francês trata-se da fusão dos modelos inquisitorial e acusatório, que surgiu com o *Code d'Instruction Criminelle* francês, dividindo o processo em duas partes: a primeira se constitui a fase inquisitorial, sem acusação e sem contraditório, objetivando a colheita de elementos informativos para apuração

da materialidade do fato criminoso; já na segunda fase, de caráter acusatório, é oferecida a acusação concedendo oportunidade de defesa ao réu e sendo julgado por um juiz imparcial, vigorando a publicidade e oralidade.

Segundo Renato Brasileiro de Lima (2014, 47), quando o Código de Processo Penal entrou em vigor, prevalecia o entendimento que o sistema previsto nele era o misto, em que durante a realização da primeira fase prevalecia o caráter inquisitório, sem acusação e sem defesa, já na segunda fase prevalecia o sistema acusatório com acusação e defesa, prevalecendo a publicidade e oralidade. Todavia com advento da Carta Magna de 1988, o referido entendimento foi mudado, tendo em vista que fora predominantemente adotado o princípios acusatório, podendo ser observado diante da clara separação de funções, sendo incumbência dos órgão policiais a investigação criminal (artigo 144, CRFB), ao Ministério Público compete a promoção da ação penal pública (artigo 129, inciso I, CRFB), já o direito de defesa é exercido por advogados ou pela Defensoria Pública (artigos 133 e 134 da CRFB), por fim ao Poder Judiciário é atribuído a função judicante, conforme se infere das regras de competência estabelecidas do artigo 101 ao 126 da Constituição Federal.

### **3. INOVAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI Nº 13.964/2019**

Algumas inovações promovidas pelo pacote anticrime corroboraram a consagração do sistema acusatório no processo penal, sendo vedado então a participação ativa do juiz na fase de investigação.

Inicialmente, é essencial a reflexão sobre o artigo 3º-A, com eficácia suspensa pelo o Supremo Tribunal Federal. O referido item contém a seguinte redação *O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação*, veja-se que fora expressamente previsto o sistema processual utilizado no Brasil, vedando o envolvimento ativo do juiz na fase de investigação e na persecução penal.

A segunda alteração relevante foi a nova redação dada pelo artigo 311 *Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade polícia*, percebe-se que a partir de agora é vedado ao juiz a decretação de prisão preventiva de ofício, salvo nos casos de descumprimento de medidas cautelares (artigo 312, §1), e no caso de revogação da preventiva, que sobrevierem razões que a justifique nova decretação (artigo 316). Assim, evidencia-se que legislador ao realizar as presentes modificações legislativas fizera-a em respeito ao sistema acusatório, colaborando para sua consagração. Todavia há a necessidade de mudanças mais abrangentes no Código de Processo

Penal, para que seja vedado a participação ativa do juiz, em respeito ao princípio da inércia de jurisdição.

### **3.1 PARTICIPAÇÃO ATIVA DO JUIZ E A INTERPRETAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

Durante a investigação criminal e a persecução penal há diversos artigos que permitem iniciativa do juiz, fazendo-se lembrar do obsoleto sistema inquisitorial. Parte da doutrina sustenta a referida conduta com base no princípio da busca da verdade e do livre convencimento motivado. Todavia é inadmissível a utilização dos referidos princípios em detrimento da ampla defesa, da presunção de inocência, etc. O magistrado que participa da investigação e da persecução penal tende a se contaminar pelos fatos promovidos pela acusação, logo acaba não realizando um julgamento justo e imparcial. Nessa linha, assegura Aury Lopes Junior que:

Foi desacreditado – principalmente por incidir em um erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar” (2007, 68).

Dentre os artigos do Código de Processo Penal, em que o magistrado tem atuação mais incidente, pode-se citar o artigo 5º, inciso II, que leciona da seguinte forma:

Art. 5º nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: II- mediante requisição da autoridade judiciária, ministério público, a requerimento do ofendido ou quem tenha qualidade para representa-lo.

Inicialmente, cabe discorrer sobre a função atribuída ao Inquérito Policial no âmbito da persecução penal. Segundo Renato Brasileiro de Lima “a investigação criminal tem por objeto a obtenção de dados informativos para que o órgão acusatório examine a viabilidade de propositura de ação penal” (2014, 108).

Desta maneira, cristalina é a finalidade do inquérito, que seria o colhimento de elementos informativos para que o Membro do Ministério Público decida sobre eventual propositura de ação penal ou seu arquivamento. Portanto, o poder requisitório para instauração de procedimento investigativo é exclusivo do *parquet*, que somente neste caso a Autoridade Policial seria obrigado a deflagrar investigação criminal, caso o requerimento seja eivado de legalidade, por outro lado caso o magistrado tenha ciência de fato criminoso esse não poderá requisitar sua instauração deverá, tão somente, informar ao Delegado competente ou ao Ministério

Público para que se proceda como julgar conveniente. Reforçando essa ideia, convém memorar que o Ministério Público é o titular da ação penal, logo caso a instituição não a proponha e requeira seu arquivamento, de acordo com a nova redação atribuída ao artigo 28 do CPP, não caberia ao magistrado nem mesmo a homologação, sendo competente para isso o conselho do próprio Ministério Público. Ocorre que o respectivo artigo se encontra com eficácia suspensa pelo Supremo Tribunal Federal, utilizando-se assim a antiga regra do artigo 28, em que o arquivamento solicitado pelo membro do órgão acusatório seria homologado pelo judiciário e caso este não concorde remeteria os autos para o procurador-geral, que ofereceria a ação ou designaria outro membro e caso o novo membro designado ou o próprio Procurador-Geral requeresse o arquivamento da ação o juiz não poderia recusar seu pedido, assim, conclui-se que o poder judiciário não pode intervir diretamente na ação penal de forma a ditar o procedimento a ser realizado. Pensamento semelhante acontece com o inquérito, que serve para embasá-la, assim não pode o judiciário requer sua instauração, como mencionando anteriormente, deve apenas informar aos órgãos competentes para que se promova investigação criminal ou ação penal, pois o magistrado não detém poder requisitório para obrigar a Autoridade Policial a iniciar procedimento investigatório, papel este do Ministério Público.

Corroborando com essa ideia, é indispensável lembrarmos que conforme dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça, no âmbito federal e estadual apenas 13% das varas são exclusivamente criminais, logo na maior parte dos casos o magistrado que eventualmente requeira a instauração de um procedimento investigativo poderá ser o mesmo que ao final do processo irá proferir sentença, podendo se contaminar e não atuar de forma imparcial, assim seria visto com bons olhos a figura do “juiz de garantias”, como forma de separar as funções e promover independência e a imparcialidade na atuação judicante. Veja a tabela apresentada pelo Conselho Nacional de Justiça:

**Tabela 1 - Número de unidades judiciárias**

Segmento de Justiça	Juízo Único	Criminal Exclusiva	Criminal Cumulativa	Não Criminal	Total
Justiça Estadual	1.920 (19%)	1.360 (14%)	1.620 (16%)	5.146 (51%)	10.046
Justiça Federal	196 (20%)	33 (3%)	198 (20%)	566 (57%)	993
Total Geral	2.116 (19%)	1.393 (13%)	1.818 (16%)	5.712 (52%)	11.039

Fonte: CNJ / DPJ. Módulo de Produtividade Mensal. Elaboração própria.

Convém lembrar que recentemente ocorreu no Brasil uma verdadeira anomalia jurídica. O Inquérito nº 4.781 instaurado pelo Supremo Tribunal Federal e



conduzido pelo ministro relator Alexandre de Moraes para apurar eventuais crimes cometidos em desfavor da instituição, logo a própria vítima conduzirá o inquérito, bem como irá proferir sentença absolutória. Desta forma, pode-se observar que os acusados sofrerão enorme prejuízo em relação a seu direito de defesa, haja vista que a imparcialidade dos responsáveis poderá estar afetada, ressalta-se que o Procurador-Geral da República, titular da ação penal, requereu o arquivamento do respectivo inquérito, todavia o pedido não fora atendido pelo Supremo.

Outrossim o artigo 156, inciso I, do CPP, assegura que os membros do poder judiciário poderão ordenar a produção antecipada de provas que julgar urgente e relevantes, todavia não fora especificado pelo Código de Processo Penal quais seriam estas provas urgentes e relevantes, cabendo a doutrina discorrer sobre estas de forma subjetiva. O inciso II do mesmo artigo estabelece que pode o juiz, de ofício, determinar no curso da instrução ou antes de proferir a sentença a realização de diligências. Diante disso, torna-se necessário demonstrar o ensinamento partilhado por Coutinho (2001, 28), afirmando que “a gestão da prova, na forma pela qual ela é realizada, identifica seu princípio idealizador”. Logo, pode-se concluir que o sistema adotado pelo processo penal não se restringe simplesmente na separação das funções, mas sim na gestão das provas, que deve ser tarefa atribuída às partes, figurando o juiz somente como garantidor dos princípios fundamentais como da ampla defesa, contraditório, dentre outros, afastando-se da figura de protagonista em respeito à inércia de jurisdição.

Não se pode negar que o Código de Processo Penal Brasileiro fora elaborado no ano de 1941, ainda sobre a vigência da Constituição de 1937, objetivando a eficiência repressiva do Estado. Ocorre que, com advento da Constituição Federal de 1988 fora trazido um novo arcabouço democrático e garantista, deixando o processo penal de ser apenas a exteriorização do poder punitivo e passando a figurar também como instrumento de proteção. Logo, pode-se concluir que os respectivos artigos supracitados além de ultrapassados são incompatíveis com a nova Carta Magna, haja vista que a mesma vem adotando predominantemente o sistema acusatório.

Desta forma, os operadores do direito ao realizar interpretação do Código de Processo Penal deve observar as peculiaridades descritas acima, segundo Fernando Capez (2012, pág. 32) “interpretar é a atividade que consiste em extrair da norma seu exato alcance e real significado”. Assim, ao se interpretar o processo penal, deve-se buscar a vontade do ordenamento jurídico, utilizando-se como parâmetro a Constituição Federal, realizando uma interpretação teleológica como forma de atingir a finalidade para qual a norma foi editada, efetuando de modo restritivo a mitigação da atuação do magistrado ativamente na investigação e na persecução penal, do mesmo modo interpretando extensivamente a legislação (artigo 3º, CPP),



para que a vontade da lei seja atendida, consagrando de modo mais incidente o sistema acusatório, em respeito à Constituição e ao princípio da inércia de jurisdição.

#### **4. A BUSCA DA VERDADE E A NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS**

Inicialmente, conforme leciona Renato Brasileiro de Lima, prevalecia o seguinte entendimento:

No âmbito do processo penal vigora o princípio da verdade material também conhecido como princípio da verdade substancial. A descoberta da verdade a qualquer preço, era indispensável para realização da pretensão punitiva do Estado (2014, 71).

Desta forma o juiz seria dotado de amplos poderes na instrução, objetivando o descobrimento da verdade, tendo em vista que a liberdade, direito fundamental de grande relevância, estaria em discussão. Logo, para se realizar a busca da verdade substancial, deveria o processo penal se adequar de forma mais próxima ao que realmente ocorreu, justificando-se a adoção de procedimento arbitrários.

Ocorre que houve certa mudança de entendimento doutrinário, sendo defendido pela maior parte dos estudiosos que atualmente vigora o princípio da verdade, não sendo necessário a procura da verdade material. O respectivo princípio se fundamenta no artigo 156 do Código de Processo Penal, permitindo, em tese, que o poder judiciário elabore provas de ofício, desde que na fase processual.

No entanto, deve-se observar que a adoção do princípio acusatório tanto pelo Código de Processo Penal como pela Constituição Federal não parece ser conveniente que o poder judiciário assumira diretamente a gestão de provas, não só na fase de investigação criminal, mas também na fase da persecução penal.

Desse modo, conforme entendimento partilhado tanto pela doutrina como pela jurisprudência não há direitos absolutos, salvo a vedação da tortura e escravidão. Assim, quando se estiver diante de princípios que se colidem deve-se realizar ponderação deles para que um não seja totalmente sacrificado em detrimento do outro. Desta forma, a busca da verdade não pode se sobrepor ao Princípio da Presunção de Inocência (artigo 5º, inciso LVII, CRFB), Princípio do Devido Processo Legal (artigo 5º, inciso LIV, CRFB), Princípio do Contraditório e Ampla Defesa (artigo 5º, inciso LV, CRFB), Princípio da Vedação de Provas Ilícitas (artigo 5º, inciso LVI, CRFB). Ressalta-se que a função do processo penal há muito tempo deixou de ser a busca da condenação do indivíduo. O que se busca, na verdade, é a aplicação do direito material, seja para condenar ou para absorver o réu, portanto o processo

penal não deve ser instrumento de busca da verdade a todo custo, mas sim proteção das garantias constitucionais intrínsecas a todos os seres humanos como forma de proteção aos abusos do poder estatal.

## **DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do exposto, conclui-se que diante da nova Constituição Federal de 1988, bem como diante das diversas inovações promovidas pelo Código de Processo Penal não parece adequado ao magistrado participar ativamente da investigação criminal, instrução processual penal, nem mesmo da gestão de provas.

No curso da investigação criminal é sabido que o juiz não está impedido de atuar na fase investigatória. Mas essa atuação só pode ocorrer mediante prévia provocação das partes, tendo em vista que após a realização de diligências decretadas de ofício na fase investigatória não se pode negar que o magistrado fique envolvido psicologicamente com a causa, colocando-o em situação propensa a julgá-la de forma imparcial, prejudicando profundamente as partes envolvidas.

Assim, quando um fato criminoso for levado diretamente ao judiciário, deve o juiz remeter os autos aos órgãos incumbidos da investigação criminal e ao titular da ação penal para que se proceda de forma legal, não podendo exercer poderes requisitórios atribuídos erroneamente pelo artigo 5º do Código de Processo Penal.

Raciocínio semelhante partilha-se quanto a sua atuação na persecução penal, não podendo assumir uma figura ativa determinando a realização de atos não requeridos pelas partes, deve sim atuar como um garantidor dos princípios do processo penal para que um não seja totalmente sacrificado em detrimento do outro, pois se o objetivo do juiz for de buscar provas para condenar o acusado configura direta violação ao sistema acusatório, bem como ao Estado Democrático de Direito. Nessa fase o magistrado deve adotar uma posição prudente, imparcial, garantista e acima de tudo inerte em respeito ao princípio básico atribuído ao poder judicante, deixando a produção e gestão de provas como incumbência das partes.

Reforçando essa ideia fora editada a Lei Federal 13964/2019, que inseriu expressamente a adoção do sistema acusatório, ocorre que estar com eficácia suspensa pelo Supremo Tribunal Federal em decisão proferida na ADI nº 6.298/DF, ademais observa-se outra mudança legislativa proibindo ao magistrado a decretação exclusivamente de ofício de prisão preventiva (artigo 311 CPP). Percebe-se a busca do legislador brasileiro para consagração do sistema acusatório no processo penal objetivando sua efetivação em harmonia com a Carta Magna. Logo, deve-se realizar interpretação teleológica como forma de atingir a finalidade para qual a norma foi

editada, efetuando de modo restritivo a mitigação da participação ativa do magistrado na investigação e na persecução penal.

Desta forma, conclui-se que o processo penal há muito tempo deixou de ser a mera exteriorização do poder punitivo estatal. Sua função certamente é a aplicação do direito material, em observâncias aos princípios básicos inerentes a todos os seres humanos como forma de protegê-los contra o abuso do poder estatal. Caso isso não seja buscado não há necessidade de existência de um processo penal, pois estaríamos remetidos aos períodos mais arcaicos vividos pela sociedade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 4.781/2019 – SIGILOSO.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Processual Penal**. 19ª edição, 2012, pág. 32 e 46.

CNJ mostra que 20% das varas têm um só juiz, metade do que disse Moro. **Consultor Jurídico**, 05 de janeiro de 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jan-05/cnj-mostra-20-varas-juiz-metade-disse-moro>. Acesso em: 01 jun. 2020.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Papel do Novo Juiz no Processo Penal**. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.) **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 28.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 518.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. rev. e atual. – Salvador: Juspodivm, 2013, p. 20, 43, 47, 71, 108.

LOPES Jr, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**: volume I. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 68.

OLIVEIRA FILHO, Ênio Walcácer. **Elementos do Processo Penal**. Vol. 1, Palmas: 2016, p. 14.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo Penal: Sistemas e Princípios**. Curitiba: Juruá, 2003, pág. 25.

STF. DIREITO PROCESSUAL PENAL. ART. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F DO CPP: ADI nº 6.298/DF, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 22/01/2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2020



## REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA: A DISPUTA DOMINICAL ENTRE UNIÃO E ESTADO DO TOCANTINS

**KAREN CRISTINA BUGANO:**

Acadêmica de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

ROGER RODRIGUES LIPPI<sup>[1]</sup>  
(orientador)

**RESUMO:** O presente artigo abordará o estudo bibliográfico e os Decretos de Lei nº 1.164/71 (revogado) e o Decreto de Lei nº 2.375/87, que revogou o anterior já mencionado, e seus efeitos diante da regularização fundiária na Amazônia Legal, com o foco no Estado do Tocantins. Buscando desta forma, compreender o embate entre União Federal e o Estado do Tocantins, no instituto jurídico das terras devolutas, que estão localizadas as margens da BR-153, popularmente conhecida como Belém-Brasília, a 100 km de cada lado, desde a época do Norte Goiano, até 1988 quando foi constituído o mais novo estado do Brasil, gerando com isso, algumas ações cíveis originárias até meados do século XXI.

**PALAVRAS-CHAVE:** Amazônia Legal; Regularização Fundiária; Rodovia Federal BR-153; Tocantins.

**ABSTRACT:** This article will address the bibliographic study and Law Decrees nº 1,164 / 71 (repealed) and Law Decree nº 2,375 / 87 that revoked the previous mentioned, and its effects in the face of land regularization in the Legal Amazon, with a focus on Tocantins State. In this way, seeking to understand the clash between the Federal Union and the State of Tocantins, in the legal institute of vacant lands that are located on the bank of the BR-153, popularly known as Belém-Brasília, 100 km on each side, since the time of the north Goiano, until 1988 when the newest state of Brazil was constituted, thus generating some civil lawsuits originating until the middle of the 21st century.

**KEYWORDS:** Legal Amazon; Land Regularization; Federal Highway BR-153; Tocantins.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A Regularização Fundiária na Amazônia Legal. 2. Breve Análise Legislativa das Terras Devolutas na Amazônia Legal: um conflito fundiário entre o Estado e a União. 3. Análise dos Discursos e Argumentos do Supremo Tribunal Federal. 4. A Medida Provisória nº 910 e suas Inovações. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

## INTRODUÇÃO

Este artigo investiga alguns fatos históricos que ocorreram por volta de 1971, e que para muitas pessoas, esses fatos são tão presentes nos dias atuais que não parece ter um futuro diferente, mesmo com o passar de algumas décadas, pois estão interligados e vividos nos dias de hoje. A história narra os acontecimentos para que possamos ter embasamento, conhecimento da transformação da sociedade, do indivíduo, normas, e assim por diante. O presente artigo científico, compreendendo o Direito como um fato social[2], busca esclarecer as incongruências decorrentes da omissão do Estado, no que tange a regularização fundiária na Amazônia Legal, com foco na região do Estado do Tocantins, e primordialmente a partir da análise legislativa e do discurso jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

A propriedade rural no Brasil começa com o Tratado de Tordesilhas, com a divisão de terras em capitanias hereditárias. Essa colonização foi feita pelos donatários, e as pessoas que produziam na área, eram os sesmeiros que pagavam tributos por essas terras, com isso originou sesmaria, e quem as recebia, tinha o domínio útil; quem não pagava, teria a pena de comisso, ou seja, devolvia as terras, e aqui surgem as terras devolutas. Esse problema de domínio[3] está entranhado no contexto histórico e jurídico até hoje. Essa parte encontra-se com aprofundamento no primeiro momento desse artigo.

As terras devolutas, que enquanto objeto deste estudo, ficam localizadas dentro da Amazônia Legal, no Estado do Tocantins, as margens da rodovia federal BR-153, popularmente conhecida como Belém – Brasília, situadas a 100km tanto, da margem direita, quanto da esquerda, gerando questionamento jurídico acerca da federalização das terras amazônicas.

Esse problema fundiário vem muito antes da divisão do Estado do Goiás para Tocantins, a União e o Estado tem conflitos de competência e os particulares ficam à mercê do judiciário na decisão quanto essas terras. Diante dos fatos o presente estudo pretende compreender os dispositivos jurídicos e buscar investigar cientificamente de quem é a competência nessas áreas que ficam as margens da BR-153 no Tocantins e qual o entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF, quanto a essa questão fundiária.

A pesquisa científica utilizou-se da metodologia indutivo e/ou o dedutivo que são instrumentos da pesquisa científica. A abordagem adotada é a metodologia bibliográfica das doutrinas, legislação, jurisprudência, Leis e Decretos, dissertações e artigos. Acrescenta-se ainda, a utilização da ferramenta interdisciplinar da análise do discurso, sob a doutrina do mestre Patrick Charaudeau, para compreender e



demonstrar como se articula e se constrói o discurso do Supremo Tribunal Federal sobre a temática.

A narrativa desse estudo é desenvolvida por essa introdução, abordando o levantamento quanto a regularização fundiária na Amazônia Legal, breve análise legislativa das terras devolutas na Amazônia legal, análise do discurso dos argumentos do Supremo Tribunal Federal, Medida Provisória 910 e suas inovações e considerações finais e referências.

## **1. A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA NA AMAZÔNIA LEGAL**

Entre os anos de 1930-1945, foi realizada a colonização da região Norte do Brasil, pois o governo começou a olhar para essa região de uma forma tática, voltado ao benefício nacional. O slogan na era militar para essa região era “Integrar para não Entregar”[4], foi nessa época que foram abertas as rodovias federais em meio a mata fechada do norte Goiano até o estado do Amazonas.

Após esse desbravamento, ainda na época militar, foram feitas algumas transferências de áreas públicas para o privado, o maior detentor ainda era o Estado e a União.

Já em 1953 foi aprovada a Lei 1.806/53 que criou a Amazônia Legal e que falava da obrigatoriedade de se criar projeto de desenvolvimento e que fossem destinados recursos conforme os projetos. (LOUREIRO, 2015, p.77)

Em seu artigo 2º a Lei 1.806/1953 dispõe que:

Art. 2º A Amazônia brasileira, para efeito de planejamento econômico e execução do Plano definido nesta lei, abrange a região compreendida pelos Estados do Pará e do Amazonas, pelos territórios federais do Acre, Amapá, Guaporé e Rio Branco e ainda, a parte do Estado de Mato Grosso a norte do paralelo de 16º, a do Estado de Goiás a norte do paralelo de 13º e a do Maranhão a oeste do meridiano de 44º. (BRASIL, 1953).

Dessa forma, ficou definido os Estados que fariam parte da Amazônia Legal. As terras do Norte do Brasil foram ocupadas de forma irregulares, desde a época do império português, na Amazônia Legal não era diferente. Conforme preleciona Loureiro (2005, p.77):

Até meados dos anos de 1960, as terras amazônicas pertenciam basicamente à União e aos estados. Do total das terras

registradas pelo IBGE<sup>2</sup>, 87% constituíam-se de matas e terras incultas, que eram exploradas por milhares de caboclos e ribeirinhos que viviam do extrativismo vegetal e animal; 11% constituíam-se de pastos naturais onde antigos fazendeiros haviam assentado fazendas de gado, sendo muitas delas seculares [...], cujos títulos de terra eram igualmente antigos [...]. A mata e os rios estavam preservados e eram aproveitados pelos habitantes como fonte de alimento, trabalho e vida.

Em meados de 1964, depois do golpe militar, as regiões dos Estados da Amazônia Legal obtiveram investimentos nas áreas do desenvolvimento econômico e infraestrutura, tudo isso por meio de créditos e incentivos fiscais que eram sugeridos ao ente privado, outorgados por meio da SUDAM - Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia, que estava em busca da abertura no mercado exterior e nacional para a ampliação econômica dessa região. Achava-se que as "áreas rurais disponíveis" poderia apaziguar os embates jurídicos de outras regiões, e assim atrair pessoas para os Estados e o norte goiano.

É bem verdade que na década de 70 foi instituído o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, com o objetivo de dar a legitimidade aos posseiros e de agregar à União, as áreas devolutas e também destinar as terras sem ocupação, ou seja, sem os posseiros.

Durante o ano de 1971, o Decreto de Lei Nº 1.164/71 foi editado, fazendo com que as terras que até então eram de domínio do Estado passassem a pertencer a União Federal, ou seja, retirou dos Estados; a sua localização encontra-se as margens das estradas federais 100 km de cada lado das rodovias, que fazem parte da Amazônia Legal.

No presente caso, no Tocantins, a BR-153 conhecida como Belém-Brasília, passa do Sul do estado até a região Norte de uma ponta a outra, com isso o estado teve grande perda de suas áreas de terras para a regularização fundiária, o que sobrou, ficou para o Governo do Estado do Tocantins sob sua jurisdição. Nas terras federais, a União teve como base a Lei de Nº 6.383/76, para fazer o processo discriminatório dar destino, identificar e arrecadar as áreas das faixas de terras públicas.

Ansiava que todo esse procedimento discriminatório processual pudesse sobressair as áreas públicas devolutas e as que pertenciam ao ente privado, levando a findar todo esse procedimento discriminatório, e assim, obterem os registros

dessas áreas devolutas com a discriminação pertencente à União. (LOUREIRO, 2005, p. 80)

As terras que foram arrecadadas/confiscadas pela União tiveram várias funções, tais como: colonização, agropecuária, plantações, mineração, venda e outras finalidades. Os novos detentores não respeitavam as demarcações, ampliando a extensão de terra das áreas originárias que possuíam.

Mas em 1987, o antigo Getat, que era o Grupo Executivo de Terras Araguaia-Tocantins, criado durante a ditadura para, supostamente, resolver conflitos agrários e questões fundiárias da zona situada entre os dois rios do mesmo nome, foi extinto e o Decreto de Lei Nº 1.164/71 que arrecadou as terras dos Estados da Amazônia Legal foi revogado, o que perdurou por 20 anos, mas não houve a nulidade dos atos e os óbices que foram ocasionados, ou seja, as áreas continuaram sob o poder da União, não retornando as terras para os estados originários. Sendo assim, o Governo do Estado teve, e tem até hoje, problemas de regularização fundiária nessas áreas da Amazônia Legal. (LOUREIRO, 2005, p. 87).

## **2. BREVE ANÁLISE LEGISLATIVA DAS TERRAS DEVOLUTAS NA AMAZÔNIA LEGAL: UM CONFLITO FUNDIÁRIO ENTRE O ESTADO E A UNIÃO**

O Estado do Tocantins, desde a sua criação, vem tendo conflitos jurisdicionais com a União por meio do INCRA, devido as suas áreas de terras devolutas, que em seu entendimento, deveriam estar sob o seu domínio desde a sua criação em 1988.

Por sua vez, quando o Estado titula essas terras, o INCRA, descaracteriza a legitimidade da emissão desses títulos, entrando com ações cíveis originárias, recorrendo ao Decreto de Lei de nº 1.164/71 (revogado), e do Decreto de Lei de nº 2.375/87.

O Decreto de Lei nº 1.164/71 seria para diminuir os conflitos agrários no norte do país e declarava “indispensável à segurança e ao desenvolvimento nacional terras devolutas situadas na faixa de cem quilômetros de largura em cada lado do eixo de rodovias na Amazônia Legal”[5]. Porém, foi instituído na época da ditadura militar, confiscando áreas devolutas dos Estados e incorporando ao patrimônio da União. E isso foi feito sem qualquer indenização aos Estados atingidos pela medida, e foi praticamente todo o território das terras devolutas que ficava na Amazônia Legal, poucas áreas sobraram aos Estados, ficando assim, conhecida como “federalização das terras amazônica[6]”.

Entre os anos de 1982 e 1984 essas terras passaram a ter matrículas, pertencendo a União quem realizou esse procedimento na época foi o Getat – Grupo Executivo de Terras Araguaia-Tocantins.

Em 1987, teve o novo Decreto de Lei nº 2.375, do decorrente ano que revogou o Decreto anterior de nº 1.164/71, mas manteve as terras devolutas em nome da União, mesmo tendo sido na época militar por meio de arrecadação sumária.

No presente caso o Estado do Goiás já possuía lide em termos do conflito territorial entre as entidades, originando ações discriminatórias, mas com a divisão do Goiás/Tocantins, esses processos foram arquivados depois de 1988, ano de criação do Estado do Tocantins, aumentando mais ainda a insegurança jurídica e promovendo um maior impasse de competência entre os poderes e os particulares.

O processo nº 492/71 – arquivado na Comarca de Tocantinópolis incluía toda a região de Wanderlândia, Babaçulândia, Filadélfia e parte de Araguaína, levando em conta o memorial descritivo anexado aos autos naquela época (1963), também foi devolvido ao Estado do Tocantins, por decisão do juiz federal naqueles autos. (Biblioteca do Órgão - Estudo do Itertins das Terras Devolutas, 2007, p. 13).

Nos dias de hoje, o Estado do Tocantins entende que o INCRA interpreta de maneira favorável o decreto que legaliza as áreas da rodovia federal BR-153, devido aos § 1º e § 2º do artigo 2º do Decreto 2.375/87[7] que diz:

Art. 2º Incluir-se-ão, vigente este decreto-lei, entre os bens do Estado ou Território, no qual se situem, nos termos do artigo 5º da Constituição, as terras públicas devolutas às quais retirada, pelo artigo anterior, a qualificação de indispensáveis à segurança e ao desenvolvimento nacionais.

§ 1º Permanecerá inalterada a situação jurídica das terras públicas, não devolutas, da União, existentes nas faixas a que alude o artigo 1º, caput.

§ 2º Constituirão terras públicas não devolutas, abrangidas pelo § 1º, aquelas que, na data de publicação deste decreto-lei, estejam:

I - afetadas, de modo expresso ou tácito, a uso público, comum ou especial, ou a fim de utilidade pública;

II - sob destinação de interesse social;

III - a configurar objeto de situações jurídicas, já constituídas ou em processo de formação, a favor de alguém;

IV - registradas, na forma da lei, em nome de pessoa jurídica pública.

3º Para os efeitos deste decreto-lei:

I – consideram-se afetadas a uso público, ou a fim de utilidade pública, as terras públicas sob uso ou aplicação pela União, pelos Estados, Municípios, Territórios e respectivos entes descentralizados, inclusive os que atuem por outorga ou mediante delegação do Poder Público.

Já o Estado do Tocantins interpreta o artigo 1º do mesmo decreto, entendendo que houve alteração de domínio a seu favor:

Art. 1º Deixam de ser consideradas indispensáveis à segurança e ao desenvolvimento nacional as atuais terras públicas devolutas situadas nas faixas, de cem quilômetros de largura, em cada lado do eixo das rodovias, já construídas, em construção ou projetadas, a que se refere o Decreto-lei nº 1.164, de 1º de abril de 1971, observado o disposto neste artigo.

Parágrafo único. Persistem indispensáveis à segurança nacional e sob o domínio da União, dentre as terras públicas devolutas em referência, as que estejam:

I - incluídas, cumulativamente, na Faixa de Fronteiras;

II - contidas nos Municípios de Humaitá (AM), São Gabriel da Cachoeira (AM), Caracaraí (RR), Porto Velho (RO), Ji-Paraná (RO), Vilhena (RO), Altamira (PA), Itaituba (PA), Marabá (PA) e Imperatriz (MA).

O Estado do Tocantins entende que o INCRA/GETAT promoveu a desapropriação de forma indireta das terras devolutas por meio do Decreto de Lei

1.164/71 e que seriam processos administrativos nulos, pois não houve o devido processo legal e do contraditório por meio de arrecadação sumária na época do governo militar. O decreto de lei nº 2.375/87 que revogou o anterior, em seu artigo 2º é inconstitucional e que o Estado sobreveio a União nas áreas de terras devolutas, ou não, em todo o seu território, a partir da sua criação em 1988. Sendo assim, o entendimento do Estado do Tocantins vem titularizando as terras, os cartórios registrando e o INCRA contestando as matrículas nas ações no Supremo Tribunal Federal, entre os órgãos e particulares.

### **3. ANÁLISE DOS DISCURSOS E ARGUMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Na presente pesquisa, foram analisados os discursos jurídicos em relação aos acórdãos, e seu aspecto histórico-social da regularização fundiária e o aspecto dominical, que tiveram seus processos originários da Justiça Federal da seção judiciária do Estado do Tocantins, sendo enviados ao Supremo Tribunal Federal – STF, por se tratar de ação civil originária. Essa análise é uma ferramenta interdisciplinar que visa auxiliar na explicação dos argumentos do Supremo Tribunal Federal, compreendendo de que forma se deu o julgamento de cada acórdão a ser analisado. Omitindo o nome de particulares envolvidos na celeuma jurídica, em obediência aos princípios morais e éticos, no entanto todos os sujeitos que participaram da lide foram analisados.

No primeiro momento, tem o Supremo Tribunal Federal, fazendo o julgamento do pleno[8] e aceitando o litígio na corte, por se tratar a causa de conflito entre Estado e União, podendo ter outros e entidade da administração indireta.

**EMENTA:** Litígio entre autarquia federal e estado-membro sobre propriedade de terras devolutas. Questão de ordem. - Litígio dessa natureza envolve questão que diz respeito diretamente ao equilíbrio federativo, sendo, portanto, causa que inequivocamente e da competência originária desta corte na posição de tribunal da federação que lhe outorga o artigo 102, i, "f", da constituição federal. Questão de ordem que se resolve pelo reconhecimento da competência desta corte para o processo e julgamento originários da presente ação. (DJ 24-11-1995 PP-40377 EMENT VOL-01810-01 PP-00121).

O litígio em face de nulidade e cancelamento do registro sobre a propriedade de terras devolutas entre uma autarquia federal, que diz ser uma área de terras devolutas da União, e o Estado do Tocantins com o litisconsorte passivo,



alega que essas áreas devolutas eram do estado-membro, referenciada na Ementa supra, corresponde à seguinte Ação Cível Ordinária nº 477[9] TO:

AÇÃO CÍVEL ORDINÁRIA. São da União as glebas que, anteriormente à edição do Decreto-Lei nº 2375/87, tinham sido incorporadas ao patrimônio dela pelo Decreto-Lei nº 1164/71 (cuja constitucionalidade se reconhece), e que foram excepcionadas por ele de seu âmbito de aplicação por estarem registradas, na forma da lei, em nome de pessoa jurídica pública e por configurarem objeto de situação jurídica, já constituída ou em processo de formação, a favor de alguém. Ação julgada procedente, sendo a reconvenção julgada improcedente. (STF. AÇÃO CÍVEL ORDINÁRIA - ACO Nº 477. Relator Ministro Moreira Alves – Pleno. DJ: 27/06/2002. **Diário da Justiça**, 2002).

Com relação ao processo recepcionado, o autor /INCRA alegou que área de terra de uma fazenda localizada no município de Peixe - TO, foi incorporada ao patrimônio da União em 1984 e, assim, obteve uma matrícula. E ressalta que o Governo do Estado do Tocantins, por meio de sua autarquia Itertins, expediu título definitivo e que realizou uma venda "a non domino", ou seja, o Estado não dispõe do bem, pois não lhe pertence, logo, não é o proprietário, e não pode realizar a venda, e que o ato era nulo. Vale ressaltar que nessa época o código civil vigente era o de 1916.

Ainda de acordo com a decisão supratranscrita, foi pedida a nulidade dos títulos do Itertins e o cancelamento da matrícula[10]:

c) À vista dos documentos anexos e levando-se em consideração a expedição irregular dos Títulos Definitivos mencionados, comprova-se, claramente, que o órgão de terras deste Estado realizou uma venda "a non domino" e em total inobservância da legislação pertinente, o que torna o ato nulo de pleno direito.

Os réus, Itertins e particulares, que estavam na posse, contestaram em conjunto, alegando a posse ter sido mansa, pacífica e sem oposição de terceiros, estando na área há mais de um ano e um dia e que os títulos do Estado do Tocantins deveriam ser reconhecidos. O Estado do Tocantins contestou preliminarmente a ilegitimidade ativa *ad causam*[11], ou seja, a condição da ação, e a incompetência do Supremo Tribunal Federal devido a revogação do Decreto de Lei nº 1.164/71 por

meio do 2.375/87, pois entende que com a revogação, as terras passaram para o Estado-membro[12].

O Decreto-Lei nº 1.164, de 01 de abril de 1971, declarou “indispensáveis à segurança e ao desenvolvimento nacional terras devolutas situadas na faixa de cem quilômetros de largura em cada lado de eixo das rodovias na Amazônia Legal”.

Assim, as terras devolutas, como as do caso “sub judice”, passaram a pertencer a União por força do Decreto-Lei nº 1.164 citado, até a edição do Decreto nº 2.375/87, que revogou. (fls 04 e 05)

O Supremo Tribunal Federal já em 1995, ao analisar esse imbróglio jurídico, entendia que as terras devolutas da Amazônia Legal, no eixo de 100 km de cada lado, e que foram arrecadas pelo INCRA/GETAT, pertenciam a União. Mas se na data do Decreto Lei nº 2.375/87, ainda não tivesse sido feita a arrecadação da área pela União Federal, como autoriza o decreto 1.164/71, não poderia mais arrecadar. Portanto, na data do Decreto 2.375/87, o INCRA já havia arrecadado essas terras e registrado em cartório. Conforme retratado no retrocitado processo[13]:

19. Não foi isso, entretanto, o que ocorreu: por ocasião da edição do Decreto-lei nº 2.375, de 1987, a aludida arrecadação JÁ SE HAVIA ULTIMADO, como o comprovam os documentos de fls. 9/10 e, especialmente, a certidão do Cartório do 1º Ofício e Registro Geral de Imóveis da Comarca de Pedro Afonso, Termo de Lizardo, Estado de Goiás, lavrada em 19 de março de 1980 (fls.12).

20. Bem por isso, muito certamente fez-se NULO o registro imobiliário da transmissão feita pelo Itertins – Instituto Nacional de Terras do Estado do Tocantins já em 21 de junho de 1994.

21. Isso porque, segundo parece claro, a revogação efetuada pelo Decreto-lei nº 2.375, de 1987, não teve o condão de desconstituir os ATOS JURIDÍDICOS PERFEITOS, acabados a sombra do texto legal revogado.

22. Trata-se, aliás, de situação jurídica que o Decreto-lei revocatório nº 2.375, de 1987, cuidou explicitamente de prever, ao assim dispor, em seu art. 2º. (fl.11)

Cumpra observar, que o ato jurídico perfeito, é o princípio da segurança jurídica que guarda as conjunturas formadas na vigência da lei anterior, pois os efeitos da lei nova são para o futuro.

Portanto o Supremo Tribunal Federal – STF, entende que as terras devolutas da lide (acórdão 477), pertencem à União e declara a nulidade dos títulos expedidos pelo Governo do Estado do Tocantins e suas matrículas e condena as custas e honorários no valor de dez mil reais.

Esse é o entendimento do Supremo no ano de 1995, agora vamos analisar o entendimento em 2016, com a nova Constituição Federal e o novo Código de Processo Civil e os Decretos em questão, analisados na Ação Cível Ordinária nº 478[14]:

**AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA.** Terras devolutas arrecadas pela União, com fundamento no Decreto-lei nº 1.164/71, revogado posteriormente pelo Decreto-lei nº 2.375/87. Ressalva às situações jurídicas já consolidadas sob a normatização anterior. Arrecadação, incorporação e registro imobiliário definitivo das terras devolutas ao patrimônio da União antes da revogação do Decreto-lei nº 1.164/71. Certificação pelo oficial do registro de imóveis competente da inexistência de registro imobiliário versado sobre as respectivas glebas. Ausência de reclamações administrativas manejadas por terceiros proprietários ou possuidora certificada pela Delegacia do Serviço de Patrimônio da União no Estado de Goiás e pelo Instituto de Desenvolvimento Agrário de Goiás (IDAGO). Não comprovação pelos réus de propriedade ou posse das terras em momento anterior ao levantamento. Precedentes. Nulidade de título translativo de domínio emitido pelo Estado do Tocantins, que, em nenhum momento, gozava da condição de proprietário do imóvel rústico. Ação julgada procedente. (STF. AÇÃO CÍVEL ORDINÁRIA - ACO Nº 478 TO. Relator Ministro Dias Tóffoli – Pleno. DJ: 05/08/2015. Diário da Justiça, 2015).

O Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, teve sentença favorável na Ação Originária do Acórdão 478, em que o Governo do Estado do Tocantins, por meio de sua autarquia, emitiu títulos a particulares em relação a uma área de terra localizada em Marianópolis –TO, e os particulares pretendiam que fosse declarada a nulidade da arrecadação da área, feita pelo extinto Grupo Executivo das Terras do Araguaia/Tocantins - GETAT e incorporada ao patrimônio da União,

com base na Lei nº 1.164/71, que estabelecia que as terras devolutas na faixa de 100 km, às margens das Rodovias Federais, passariam a pertencer a União.

O processo tramitou inicialmente no 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Tocantins, e foi enviado ao Supremo Tribunal Federal no mesmo ano de 2015. Não se tem grandes novidades no pedido do autor e defesa dos réus, sempre o embate acontece devido ao Decreto de Lei nº 1.164/71 que foi revogado pelo Decreto de Lei nº 2.375/87. Conforme expresso no Acórdão 478[15]:

Na ordem jurídica anterior, era previsão do art. 4º, inciso I, da Emenda Constitucional nº 1/69, que:

“Art. 4º Incluem-se entre os bens da União: I - a porção de terras devolutas indispensável à segurança e ao desenvolvimento nacionais”.

Sob o pálio desse dispositivo, foi editado o Decreto-lei nº 1.164/71, segundo o qual:

“Art. 1º São declaradas indispensáveis à segurança e ao desenvolvimento nacionais, na região da Amazônia Legal, definida no artigo 2º, da Lei nº 5.173, de 27 de outubro de 1966, as terras devolutas situadas na faixa de cem quilômetros de largura, em cada lado do eixo das seguintes rodovias já construídas, em construção ou projetadas:

(...)

Art 2º Ficam incluídas ente os bens da União, nos termos do artigo 4º, item I da Constituição, as terras devolutas a que se refere o artigo anterior.

Art 3º As posses legítimas, manifestadas por morada habitual e cultura efetiva, sobre porções de terras devolutas situadas nas faixas de que trata o artigo 1º, serão reconhecidas pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária nos termos dos artigos 11 e 97 do Estatuto da Terra (Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964).

Parágrafo único. Continuam a reger-se pela Lei nº 2.597, 12 de setembro de 1955, as terras devolutas na zona de fronteira a que se refere o artigo 2º da mesma Lei.

(...)

Art 5º São ressalvados, nas áreas abrangidas pelo artigo 1º: a) os direitos dos silvícolas, nos termos do artigo 198 da Constituição;

b) as situações jurídicas constituídas, até a vigência deste Decreto-lei, de conformidade com a legislação estadual respectiva". (Fls. 7 e 8). (STF. AÇÃO CÍVEL ORDINÁRIA - ACO Nº 478 TO. Relator Ministro Dias Tóffoli – Pleno. DJ: 05/08/2015. Diário da Justiça, 2015) .

O que consta no processo é que essa área de cerca de 3,1 hectares foi arrecada pela União/Getat, por meio da Portaria nº 787, de 21 de agosto de 1979, e não houve contestação de terceiros:

Sem qualquer impedimento, portanto, o Presidente da autarquia fundiária baixou a Portaria nº 787, de 21 de agosto de 1979, arrecadando e incorporando as mencionadas terras devolutas ao patrimônio da União (fls. 415/417), sendo levadas a registro no Cartório de Registro de Imóveis de Marianópolis em 31 de outubro de 1979, sob o nº R-1-772, Livro 2-A, conforme certidão de fl. 420/421. (fl. 10). (STF. AÇÃO CÍVEL ORDINÁRIA - ACO Nº 478 TO. Relator Ministro Dias Tóffoli – Pleno. DJ: 05/08/2015. Diário da Justiça, 2015)

O Estado do Tocantins emitiu título definitivo a particulares, no ano de 1993 e, assim, esse título seria nulo.

Ante o exposto, julgo procedente a ação para declarar a nulidade do Título Definitivo nº 1.449 (fl. 373/374), emitido pelo Instituto de Terras do Estado do Tocantins (ITERTINS), bem como determino o cancelamento da matrícula R-1-M-368 (fl. 375), efetuada pelo Registro de Imóveis do Município de Marianópolis do Tocantins. (fl.13). (STF. AÇÃO CÍVEL ORDINÁRIA - ACO Nº 478 TO. Relator Ministro Dias Tóffoli – Pleno. DJ: 05/08/2015. Diário da Justiça, 2015)

A produção de provas dessa lide foi apenas documental e levou a entidade federativa a analisar, devido ao risco à estabilidade do pacto federativo sendo um preceito Constitucional, sem nenhum impacto político. Não há o que se discutir neste caso, na questão do imóvel como bem "indispensável à segurança e ao

desenvolvimento nacional”, objeto do Decreto-Lei nº 1.164/71 e que fez com que essas áreas de terras fossem arrecadadas.

O que leva essa demanda processual, que perdurou por vinte anos e seis meses entre Incra e Governo do Tocantins dessa área e que se inovou, foi a preocupação com a responsabilidade da evicção[16] que essas entidades possam ter em relação aos particulares.

[...] mesmo que na via pertinente, em virtude da possível declaração de nulidade do título dominial expedido em favor dos particulares. Ante a transcrição da propriedade em nome destes, a disputa não se dá, de forma imediata, entre Estado e União, mas entre esta e os particulares, objetivando a irresignação dos entes locais a obstar que os adquirentes da área formalizem contra si pretensão indenizatória. (STF. AÇÃO CÍVEL ORDINÁRIA - ACO Nº 478 TO. Relator Ministro Dias Tóffoli – Pleno. DJ: 05/08/2015. Diário da Justiça, 2015)

De acordo com o informativo do Supremo Tribunal Federal, do ano de 2015 que se deu devido a esse julgado, “não subsiste o ato de transmissão de propriedades efetuado por Estado – Membro se o imóvel rural nunca pertenceu ao ente federado.”[17]

No caso presente o Supremo Tribunal Federal ampliou o vício aos negócios jurídicos seguintes, assegurando aos réus adquirentes os direitos decorrentes da evicção, nos termos do art. 447 e seguintes do Código Civil.

Art. 447. Nos contratos onerosos, o alienante responde pela evicção. Subsiste esta garantia ainda que a aquisição se tenha realizado em hasta pública.

Sendo assim, nenhuma pessoa ou órgão poderá transmitir mais direitos do que aqueles que possui ou titulariza: “do contrário, a transmissão da propriedade constituiria típica hipótese de alienação a non domínio.” (STF. AÇÃO CÍVEL ORDINÁRIA - ACO Nº 478 TO. Relator Ministro Dias Tóffoli – Pleno. DJ: 05/08/2015. Diário da Justiça, 2015).

Com o entendimento do conceito de evicção, neste caso, o adquirente/particular e terceiro de boa-fé, está perdendo total a sua posse, devido a decisão judicial e bem explicada e fundamentada juridicamente e que foi anterior à aquisição da terra, conforme se depreende do art. 1268 do Código Civil:



Art. 1.268. Feita por quem não seja proprietário, a tradição não aliena a propriedade, exceto se a coisa, oferecida ao público, em leilão ou estabelecimento comercial, for transferida em circunstâncias tais que, ao adquirente de boa-fé, como a qualquer pessoa, o alienante se afigurar dono.

Sendo assim, a decisão do Supremo Tribunal Federal em relação ao Acórdão retrocitado[18]:

O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a nulidade do Título Definitivo nº 1.449, emitido pelo Instituto de Terras do Estado do Tocantins – ITERTINS em favor dos réus(...), bem como determinar o cancelamento da matrícula R-1-M-368, efetuada pelo Registro de Imóveis do Município de Marianópolis do Tocantins, estendendo-se o vício aos negócios jurídicos subsequentes, assegurados aos réus adquirentes os direitos decorrentes da evicção, nos termos do art. 447 e seguintes do Código Civil, e fixados os honorários advocatícios em 20% (vinte por cento) do valor atualizado da causa, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, a ser rateado equitativamente pelos réus. Vencido o Ministro Marco Aurélio apenas quanto à questão da competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar a matéria.

Conforme o ato julgado no Supremo Tribunal Federal, o título do Itertins foi cancelado assim como a matrícula cartorária, sendo também assegurado aos particulares o direito de evicção.

#### **4. A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 910 E SUAS INOVAÇÕES**

A medida provisória de nº 910, busca modificar a Lei de nº 11.952 de 2009, que trata da “regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União” e altera também outras leis.

Neste momento de pesquisa, a medida provisória passou a ser um Projeto de Lei 2.633, possui seis artigos e muda a forma que é feito a regularização fundiária nas ocupações incidentes nas terras situadas como áreas da União.

O estudo vai se atentar somente a Lei de nº 11.952/2009 que terá a maior alteração sendo aprovada. A maior discussão presente é que deixaria de ser restritas as áreas de terra da Amazônia Legal e passaria a ter abrangência de todo o território

nacional, “em áreas de domínio da União ou do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra” (art. 1º, 3º § P.U).

Havia outra mudança quanto a data de ocupação na MP 910, que seria as terras ocupadas até 5 de maio de 2014, com a PL não vai haver essa modificação na vigência nas ocupações, e permanece a data de 22 de julho de 2008, a posse tem que ter sido mansa e passiva e deve estar produzindo.

Na antiga MP 910, os módulos mudariam de quatro (minifúndio), para quinze, o que foi modificado na proposta da PL 2633 e passou para seis módulos fiscais. Essa medida atinge a regularização fundiária no Tocantins, que hoje é de até quatro módulos fiscais e quem a fixa é o INCRA de cada Estado.

Outra alteração é a auto declaração nos processos administrativos e o Cadastro Ambiental Rural – CAD, área verificada por sensoriamento remoto. Caso essa terra já tenha sofrido alguma infração, essa sim, terá que ter vistoria prévia dos técnicos. Hoje não tem vistoria em áreas de até 1650ha, aqui se amplia para 2.500ha.

Determina que o imóvel arrematado em leilão, seja dado em garantia do seu próprio pagamento, pois caso tenha inadimplência, se tem a restituição do bem da União. A terra também pode ser alienável para empréstimo que tenha como finalidade para o próprio bem.

Amplia-se também a forma de negociação dos contratos que não foram cumpridos nas entidades que regulamentam os órgãos fundiários, passa a competência do legislativo para o executivo e quem fica responsável é a Secretaria Especial de Assuntos Fundiários (SEAF).

Essas alterações não são novidades, já que a mesma Lei teve alteração, devido a MP 759 que foi convertida em Lei de nº 13.465/2017. O entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto a essas duas Leis é que são passíveis de questionamento.

No caso presente, se esse Projeto de Lei passar, só na Amazônia Legal serão titulados cerca de 272 mil imóveis, e no Brasil cerca de 92% das terras da União teriam seus posseiros reconhecidos. O projeto de lei vai de encontro as terras devolutas, ou “não destinadas” na Amazônia.

Manifestando-se contra o projeto, Fearnside (2020, p. 02) argumenta que:

O projeto de lei é simplesmente desnecessário por já ser tratado em leis anteriores. A inclusão destas repetições serve

para permitir discursos alegando de que “necessita” da nova lei para beneficiar pequenos agricultores, apesar desta parte já ser coberta pela atual legislação. As partes novas da matéria são as que beneficiam os grandes grileiros.

O Tribunal de Contas da União - TCU tem um acórdão 727/2020[19] que diz o seguinte em relação a regularização fundiária na Amazônia Legal: “verificou a falta de providências para a recuperação de áreas irregularmente ocupadas e a ausência de medidas para retomada e destinação de áreas cujos processos de regularização foram indeferidos”.

E o INCRA deverá parar de emitir o Certificado de Cadastro de Imóvel Rural - CAR, das terras que não tem títulos de posse e também as de propriedade que são aceitos na Amazônia Legal.

Sendo assim o Tribunal de Contas da União - TCU deliberou ao Incra que retome as terras da União que foram ocupadas irregularmente e que não tende as exigências necessárias quanto a legislação da Lei 11.952/2009. Pois a ocupação foi ilegal, ocorrendo depois do indeferimento quanto à regularização dessas áreas de terras.

A medida provisória, que foi convertida em Projeto de Lei, busca diminuir as demandas administrativas quanto a regularização fundiária nas terras da União em todo o território nacional, trazendo celeridade nesse rito.

Porém, com o foco na regularização fundiária na Amazônia Legal, as terras devolutas e as lides no judiciário apreciando as reportagens, entrevista e mesas redondas, vê-se que pode piorar as demandas no judiciário devido as sobreposições que hoje já temos no Estado do Tocantins, sendo realizada a vistoria prévia dos técnicos e observando os confrontantes, os cartórios por sua vez poderiam dar entrada nas ações de suscitação nos órgãos judiciais para terem uma segurança jurídica ao emitirem as matrículas das áreas.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como o exposto nos capítulos anteriores, o Supremo Tribunal Federal – STF entende que as terras são da União, as que estão na Amazônia Legal situados no Estado do Tocantins, a margens da rodovia federal BR- 153, pois foram arrecadadas administrativamente ainda no ano de 1971 e que a revogação do Decreto de Lei 1.164/71 por meio do 2.375/87 não devolve as terras ao ente federado, mesmo com a criação do Tocantins em 1988.

Neste sentido, deve-se dizer que já se tem uma decisão com grande apreciação quanto essa matéria na corte sendo bem fundamentada e decidida anteriormente em outros acórdãos. Observa-se que as lides mais recentes no Supremo são para se entender se há evicção nessas ações.

No caso do objeto de estudo, uma das soluções seria estabelecer um termo de cooperação entre o Estado do Tocantins e Goiás para que possam trocar informações quanto aos títulos do Idago, Getat, os títulos paroquiais, para tentar diminuir os conflitos.

Porém, teria como se devolver essas terras ao Tocantins por meio de um mecanismo de Lei ou Decreto Federal. Pois a Constituição Federal de 1988, em seu art. 20, inciso II e no seu artigo 26, inciso IV, possibilita essa hipótese, mas o Estado tem que entrar com ação cabível e em conjunto com os demais que fazem parte da Amazônia Legal.

Recentemente, obteve a realização de transferência de algumas áreas de terra da União para os Estados de Roraima e Amapá, o projeto ainda precisa da sanção presidencial. Mas já é uma inovação quanto à matéria.

Deve ser levada em consideração a necessidade dessa inovação e parceria entre os órgãos Estaduais e Federais, para que juntos possam suprir a ineficiência da real necessidade quanto a regularização fundiária no Estado do Tocantins, como as terras devolutas, assentamentos, Arrecadação, medição, demarcação, as terras não devolutas, georeferenciamento, conflito nas divisas do Tocantins com os Estados de Goiás, Piauí e Bahia, ações discriminatórias, que essas problemáticas, quanto a regularização possam ter celeridade processual e segurança jurídica, fazendo com que as terras cumpram de fato sua função social gerando renda, trazendo aumento da produtividade ao Estado, tendo uma exploração racional da terra.

Conclui-se que é um assunto de grande relevância ao Estado do Tocantins, que tem muitos embates a frente e que é necessário difundir mais ainda a respeito desse assunto, pois quase não se acham obras que discutam tal assuntos e que possam nortear os embates fundiários.

## 6. REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 04 jun. 2020.

- \_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Livro Informativo: Teses e Fundamentos.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoLivro/anexo/informativos2015.pdf>> Acesso em: 23 abr. 2020.
- \_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão de decisão que negou provimento ao recurso.** Apelação Crime nº 70076016484. Ederson da Silva Rodrigues e Ministério Público. Relatora: Desembargadora Naele Ochoa Piazzeta. 31 de janeiro de 2018. Disponível em: <[https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe\\_html.php](https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php)> Acesso em: 06 jun. 2020.
- FEARNSIDE, Philip Martin. O Perigo da Lei da Grilagem. 2020. Disponível em: <<https://amazoniareal.com.br/o-perigo-da-lei-da-grilagem/>> Acesso em: 27 mai. 2020.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro v. 03.** São Paulo: Saraiva, 2004.
- LIMA, Rui C. Pequena História Territorial do Brasil. 1ª ed. Goiás: UFG, 2002.
- LOUREIRO, Violeta Refkalefsky. **A Questão Fundiária na Amazônia.** Dossiê Amazônia brasileira II, v.19 n.54. São Paulo maio/ago. 2005. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/ea/v19n54/04.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2020.
- MARQUES, Benedito Ferreira; MARQUES, Carla Regina Silva. **Direito Agrário Brasileiro.** 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- MELO, Marcelo Augusto Santana. **Breves Anotações sobre Registro de Imóveis.** Disponível em: <<https://www.anoreg.org.br/images/arquivos/parecerr.pdf>> Acesso em: 07 abr. 2020.
- SILVA, Sérgio S. **Expansão Cafeeira e Origens da Indústria no Brasil.** 8ª ed. São Paulo: Alfa Omega, 1995.
- TOCANTINS. ITERTINS. **Estudo das Terras Devolutas.** Biblioteca: 2007, p. 13.

#### NOTAS:

[1] LIPPI, Roger Rodrigues, Mestre em Direito Civil pela UFRJ, Professor da Graduação e Pós Graduação na Faculdade Serra do Carmo - FASECI, Pesquisador do Ineac-Lafep/UFF. E-mail: profrogerlipp@gmail.com

[2] O direito como fato social é toda maneira, de agir, fixa ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior ou mais ainda, que é geral na extensão de uma sociedade dada, apresentando uma existência própria, independente das manifestações individuais que possa ter. (DURKHEIM, Emile. **As Regras do Método Sociológico.** São Paulo: Editora Nacional, 1982, p.128).

[3] [...] Domínio é objetivado numa coisa, num bem jurídico, do qual ressaem as faculdades de usar, gozar e dispor. (MARQUES, Benedito Ferreira. **Direito Agrário Brasileiro**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 43).

[4] O slogan “Integrar para não entregar” é título do livro: Integrar para não Entregar de Ariovaldo Umbelino de Oliveira, cujo objetivo é desvendar o que estava por trás dos planos governamentais, sobretudo no pós-segunda guerra no Brasil, para entender a lógica da atuação governamental com relação aos Estados da Amazônia. (OLIVEIRA, Ariovaldo Umbelino de. **Políticas Públicas e Amazônia**. São Paulo: Papyrus, 1988, p. 26).

[5] LOUREIRO, Violeta Refkalefsky. **A Questão Fundiária na Amazônia**. Dossiê amazônia brasileira II, v.19 n.54. São Paulo maio/ago. 2005. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/ea/v19n54/04.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2020.

[6] Id., 2005, p. 86.

[7] BRASIL. DECRETO-LEI Nº 2.375, DE 24 de novembro de 1987. **Revoga o Decreto-lei nº 1.164, de 1º de abril de 1971, dispõe sobre terras públicas, e dá outras providências**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2375.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2375.htm)> Acesso em: 20 abr. 2020.

[8] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem referente à ACO 477 TO**. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14703126/questao-de-ordem-na-acao-civel-originaria-aco-477-to>> Acesso em: 27 mai. 2020.

[9] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ACO 477 TO**. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur97637/false>> Acesso em: 23 abr. 2020.

[10] Id, ACO 477

[11] A legitimidade *ad causam* é requisito de admissibilidade subjetivo relacionado às partes de uma demanda, ao passo que o interesse de agir consiste em requisito objetivo extrínseco positivo. (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v.1. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 342.

[12] Id, ACO 477.

[13] Id, ACO 477.



[14] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ACO 478 TO**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162732>> Acesso em: 09 abr. 2020.

[15] Id., ACO 478.

[16] Evicção: é a perda da posse ou a propriedade de um bem que adquiriu, por determinação judicial, movida por outras partes. (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro v.3**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 62).

[17] Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Livro Informativo: Teses e Fundamentos**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoLivro/anexo/informativos2015.pdf>> Acesso em: 23 abr. 2020.

[18] Id, ACO 478.

[19] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/incra-tera-de-buscar-a-recuperacao-de-imoveis-na-amazonia-legal.htm>> Acesso em: 27 mai. 2020.

## **CONHECIMENTOS GERAIS E ESTUDOS DO ABORTO NO BRASIL E NO MUNDO COM LEGISLAÇÃO COMPARADA**

**HUGO BONFIM MINTO:** Graduando no curso de Direito pela Universidade Brasil, Campus Fernandópolis;

Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito da Universidade Brasil, como complementação dos créditos necessários para obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Dr. André de Paula Viana.

**RESUMO:** Este trabalho em questão faz uma abordagem com a intenção de estudar e conhecer os fatos que geram discussão no Brasil e no mundo sobre a interrupção da gravidez, seja ela espontânea ou provocada. Primeiro entendendo o conceito básico do aborto e os tipos dele, seguindo logo depois com suas classificações, é exibido inicialmente como o Brasil trata o aborto em seu território nacional, revelando e explicando os casos em que é permitido o aborto na lei vigente. É necessário mostrar quando que se inicia a vida humana, porém existem várias visões diferentes do assunto, seja ela científica, que expõem os fatos através de um estudo biológico, ou seja ela religiosa, exibindo suas crenças e culturas que ditam de onde começa a vida. No mundo cada país tem seu entendimento específico, sendo alguns mais liberais e outros que proíbem mais rigorosamente, na maioria dos casos o aborto é permitido quando a risco de vida da gestante, em alguns países o aborto é legal para gravidez indesejada independentemente de risco de vida ou não. Será apresentado um mapa que revela os países com mais proibições para a realização do aborto, até o mais liberal, desenvolvido pelo Centro de Direitos Reprodutivos, o mapa é atualizado em tempo real, se adaptando as leis dos países conforme vão mudando. Veremos ainda a legislação comparada sobre o aborto com países com grande relevância no mundo moderno, comparando e entendendo como funciona o aborto em outros países e por fim, o aborto ilegal.

**Palavras-chave:** Aborto; Interrupção da gravidez; Aborto provocado; Aborto espontâneo.

**ABSTRACT:** This paper takes an approach with the intention of studying and knowing the facts that generate discussion in Brazil and worldwide about the termination of pregnancy, whether spontaneous or provoked. Firstly understanding

the basic concept of abortion and its types, following shortly afterwards with its classifications, is initially shown how Brazil treats abortion in its national territory, revealing and explaining the cases in which abortion is allowed in the current law. It is necessary to show when human life begins, but there are several different visions of the subject, whether scientific, that expose the facts through a biological study, or religious, showing their beliefs and cultures that dictate where life begins. In the world each country has its own specific understanding, some being more liberal and some more strictly forbidding, in most cases abortion is allowed when the pregnant woman's life threatening, in some countries abortion is legal for unwanted pregnancy regardless of risk of life or not. A map will be presented that reveals the countries with the most prohibitions for abortion, even the most liberal, developed by the Center for Reproductive Rights, the map is updated in real time, adapting the laws of countries as they change. We will also look at comparative abortion legislation with countries of great relevance in the modern world, comparing and understanding how abortion works in other countries and ultimately illegal abortion.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. ABORTO E CLASSIFICAÇÃO. 2.1 Aborto espontâneo. 2.2 Aborto provocado. 2.3 Classificação em relação ao tempo da gestação. 3. CAUSAS LEGAIS VIGENTES NO BRASIL. 4. DIFERENTES CONSIDERAÇÕES SOBRE O INÍCIO DA VIDA. 4.1 Considerações científicas. 4.1.1 Genética. 4.1.2 Embriológica. 4.1.3 Neurológica. 4.1.4 Ecológica. 4.1.5 Metabólica. 4.2 Considerações religiosas. 4.2.1 Catolicismo. 4.2.2 Judaísmo. 4.2.3 Islamismo. 4.2.4 Budismo. 4.2.5 Hinduísmo. 5. MAPA DAS LEIS QUE TRATAM DO ABORTO NO MUNDO. 6. LEGISLAÇÃO COMPARADA. 6.1 Estados Unidos. 6.2 Alemanha. 6.3 Outros. 7. ABORTO ILEGAL. 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

**Keywords:** Abortion; Termination of pregnancy; Induced abortion; Spontaneous abortion.

## 1. Introdução

Neste artigo vamos analisar os tipos mais comuns do aborto, os casos permitidos em lei no Brasil e no mundo com a legislação comparada, quando ocorre o início da vida de acordo com algumas visões, legislação comparada e o próprio aborto ilegal.

O aborto é assunto muito delicado de se tratar, pois são diversos pontos que devem ser levados em consideração quando se tratado em favor ou contrário a este ato.

As leis que tratam do aborto não são gerais para todos, cada país tem seus costumes e crenças e é normal suas leis se refletirem nisso, porém o foco desse

estudo e do debate tão vivo nos dias de hoje, é conhecer e refletir nas consequências que o aborto traz sendo legal ou não.

## **2. Aborto e Classificação**

Quando se fala de aborto pode-se entender que:

Aborto ou interrupção da gravidez é a interrupção de uma gravidez resultante da remoção de um feto ou embrião antes de este ter a capacidade de sobreviver fora do útero. Um aborto que ocorra de forma espontânea denomina-se aborto espontâneo ou "interrupção involuntária da gravidez". Um aborto deliberado denomina-se "aborto induzido" ou "interrupção voluntária da gravidez". O termo "aborto", de forma isolada, geralmente refere-se a abortos induzidos. Nos casos em que o feto já é capaz de sobreviver fora do útero, este procedimento denomina-se "interrupção tardia da gravidez" (Grimes, DA, 2010, p. 01).

### **2.1 Aborto Espontâneo**

O aborto espontâneo é quando não se tem o dolo de abortar, acontece por motivos diversos a vontade da mãe, pode acontecer pela idade avançada da gestante, por o uso de drogas na gestação, entre outros diversos motivos, nas primeiras 12 semanas de gravidez que o aborto espontâneo é mais provável de acontecer, cerca de 80% dos casos são registrados neste período.

É interessante notar que o Aborto Espontâneo ou Natural não tem relevância jurídico-criminal, de modo que seu interesse se restringe ao campo médico. Quanto ao Aborto Acidental, não tem qualquer relevância no que tange à caracterização do crime de aborto. Eventualmente pode apresentar algum interesse na seara criminal para configuração do crime de lesão corporal culposa. Somente o Aborto Provocado (voluntário, intencionalmente perpetrado) apresenta relevância quanto ao crime de aborto (CABETTE, 2012, p. 45).

### **2.2 Aborto Provocado**

Já o aborto provocado é quando o ato é praticado de maneira dolosa, ou seja, se tem a intenção da realização do aborto, pode ser provocado para salvar a vida da

mãe caso exista algum risco na gravidez ou também algum problema de gestação grave no feto que é identificado antes do nascimento.

Esta classificação do aborto é o foco principal do nosso estudo, levando em conta não somente os abortos provocados para salvar a vida da mãe com algum risco ou algum problema de gestação grave como citado acima, mas também o aborto provocado pela simples escolha da mãe.

### **2.3 Classificação em relação ao tempo da gestação**

Existem três classificações de aborto referente ao tempo da gestação, "aborto subclínico" que é quando o aborto ocorre até quatro semanas de gestação, "aborto precoce" é realizado no período entre quatro e doze semanas de gestação e o "aborto tardio" que acontece após doze semanas de gestação.

### **3. Causas legais vigentes no Brasil**

O ato de "abortar" é tratado de diferentes formas no Brasil e no mundo, alguns são mais liberais, outros seguem costumes religiosos, são diferentes combinações de abortos legais dependendo do país e cultura, neste tópico, vamos falar de como a lei brasileira vigente na data da publicação deste artigo trata o aborto.

O aborto é considerado crime no Brasil, descrito nos artigos 124 a 128 do Código Penal Brasileiro, com penas que variam de 1 a 10 anos de prisão dependendo se foi um auto aborto (que é quando a mulher realiza em si própria o aborto) ou um aborto provocado por terceiros com ou sem consentimento da gestante.

Mesmo a lei punindo o ato da realização do aborto, existem exceções que a lei permite a realização deste determinado ato quando:

- A) A gestante corre risco de vida
- B) O feto for anencéfalo (não possuir cérebro)
- C) A gravidez ocorreu mediante estupro

No caso de risco de vida da gestante, ela irá receber todas as informações e complicações que a sua gravidez pode fornecer, tendo que tomar a decisão ela mesma se continua ou não com a gravidez, informando sua decisão por escrito.

Quando for constatada a anencefalia, por se tratar de uma doença fatal e sem tratamento, não é necessário a apresentação de uma autorização judicial, ainda sim a gestante pode decidir se realiza o aborto ou não.

No último caso, por lei, as vítimas de estupro podem interromper a gravidez até a 20ª semana de gestação, tendo em vista que é direito da mulher receber atendimento imediato, médico e psicológico, a lei não obriga a realização do exame de delito ou a apresentação do boletim de ocorrência, o hospital tem que tomar todas as medidas possíveis para garantir a saúde e integridade da mulher vítima de estupro.

O caso “B” foi uma decisão do STF que autorizou este tipo de aborto. No dia 13 de abril de 2012, 8 dos ministros votaram que sim, julgando procedente a ADPF 54 que está vigente até hoje. Marco Aurélio, Relator do caso, votou a favor, afirmando que “Concepções religiosas não podem guiar as decisões estatais, devendo ficar circunscritas à esfera privada”

#### **4. Diferentes considerações sobre o início da vida**

Em toda a história podemos ver diversos tipos de considerações quando se trata do início da vida humana, alguns por meios científicos e outros religiosos, veremos o que considera cada um.

Primeiro veremos as considerações científicas, que tratará seus pontos pelo formato de estudo científico biológico e em seguida as considerações religiosas, que seguem crenças e costumes que ditam quando a vida se inicia.

##### **4.1 Considerações Científicas**

As explicações de como se inicia a vida na visão científica são várias, pois não existe um princípio maior que o outro, ambos têm seus pontos, fatos e argumentos para apresentar.

Veremos abaixo o entendimento científico do início da vida em diversos ramos da biologia humana.

###### **4.1.1 Genética**

A visão genética considera o início da vida humana na fertilização, assim também é a opinião da Igreja Católica que veremos mais pra frente, assim, só é considerado vida, quando o espermatozoide e o óvulo combinam seus genes se formando em um novo indivíduo com um conjunto genético único.

Porém existe o processo de reprodução artificial que causa controvérsias nesta visão:



Os processos de fecundação e reprodução artificializaram-se a tal ponto que é possível iniciar a vida humana em laboratório, modificar sua composição genética, selecionar o produto obtido e dar início a seu desenvolvimento, para depois entregar sua evolução e maturação a um útero humano, geneticamente relacionado ou não com o embrião (KOTTOW, 2005, p. 21).

Com o avanço de tecnologias científicas, o início da vida na visão genética é confrontado, pois então seguindo esta visão, é possível se iniciar a vida fora da gestante, o que não faz sentido quando se trata de aborto, porque assim teria como ocorrer um aborto fora do corpo de uma gestante.

#### **4.1.2 Embriológica**

Nesta visão a vida se inicia na 3ª semana de gravidez, que é quando se estabelece a individualidade humana, até porque em no máximo 12 dias após a fecundação, o embrião pode se dividir e dar origem a duas ou mais pessoas.

Essa visão é a que justifica o uso da pílula do dia seguinte entre outros meios contraceptivos que são usados nas duas primeiras semanas de gravidez.

#### **4.1.3 Neurológica**

Na visão neurológica, o princípio da morte é o mesmo para a vida, se considera o encerramento da vida quando cessa a atividade elétrica no cérebro, sendo assim, quando ela começa a ser identificada é considerada vida.

Existem desavenças nesta visão, enquanto alguns cientistas dizem haver sinais cerebrais já na 8ª semana, outros afirmam ser na 20ª.

#### **4.1.4 Ecológica**

O que se entende por início da vida na visão ecológica é que ela acontece quando o feto se torna independente da gestante, ou seja, ele tem a capacidade de sobreviver fora do útero da mãe, os bebês prematuro só se mantêm vivo se tiver pulmões prontos, o que acontece entre a 20ª e a 24ª semana de gravidez.

Este critério foi adotado pela Suprema Corte dos EUA na decisão que autorizou o direito do aborto.

#### **4.1.5 Metabólica**

Esta visão não considera relevante onde se inicia a vida humana, pois afirma que não há um momento único no qual a vida tem início, eles consideram vivos tanto o espermatozoide quanto o óvulo, vivos como qualquer pessoa.

Por tanto essa visão considera o desenvolvimento da criança um processo contínuo, que não possui um marco inaugural.

## **4.2 Considerações Religiosas**

A religião é e sempre foi muito importante na nossa história, tendo em vista que a maioria da população é religiosa, as leis se baseiam em costumes e crenças para serem formadas e com o aborto não é diferente.

Geralmente os países adotam visões religiosas visando a população, se a maioria da população é católica por exemplo, o país acaba seguindo alguns critérios já estabelecidos pela religião, veremos o que algumas religiões pensam sobre o aborto.

### **4.2.1 Catolicismo**

O catolicismo é totalmente contra o aborto, pois considera vida logo na concepção, dizendo que já é um ser humano completo e não um ser humano em potencial.

Além da total contrariedade ao aborto, a igreja católica afirmou recentemente que também é totalmente contra a manipulação de embriões, alegando que manipular a vida que nasce é contrário ao amor humano.

### **4.2.2 Judaísmo**

O judaísmo considera vida no 40º dia de gestação, antes desse período, o procedimento da interrupção da gravidez não é considerado homicídio, por tanto o judaísmo permite as pesquisas com células-tronco e o aborto quando a gravidez envolve risco de vida para a mãe ou é resultado de um estupro.

### **4.2.3 Islamismo**

Os muçulmanos são totalmente contra o aborto, porém existe casos que eles aceitam a prática, eles consideram o início da vida quando a alma é soprada por Alá no feto, cerca de 120 dias após a fecundação.

A prática é aceita quando há risco para a vida da mãe e em casos de estupro, algumas escolas da lei muçulmana autorizam o aborto em dezesseis semanas, enquanto outras em até sete semanas.

#### **4.2.4 Budismo**

No budismo não existe consenso sobre aborto, pois eles não consideram o início da vida a partir de um ponto, a vida é vista como um processo contínuo e ininterrupto.

Nesta religião, eles acreditam que o aborto é proibido, porém existe exceções que devem ser aprovadas dependendo de cada circunstância, no caso de risco de vida da mãe eles são a favor.

#### **4.2.5 Hinduísmo**

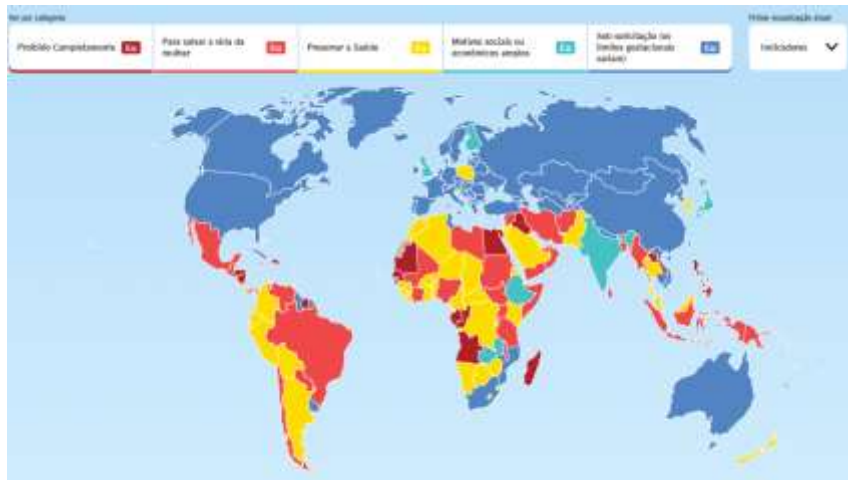
Os hindus consideram o embrião um possuidor de alma, para eles a alma e a matéria se encontram na fecundação e é a partir deste ponto que se inicia a vida, por tanto são completamente contra o aborto, porém são a favor em alguns casos que colocam em risco a vida da mãe.

Na Índia existe um costume chamado de "feticídio feminino" que é quando os pais abortam por preferirem filhos do sexo masculino, neste caso a proibição religiosa do aborto é anulada.

### **5. Mapa das leis que tratam do aborto no mundo**

Quando se fala sobre aborto legal, é visto como um tema bastante recente em toda a história da humanidade, pois somente agora em meados do século XX que diversas situações de interrupção voluntária da gravidez perderam sua penalização, as mudanças começaram nos anos cinquenta, sendo que metade foram nos anos oitenta, a maioria dos países da Europa e a América do Norte já contavam com legislações permissivas ao aborto. O tema é discutido até os dias de hoje, muitos países que ainda consideram crime o ato de abortar, realizam debates e estudam maneiras de implantar um aborto mais seguro para as mulheres, tendo em vista que existem abortos inseguros em todos os lugares, que causam sequelas e mortes que poderiam ser totalmente evitadas caso o aborto fosse realizado de maneira certa e de qualidade.

Figura 1: Leis de aborto no mundo



Fonte: Centre for Reproductive Rights. Disponível em <http://worldabortionlaws.com/map/>

O Mapa das Leis de Aborto Mundial é o registro definitivo do status legal do aborto em países de todo o mundo. Desde 1998, o Centro de Direitos Reprodutivos produziu esse mapa como um recurso para advogados, funcionários do governo e organizações da sociedade civil que trabalham para promover os direitos ao aborto como direitos humanos para mulheres e meninas em todo o mundo. O mapa categoriza o status legal do aborto em um contínuo de severidade restritiva à relativa liberalidade. É atualizado em tempo real, refletindo mudanças nas leis nacionais para que os defensores dos direitos humanos possam monitorar como os países estão protegendo ou negando os direitos reprodutivos em todo o mundo. (Center for Reproductive Rights, 1992-2020, on-line).

Este mapa mostra com clareza a situação do aborto em diversos países e é atualizado em tempo real, mostrando os países mais liberais até os mais radicais que consideram crime o aborto em diversos casos.

## 6. Legislação Comparada

Como visto no mapa acima, podemos notar que quanto mais desenvolvidos são os países, menos são as restrições quanto ao aborto, chegando até ser inexistentes, neste caso, geralmente o procedimento da interrupção da gravidez deve ser feito em até a 12<sup>a</sup> semana.

### 6.1 Estados Unidos

O primeiro país a ser comparado é os Estados Unidos, devido à sua maior predominância econômica e a sua maior influência no Direito brasileiro é impossível deixar de fora. Os Estados Unidos é um país com grande número de religiosos, falar sobre aborto sempre foi motivo de polêmica até meados da década de 60, que ocorreu a legalização de algumas situações como o aborto no casos de estupro ou incesto.

No Texas existiu um caso muito importante para a história do aborto nos EUA, uma disputa judicial entre Jane Roe e Henry Wade, a Suprema Corte americana explicou o real fato deste caso afirmando:

Uma mulher solteira grávida (Jane Roe) deu entrada com uma ação desafiando a constitucionalidade das leis penais texanas referentes ao aborto, que proíbem a procura ou a tentativa do aborto, exceto quando houver uma prescrição médica que vise salvar a vida da mãe (MERSKY, 2009, p. 113).

Este julgamento foi um marco importantíssimo pelo fato de que, pela primeira vez, a Suprema Corte americana decidiu em 1973 a importância do direito à privacidade em casos de aborto, este tribunal afirmou:

O direito à privacidade, seja ele fundado pelo conceito de liberdade e restrição por ação do Estado da 14ª Emenda, como nós achamos que seja, ou, como o tribunal distrital determinou, pela nona Emenda que faz uma reserva de direitos para o povo, é amplo o suficiente para envolver a decisão da mulher se ela deve ou não pôr fim a sua gravidez (Anzalone, 1787-2001, p. 308).

Sendo assim, a Suprema Corte americana deu ganho a causa de Jane Roe, reconhecendo o direito da mulher de praticar o aborto, porém foi colocado requisitos para a prática ser considerada legal. O aborto só poderia ser feito antes do período de viabilidade, que é quando o bebê já possui um desenvolvimento mais avançado, sendo suficiente para sobreviver fora do útero materno, ou seja, em até 24ª semana o aborto é permitido, após esse período, o aborto só é permitido em casos de perigo à saúde da mãe.

O caso acima mencionado não mudou completamente o aborto nos EUA, mesmo valendo para todo o país, os Estados ainda tem um leve poder sobre a lei, pois os Estados americanos possuem mais autonomia sobre eles mesmos, não é permitido legislar sua proibição, mas podem criar restrições para a realização da interrupção da gravidez.

## 6.2 Alemanha

Na Alemanha o ordenamento jurídico é baseado no sistema romano-germânico. O aborto é tratado por códigos instituídos pelo poder legislativo. Durante o nazismo, todos e qualquer tipo de aborto era severamente punido, porém teve momentos em que o país foi mais liberal, liberando o aborto em algumas situações.

O aborto era proibido na Alemanha, foi no final do século XIX que começou a ser consideradas certas mudanças, com a pressão dos movimentos feministas e grande represálias de vários outros movimentos da sociedade alemã, os políticos não podiam ficar calados, sobre isso, eles afirmam:

O aborto se transformou em uma questão pública no final do século XIX. Tal fato ocorreu com os esforços de setores essencialmente reformistas da sociedade (v.g. socialistas, feministas e liberais). Estes buscavam colocar o controle de natalidade e questões de controle populacional na agenda política do Estado alemão. Na virada do século, tal empreitada tinha se transformado em um desafio amplo, que incluía desde a tentativa de diminuição e, até mesmo, a tentativa de eliminação das restrições ao aborto (FERREE, 2002, p. 26).

Todas as tentativas de eliminar o artigo que proibia o aborto na Alemanha eram barradas pelo parlamento daquela época (Reichstag). Com a pressão, o governo acabou cedendo e tornando legal o aborto em caso de risco à vida da grávida em 1927, porém com a chegada dos nazistas ao poder, toda força do movimento a favor do aborto se acabou.

Após toda essa turbulência que ocorreu pelo nazismo, com a reunificação das duas Alemanhas, era necessário juntar os dois ordenamentos jurídicos, ficou decidido em uma nova lei, que a mulher poderia abortar durante o primeiro trimestre de gravidez. Em 1995 a rede pública de saúde da Alemanha só poderia realizar o aborto em mulheres de classes mais pobres. Em 2010 foi criada uma restrição a mais para quem fosse abortar, todas as mulheres que almejam abortar devem passar por um aconselhamento que tenta motivar as gestantes a terem o filho.

## 6.3 Outros

Países como Malta, Vaticano, El Salvador, República Dominicana são os que tratam o aborto de maneira mais radical, proibindo em todos os casos ou situações.



Na França, o aborto é legal desde 1975, a permissão em até 12ª semana de gestação veio somente em 2012, porém é necessária realização de uma consulta com um especialista que irá avaliar todo o caso em específico. Quando a gestante for menor de idade, a entrevista psicossocial é obrigatória.

No México temos o que já é bem conhecido nos EUA, os Estados são bem mais autônomos e podem decidir assuntos como este, pois cada Estado tem uma legislação própria. Em 2007 o aborto foi liberado na Cidade do México em até 12ª semana da gestação, por decisão da mulher.

Já na China, por ser um país super populoso, existiu a política do filho único, que obrigava os casais a terem somente um filho, por tanto o aborto era completamente legal, pois não se podia ter mais que um filho, ela política existiu entre os anos 1970 e 2015, a estimativa foi de 336 milhões de abortos realizados neste período, esta política se extinguiu pelo crescente envelhecimento da população, agora é permitido ter no máximo dois filhos.

A Rússia que em sua grande parte da história teve seus momentos de proibição, passou a entender que não existem motivos bons para ser proibido, sendo atualmente liberada a interrupção da gravidez em até a 12ª semana.

Em 1920, a Rússia se tornou o primeiro país do mundo em permitir o aborto sob qualquer circunstância. Sendo proibido entre 1936 e 1954, a intervenção foi novamente legalizada, tornando-a permitida até a 12ª semana. Na União Soviética, pela falta de métodos anticoncepcionais e de educação sexual, o aborto era tido como a única ferramenta de planejamento familiar. Atualmente, a Rússia é o país com a maior quantidade de interrupções voluntárias da gravidez: calcula-se que, em média, são feitos 1 milhão de abortos voluntários por ano no país (MARTINS, 2017, on-line).

Em 2012 o Uruguai descriminalizou a prática do aborto, tendo a gestante que passar por um especialista para ser tomada a decisão mais segura possível. É permitido a interrupção da gravidez em até a 12ª semana e em casos de estupro em até 14ª semana.

Em 2018 na Argentina, houve uma proposta que aumentaria os direitos das mulheres na realização do aborto, foi aprovada pela Câmara dos Deputados, porém foi rejeitado pelo Senado logo depois, atualmente na Argentina só é permitido o aborto em caso de estupro ou quando existe risco à vida da gestante.

## 7. Aborto ilegal

O aborto ocorre sendo legal ou ilegal no Brasil, quase todas as mortes e sequelas poderiam ser evitadas se existisse a prestação de uma atenção médica apropriada, logo em imediato poderia salvar a vida de milhares de mulheres.

Figura 2: Estimativa de abortos clandestinos no Brasil



Fonte: Estimativa de abortos. Livro "Precisamos falar sobre aborto: mitos e verdades" DEROSA, Marlon 2018.

A criminalização do aborto torna real todos esses números, priva as mulheres de seu direito sobre o próprio corpo e de decidir sobre a própria vida. A descriminalização do aborto fará com que a mulher lide por esse momento difícil com segurança e alívio, pois mesmo com a descriminalização ainda será complexo e delicado.

Nenhuma mulher gosta de realizar o aborto, é como a última saída, infelizmente não tem outro jeito, o Estado tem que garantir a escolha da mulher e cuidar para que ocorra tudo bem, quantas vidas mais necessitam morrer em clínicas clandestinas para que o Estado forneça os cuidados necessários?

## 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante destes fatos discorridos, o que percebemos é um mundo que evoluiu muito quando se trata de aborto, porém ainda sim, muito atrasado em alguns países por conta de crenças e religiões.

O aborto provocado ocorre em grande escala no Brasil como mostra a figura 2, é preocupante saber que tantas mulheres arriscam suas vidas para tirar um filho indesejado do seu próprio corpo, porém é a realidade, mulheres morrem em mesas de operação clandestinas e se arriscam ficando com sequelas pro resto de suas vidas.

As pessoas pensam que se o acesso ao aborto for facilitado, as pessoas irão abortar todo ano, mas não é assim, ninguém quer abortar, porém quando acontece uma gravidez indesejada, essa é a saída cabível, a mulher que busca o aborto, conseguirá de maneira lícita ou ilícita, por tanto o Estado precisa dar suporte a esta mulher.

O Brasil e o resto do mundo precisam compreender que se trata de um direito pessoal da mulher, o Estado não pode intervir e decidir se ela tem que ter ou não aquele filho, já temos bons exemplos como os Estados Unidos, que mostrou resultados excelentes logo depois da descriminalização do aborto.

É preciso pensar na criança que é abandonada, a criança que nasce sem pais preparados, sem condições emocionais ou financeiras, que necessariamente acaba se marginalizando por conta de problemas educacionais, causando um grande problema social no futuro, afinal, se os pais dessa criança não foram responsáveis o suficiente para se prevenir, agora terão que ser para cuidar de uma vida?

## **9. REFERÊNCIAS**

ANZALONE, Christopher. United States Supreme Court. Supreme Court Cases on Gender and Sexual Equality 1787-2001.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Direito Penal: Parte especial I. Vol 6. Col. Saberes Do Direito. São Paulo: Saraiva, 2012.

CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. Leis de aborto no mundo. Disponível em: <<https://reproductiverights.org/worldabortionlaws>>. Acesso em: 20 de out. de 2019.

FERREE, Myra Marx. GAMSON, William Anthony. GERHARDS, Jürgen. RUCHT, Dieter. Op. Cit. Shaping Abortion Discourse: Democracy and the Public Sphere in Germany and the United States. 2002.

GRIMES, DA; Stuart, G (2010). Abortion jabberwocky: the need for better terminology. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/20103443>>. Acessado em: 20 de out. de 2019.

KOTTOW, Miguel. A bioética do início da vida. Rio de Janeiro. Editora FIOCRUZ, 2005.

MARTINS, Renata. A legislação sobre aborto no mundo. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/a-legisla%C3%A7%C3%A3o-sobre-aborto-no-mundo/a-41414071>>. Acessado em: 20 de out. de 2019.

MERSKY, Roy. HARTMAN, Gary. A Documentary History of the Legal Aspects of Abortion in the United States: Roe V. Wade, 2009.

## **A POSSIBILIDADE DE DIVULGAÇÃO DAS IMAGENS DE PRESOS OU DE PESSOAS INVESTIGADAS PELOS ÓRGÃOS DE SEGURANÇA PÚBLICA: os direitos e garantias constitucionais fundamentais à segurança pública e do acesso à informação pela sociedade devem prevalecer em vista da Lei de Abuso de Autoridade**

**JOAQUIM LEITÃO JUNIOR:**

Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso<sup>1</sup>.

**MARCEL GOMES DE OLIVEIRA<sup>2</sup>:**

Delegado de Polícia no Estado do Mato Grosso

*(coautor)*

### **1. INTRODUÇÃO**

No dia 03 de janeiro de 2020 entrou em vigor a Lei nº. 13.869/19, lei esta que veio definir os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído.

O estado confere aos seus agentes poder e atribuições, para exercê-las em seu nome. Estes poderes e atribuições encontram limitações dispostas em diversos diplomas legais. Assim, se dizer que em caso de abuso nos limites do exercício desse poder, poderá o agente público vir a incorrer nos crimes da citada lei.

---

<sup>1</sup> Atualmente lotado como delegado adjunto da Delegacia Especializada de Roubos e Furtos de Barra do Garças. Ex-assessor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Pós-graduado em Ciências Penais pela rede de ensino Luiz Flávio Gomes (LFG) em parceria com Universidade de Santa Catarina (UNISUL). Pós-graduado em Gestão Municipal pela Universidade do Estado de Mato Grosso - UNEMAT e pela Universidade Aberta do Brasil. Curso de Extensão pela Universidade de São Paulo (USP) de Integração de Competências no Desempenho da Atividade Judiciária com Usuários e Dependentes de Drogas. Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obra jurídica e autor de artigos jurídicos. Atualmente também é professor de cursos preparatórios para concursos públicos.

<sup>2</sup> Atualmente lotado na Delegacia Especializada de Homicídio e Proteção à Pessoa - DHPP. Especialista em Direito do Estado. Especialista em Metodologia do Ensino Superior. Atualmente é professor de cursos preparatórios para concursos públicos e professor da Academia de Polícia Judiciária Civil do Estado do Mato Grosso - ACADEPOL/MT.

Todavia, muito alarde se criou com o advento da nova lei de abuso de autoridade, em especial pelos agentes da segurança pública<sup>3</sup>.

Deve ser observado que este temor, provavelmente se deu por conta da análise abrupta da referida lei. Afirmamos isso coma veemência necessária, pois se levamos em consideração as disposições gerais da nova lei de abuso de autoridade, conjugadas com os preceitos básicos de tipo e tipicidade, elemento subjetivo específico do tipo, vedação ao crime de hermenêutica entre outros tantos, chegaremos à conclusão de que não há por que temer a citada lei.

Não por acaso, para que haja a prática de crime da lei de abuso de autoridade o agente público deverá agir inicialmente com a “finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal” (inteligência do §1º, art. 1º), portanto, caso não fique demonstrado que o agente agiu com estas finalidades específicas (elemento subjetivo específico do tipo), o fato será atípico.

O mesmo se dizer que, caso o agente público adote dentro dos parâmetros interpretativos determinada posição encampada pela doutrina ou jurisprudência, ainda que esta seja desfavorável ao réu, não se pode imputar ao agente os crimes da lei de abuso de autoridade, porquanto “a divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade” (inteligência do §2º, art. 1º).

A Constituição Federal de 1988, no art. 5º, incisos X, XLIX, prescreve que:

*“Art. 5º (...)*

*X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;*

*XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;*

*(...)”*

No mesmo sentido a Convenção Americana de Direitos Humanos no art.º 5º, I; e art. 11, I e II<sup>4</sup>.

---

3CF/88, Art. 144. (...) 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.

4 Artigo 5. Direito à integridade pessoal: I. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade: I. Toda pessoa tem direito ao



Dito isto, não se pode olvidar que a mesma Constituição, no art. 144, prevê que “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 (...)”.

Vencidas essas barreiras introdutórias, percebe-se que a mesma Constituição que assegura a inviolabilidade da honra, das imagens das pessoas etc. também assegura a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, assim como preserva também a segurança pública e o direito ao acesso à informação da sociedade como preceitos e diretrizes de um Estado Democrático de Direito.

Daí se dizer desde de já que a divulgação das imagens (ou vídeos) de presos (ou detentos), não configuram, por si só, eventual exposição a inviolabilidade da honra. Por isso, existem diversos motivos – em especial, quando lastreados pelo interesse público –, em que as imagens de pessoas presas (detidas), foragidas da justiça, procuradas pelas polícias entre outras (isso mesmo), DEVEM ser divulgadas, sem olvidar da redação do art. 20 do código civil brasileiro.

Para uma melhor compreensão do tema, remetemos o leitor ao tópico seguinte para a exata análise dos dispositivos que tratam sobre a matéria na nova lei de abuso de autoridade.

## **2. ANÁLISE PRELIMINAR DO ART. 13, INCISOS I E II, DA LEI 13.869/2019**

O dispositivo nevrálgico sobre a matéria vem disposto no art. 13, incisos I e II da Lei nº. 13.869/19, com a seguinte redação:

*Art. 13. Constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a:*

*I - exhibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública;*

*II - submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei;*

*(...)*

---

respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. II. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação”.

*Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, sem prejuízo da pena cominada à violência.*

Para que não restem dúvidas sobre o assunto aqui abordado, iremos expor de forma minuciosa e extremamente detalhada cada uma das situações em que os agentes da segurança pública poderão eventualmente enfrentar no dia-a-dia do seu trabalho.

Para se chegar na construção do conhecimento devemos primeiramente distinguir tipo e tipicidade e os elementos que compõem o tipo penal, assunto este relacionado a dogmática penal e fundamental para compreensão da temática aqui abordada.

## **2.1 Conceito de tipo**

“A função precípua do tipo é descrever objetivamente um comportamento proibido pelo Direito Penal, limitando e individualizando as condutas relevantes para o Direito Penal. Todos os elementos que compõem a descrição de um comportamento abstrato proibido pelo Direito Penal formam o tipo”i. Assim, podemos dizer que o tipo penal do crime de homicídio encontra-se no art. 121 do Código Penal: “Art. 121 – Matar alguém”.

## **2.2 Conceito de tipicidade**

“Já a tipicidade resulta da análise de uma conduta realizada no plano concreto e de seu posterior enquadramento na previsão abstrata de um comportamento descrito no tipo. A tipicidade nada mais é do que a subsunção da conduta concreta na conduta abstratamente prevista no tipo”ii. Em resumo, se alguém desfere várias facadas para matar outra pessoa, essa conduta (plano concreto – aquilo realizado) será enquadrado em determinado tipo penal, vez que se enquadrará nele, qual seja: “art. 121 – Matar alguém”.

## **2.3 Elementos que compõem o tipo penal**

Os elementos que compõem o tipo penal podem ser objetivos, normativos e subjetivos. Os elementos objetivos são facilmente constatados pelo sistema sensorial de cada indivíduo (*p. ex.*: autor da ação, uma ação ou uma omissão, um resultado, nexos causal e imputação objetiva). Já os elementos normativos, para serem constatados, exigem a aplicação de uma atividade valorativa, ou seja, um juízo de valor (*p. ex.*: “injustificadamente”, “manifestamente”). Por fim, os elementos subjetivos têm origem na psique e no espírito do autor e manifestam-se como a vontade que rege a ação do autor (*p. ex.*: dolo, dolo específico, culpa)iii.

Feito essas considerações, podemos dizer que o art. 13, incisos I e II da lei nº. 13.869/2019 (lei de abuso de autoridade), contém de forma abstrata determinado tipo penal.

Todavia, para que alguém, de fato, incorra em tal delito, ou seja, para que venha ocorrer tipicidade, é necessário que a conduta do agente (no plano concreto), se enquadre de forma *completa* no citado dispositivo, isto é, que preencha de forma completa todos os elementos descritos no tipo penal (sejam objetivos, normativos ou subjetivos), certo é, que para que ocorra tipicidade todos tem que ser preenchidos.

### **3. ANÁLISE DO ART. 13, INCISO I, DA LEI 13.869/19 – EXIBIÇÃO À CURIOSIDADE PÚBLICA**

Em avanço às análises, esmiuçamos abaixo o inciso I do art. 13, da lei 13.869/19, senão vejamos:

*Art. 13. Constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a:*

*I - exhibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública;*

*(...)*

*Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, sem prejuízo da pena cominada à violência.*

Dito isto, podemos ter as seguintes situações:

- 1)** O agente público + constrange o preso ou o detento + mediante violência + a, exhibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública;
- 2)** O agente público + constrange o preso ou o detento + grave ameaça + a, exhibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública;
- 3)** O agente público + constrange o preso ou o detento + redução de sua capacidade de resistência + a, exhibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública;

Além do mais vale acrescentar duas observações: uma, lembramos que para haver a aplicação da lei de abuso de autoridade é primordial se demonstrar a finalidade específica do agente do agente (prevista no art. 1º, §1º, da Lei 13.869/19), isto é, o elemento subjetivo específico, ou seja, deverá ser demonstrado que o agente

praticou qualquer uma das três condutas acima com a “finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal” (inteligência do §1º, art. 1º), portanto, caso não fique demonstrado que o agente agiu com estas finalidades específicas, o fato será atípico, não se enquadrando no citado dispositivo, embora poderá configurar outro delito – por exemplo, crime contra a honra ou lesão corporal.

Duas, ainda vale ressaltar que para que haja a correta adequação do fato no âmbito concreto ao dispositivo contido na norma é necessário que a conduta do agente se dê com a exibição do corpo ou parte dele à *curiosidade pública*.

De antemão deve ser observado que as palavras dispostas nos dispositivos penais são dotadas de significados específicos. Portanto, salientamos em alto tom que “curiosidade pública” não se confunde com “interesse público”.

Mas, afinal, o que vem a ser **curiosidade pública**? O Delegado de Polícia Marcelo de Lima Lessa (2020, p. 1), afirma com precisão que “quando a lei fala em “curiosidade pública”, ela faz alusão a exibição desprovida de finalidade específica ou interesse público, onde se visa, tão somente, entregar o sujeito a sanha popular de saber quem ele é e o que fez. Esse é o ponto crucial”<sup>5</sup>.

Sobre o assunto disserta o promotor de Justiça Renato Brasileiro (2020, p. 153) que “o fato de ser um indivíduo ter sido preso por agentes do Estado não significa dizer que tal pessoa possa ser livremente exibida à sociedade como um verdadeiro animal que acaba de ser capturado. Por força desse populismo penal irracional que vigora nos dias de hoje, não se pode admitir que presos sejam constrangidos a mostrar seus rostos nas famosas “apresentações à polícia”, que tenham seus cabelos puxados para trás, ou seus queixos levantados para cima, tão somente para satisfazer o interesse da mídia, sem ávida por essas imagens: primeiro, diante do interesse que despertam junto à sociedade; segundo, pelo fato de terem o potencial de elevar os índices de audiência e, conseqüentemente, aumentar o valor da comercialização de espaços publicitários. Tampouco se revela justificada essa prática porque geralmente praticada de modo a atender ao interesse pessoal do agente público, interessado em aproveitar desse momento de publicidade ostensiva para buscar sua autopromoção, invariavelmente com publicações nas redes sociais”.

---

<sup>5</sup>Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/78894/afinal-e-permitida-a-exibicao-de-imagem-de-presos-ou-detentos-apos-a-nova-lei-de-abuso-de-autoridade>. Acesso em: 19/03/2020.

Rogério Sanches Cunha e Rogério Greco (2020, p. 131) também demonstram que a curiosidade pública está ligada ao fato de revelar o preso “perante uma população ávida de vingança e curiosidade”, ou então no simples fato dos presos “serem indevidamente expostos à imprensa, curiosa por saber a respeito de suas identidades”.

Feita essas considerações, podemos afirmar que se o agente público vier a agir dentro do *interesse público*, não poderá ser responsabilizado criminalmente, pois a própria Lei de Abuso de Autoridade exige dolo específico demonstrado, sob pena do fato restar atípico.

Não por acaso, o Ministério Público do Rio Grande do Sul, publicou no dia 04 de março de 2020, a orientação n. 01/2020, que “orienta sobre a aplicação da Lei n. 13.869, de 05 de setembro de 2019 - Lei de Abuso de Autoridade - no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul”<sup>6</sup>.

O procurador-geral de Justiça, Fabiano Dallazen (2020, p. 1), afirmou que “os enunciados foram construídos buscando dar proteção e um entendimento, sem caráter vinculante, aos promotores que atuarem em representações por conta de abuso de autoridade, bem como o posicionamento do procurador-geral ao analisar representações a respeito do tema. São enunciados que compatibilizam, de um lado a necessidade de objetividade dentro das narrativas e, de outro, o dever de publicidade e o direito de informação que a sociedade tem a respeito do trabalho e das investigações feitas pelo Ministério Público **e pelas polícias**”.

Observe que até mesmo os órgãos policiais foram abrangidos pela citada orientação, vez que, no final das contas, caberá ao Ministério Público o controle externo da atividade policial (art. 129, VI, CF/88)<sup>7</sup>.

Abaixo enumeramos as principais orientações editadas pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul sobre o tema relacionado a eventual divulgação de nomes, imagens, ações e atos relativos ao cumprimento das funções institucionais, as quais compactuamos em sua integralidade, vejamos:

***Enunciado n. 1: “Os tipos incriminadores da Lei de Abuso de Autoridade somente se perfectibilizam quando praticados pelo agente com a***

---

<sup>6</sup> Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/noticias/50752/>. Acesso em 13/03/2020.

<sup>7</sup> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

***finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal, nos termos do disposto no § 1.º do art. 1.º da Lei n. 13.869/2019”.***

Conforme já salientamos alhures todos os delitos da lei de abuso de autoridade exigem o dolo específico (elemento subjetivo específico do tipo), caso esse elemento não seja demonstrado pela acusação na inicial da peça acusatória a denúncia deverá ser rejeitada, pois dolo não se presume, se comprova através da análise do caso concreto. Abaixo, vejamos o enunciado n. 2:

***Enunciado n. 2: “Não constitui abuso de autoridade tipificado na Lei 13.869/19 a divulgação, em meios de comunicação e redes sociais, de ações, procedimentos e atos relativos ao cumprimento das funções institucionais do membro do Ministério Público”.***

Em analogia podemos afirmar que tal dispositivo também seria aplicável aos órgãos policiais – pois, onde há o mesmo fato impera o mesmo direito. Assim, a divulgação em meios de comunicação e redes sociais, de ações, procedimento e atos relativos ao cumprimento das funções institucionais de membros dos órgãos de Segurança Pública não constitui abuso de autoridade tipificada na lei 13.869/19.

Nesta situação estaríamos diante das coletivas de imprensa ou até mesmo de notas técnicas emitidas pelas assessorias de comunicação ('releases'), onde são repassadas aos meios de comunicação às ações (p. ex.: operações policiais), relativas ao cumprimento das funções institucionais, seja das Polícias Judiciárias Cíveis (através do Inquérito Policial), das Polícias Militares (através do Inquérito Policial Militar), seja do Ministério Público (através dos Procedimentos de Investigação Criminal na visão do STF) etc.

Lembramos, ademais, que em tais situações não poderá os referidos órgãos jamais atribuir juízo antecipado de culpa<sup>8</sup>.

***Enunciado n. 3: “Não constitui crime de abuso de autoridade a narrativa técnica e de forma oficial aos veículos de informação das diligências alcançadas a partir de elementos de prova em expediente investigatório regularmente instaurado”.***

---

<sup>8</sup>Art. 38. Antecipar o responsável pelas investigações, por meio de comunicação, inclusive rede social, **atribuição de culpa**, antes de concluídas as apurações e formalizada a acusação: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.



Observe que não se trata de meras especulações, pois aqui há um procedimento investigatório regularmente instaurado. E, caso as diligências realizadas a partir de elementos de prova já documentados venham a ser externados através de uma narrativa técnica e de forma oficial aos veículos de comunicação não há que se falar em crime da lei de abuso de autoridade.

Primeiro, pois não restará demonstrando o dolo específico de “prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal”. Segundo, por total falta de tipicidade, lembrando que, neste caso, não se pode operar juízo de culpa em desfavor dos investigados, sob pena de vir eventual a ocorrer o delito do art. 38 da Lei de abuso de autoridade.

***Enunciado n. 4: “Não constitui crime de abuso de autoridade a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa se necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, conforme o art. 20 do Código Civil de 2002”.***

Terceiro, porque a Constituição Federal eleva à segurança pública ao status de direito e garantia fundamental, assim como o direito e garantia da sociedade ao acesso à informação da de criminosos e das práticas de infrações penais como preceitos de um Estado Democrático de Direito. Ademais, a própria Carta Magna assegura também ao jornalista, o livre exercício da imprensa para dar transparência e levar informações relevantes da segurança pública a sociedade. Portanto, é um enlace que não pode ser suprimido, em regra, por uma lei infraconstitucional.

Aqui, na orientação de nº. 4 encontramos diversas situações onde a imagem de pessoas presas ou detidas poderão ser divulgadas, atendendo o interesse público (isto é, quando houver necessidade de administração da justiça ou à manutenção da ordem pública).

Não por acaso, a própria legislação pátria, no art. 20 do Código Civil permitir tais publicações. Diante disso – confronto do art. 20 do Código Civil e o art. 13, I da Lei de abuso de autoridade –, só há uma exegese a ser seguida: a nítida distinção entre interesse público (necessidade de administração da justiça ou manutenção da ordem pública) e curiosidade pública (demonstração de preso como troféu). Com isto, havendo o interesse público (necessidade de administração da justiça ou

---

9 Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

manutenção da ordem pública) entendemos pela permissão de divulgações de imagens (fotografias e vídeos) de pessoas presas ou alvos de ações pelos órgãos de segurança pública.

Tecendo comentários sobre o art. 20 do Código Civil a saudosa Maria Helena Diniz (2012, p. 52), acrescenta ainda que “limitações ao direito à imagem: Todavia, há certas limitações do direito à imagem, com dispensa da anuência para sua divulgação, quando: (...) c) se procurar atender à administração ou serviço da justiça ou de polícia, desde que a pessoa não sofra dano à sua privacidade; d) se tiver de garantir a segurança pública nacional, em que prevalecer o interesse social sobre o particular, requerendo a divulgação da imagem, p. ex., de um procurado pela polícia ou a manipulação de arquivos fotográficos de departamentos policiais para identificação de delinquente. (...)”.

Vale acrescentar ainda, diversos exemplos de imagens de presos que são divulgadas cotidianamente voltadas ao interesse público (*p. ex.*: foragidos da justiça etc.) ou manutenção da ordem pública (divulgação de fotos de presos evadidos de presídios etc.). Vejamos abaixo algumas imagens sobre o assunto:



(acima fotografias de foragidos da justiça, disponibilizadas em link do disque-denúncia no sítio da Polícia Civil do Rio de Janeiro, inclusive com oferecimento de recompensa)<sup>10</sup>.



(acima fotografias de foragidos da justiça, disponibilizadas no sítio do Ministério da Justiça)<sup>11</sup>.

Abaixo, encontramos o enunciado nº. 7, onde estamos diante de uma forma de complementação do enunciado nº. 4, ou seja, a divulgação de imagem de preso, conjugada com a divulgação de nome ou qualquer outro dado da identidade do suspeito que se encontra foragido, não constitui, por si só, crime de abuso de autoridade, em vista da existência do interesse público na sua localização e (re)captura, vejamos:

***Enunciado n. 7: “Mesmo durante o curso da investigação criminal, a divulgação do nome, de fotografia, ou de qualquer dado da identidade do suspeito que se encontre foragido não constitui, por si só, crime de abuso de autoridade, em vista da existência do interesse público na sua localização e (re)captura”.***

<sup>10</sup> Disponível em: <http://www.procurados.org.br/>. Acesso em 19/03/2020.

<sup>11</sup> Disponível em: <https://www.novo.justica.gov.br/procurados>. Acesso em 19/03/2020.

Dando prosseguimento ao assunto o Ministério Público do Rio Grande do Sul, também afirmou na orientação n. 01/2020 que:

***Enunciado n. 5: “Durante a investigação criminal, a mera narrativa de seu conteúdo, com divulgação do nome, de fotografia ou de qualquer dado da identidade do suspeito pela autoridade policial ou ministerial não constitui, por si só, crime de abuso de autoridade”.***

Andou bem o Ministério Público do Rio Grande do Sul em reforçar que o simples fato de se divulgar o nome, fotografia ou qualquer outro dado de identidade do suspeito pela autoridade policial ou ministerial, não constituirá de forma automática em crime da lei de abuso de autoridade.

Mais uma vez lembramos que para que haja qualquer delito da lei de abuso de autoridade é imprescindível a finalidade específica de “prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal”. Daí se dizer, conforme o enunciado nº. 5, que a “mera divulgação”, não constitui, “por si só”, crime de abuso de autoridade.

#### **4. ANÁLISE DO ART. 13, INCISO II, DA LEI 13.869/19 – SUBMISSÃO A VEXAME OU A CONSTRANGIMENTO ILEGAL**

Agora passaremos à análise do inciso II do art. 13, da lei 13.869/19, onde trata da submissão de preso ou detento a situação vexatória ou constrangimento não autorizado em lei, vejamos:

*Art. 13. Constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a:*

*(...)*

*II - submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei;*

*(...)*

*Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, sem prejuízo da pena cominada à violência.*

Dito isto, podemos ter as seguintes situações:

- 1) O agente público + constrange o preso ou o detento + mediante violência + a, submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei;
- 2) O agente público + constrange o preso ou o detento + grave ameaça + a, submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei;
- 3) O agente público + constrange o preso ou o detento + redução de sua capacidade de resistência + a, submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei;

No crime do inciso II do art. 13 da Lei 13.869/19 o legislador pune a conduta do agente público que “constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei”.

Ao contrário do inciso I que pune a exibição do preso ou detento a curiosidade pública, aqui, no inciso II pune a submissão do preso ou detento a situações vexatórias ou constrangimento não autorizado em lei.

Da análise do dispositivo, podemos verificar duas situações distintas:

- a) Submissão a *situação vexatória*: trata-se das situações humilhantes, vergonhosas ou desonrosas. Conforme Renato Brasileiro (2020, p. 154) “restará caracterizado, por exemplo, se o preso ou detento for constrangido, mediante violência, grave ameaça ou redução da sua capacidade de resistência, a vestir uma roupa vexatória, a ficar nu, a ser objeto de uma cusparada, a gravar um vídeo pedindo desculpas à vítima ou à sociedade, ou cantar ‘parabéns pra você’ com os Policiais Militares, Policiais Civis ou de outras forças na eventualidade de se preso em flagrante no dia do seu 18º aniversário”. Ainda citamos outros exemplos, obrigar o preso a cantar canções, imitar animais, fazer determinadas posições etc.
- b) Submissão a *constrangimento não autorizado por lei*: observe que a prisão, por si só, já se trata de um constrangimento, o mesmo se dizer em relação a certas medidas disciplinares impostas pela Lei de Execução Penal, como por exemplo, a colocação em regime disciplina diferenciado. Todavia, tais procedimentos estão amparados por lei. Portanto, só haverá o delito em exame se o constrangimento não for autorizado por lei. A título de exemplo,



podemos afirmar dos casos de utilização de algemas de forma espetacular, em resumo, em desconformidade com a Súmula Vinculante n. 11 do STF<sup>12</sup>.

Nessa esteira de raciocínio, o Ministério Público do Rio Grande do Sul ter editado o enunciado n.º. 6, onde informa que:

***Enunciado n. 6: “Durante a investigação criminal, a divulgação de fotografia do suspeito não deve apresentar caráter vexatório nem sugerir a sua culpa pela prática do delito, recomendando-se que se opte pelas imagens constantes de arquivos oficiais, quando disponíveis e suficientes para a identificação”.***

Mais uma vez, ficou clara a possibilidade de durante a investigação criminal de vir a ser divulgada fotografias de suspeitos, desde que estas não apresentem caráter vexatório, nem sugestione a sua culpa pela prática do delito<sup>13</sup>. A título de ilustração, o dispositivo afirma ainda como sugestão que as autoridades responsáveis por investigações optem pelas imagens constantes de arquivos oficiais, quando disponíveis e suficientes para a identificação.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto é possível perceber que, uma vez verificada a presença do interesse público na divulgação da imagem (fotografias ou vídeos), nome ou qualquer outro dado da identidade do suspeito, estas condutas não constituirão crime da lei de abuso de autoridade, vez que estaremos diante da nítida diferença entre curiosidade pública e interesse público.

Sempre é salutar lembrar que para a caracterização dos crimes da lei de abuso de autoridade, deverá estar presente e devidamente comprovado o elemento subjetivo específico do tipo, denominado dolo especial, onde o agente deve agir com “finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal” (inteligência do §1º, art. 1º), portanto, caso o elemento subjetivo específico do tipo, denominado dolo especial

---

12 Súmula Vinculante n. 11: Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

13 Vale lembrar mais uma vez a redação do art. 38 da Lei nº. 13.869/2019: Art. 38. Antecipar o responsável pelas investigações, por meio de comunicação, inclusive rede social, **atribuição de culpa**, antes de concluídas as apurações e formalizada a acusação: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.



não fique demonstrado que o agente agiu com estas finalidades específica (elemento subjetivo específico do tipo), o fato será atípico”.

## **BIBLIOGRAFIA**

CUNHA. Rogério Sanches; GRECO. Rogério. **Abuso de Autoridade**: lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo. Salvador: Juspodivm, 2020.

DA SILVA, Regina Beatriz Tavares (coordenadora). **Código Civil comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Vários autores.

LESSA. Marcelo de Lima. Afinal, é permitida a exibição de imagem de preso ou detento após a nova Lei de Abuso de Autoridade? Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/78894/afinal-e-permitida-a-exibicao-de-imagem-de-preso-ou-detento-apos-a-nova-lei-de-abuso-de-autoridade>>. acesso em: 19/03/2020.

LIMA. Renato Brasileiro. **Nova lei de abuso de autoridade**. Salvador: Juspodivm, 2020.

SILVA. Bruno Florentino. **Tipo e Tipicidade**. Disponível em: <<https://brunoflorentinosilva.jusbrasil.com.br/artigos/183249818/tipo-e-tipicidade-tipo-objetivo-e-tipo-subjetivo-dolo-e-culpa>>. Acesso em 13/03/2020.

## **PUBLICIDADE E MARKETING JURÍDICO: LIMITES E POSSIBILIDADES CONFORME O CÓDIGO DE ÉTICA E DISCIPLINA DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL**

**HELEN CRISTINY DE SOUSA AMARAL:**

Acadêmica do curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo – FASEC.

**Karine Alves Gonçalves Mota[1]**

**(orientadora)**

**RESUMO:** Desde meados do século XX, havia-se um pensamento pré-fixado de que era inviável o uso da publicidade e do *marketing* no meio jurídico, pois estes métodos eram vistos como algo que ia contra aos princípios éticos que regem a advocacia. Em contrapartida, é notório que nos dias atuais se faz necessário que o advogado possua meios e ferramentas para fidelizar seu cliente não utilizando a advocacia de forma mercantil, respeitando o Código de Ética e Disciplina em todas suas diretrizes. Logo, a presente pesquisa, tem por objetivo discorrer sobre os limites e as possibilidades da publicidade e do marketing jurídico, para o profissional advogado. Trata-se de uma revisão bibliográfica de caráter descritivo e exploratório, em que foram utilizadas como fontes bibliográficas publicações fundamentadas em materiais bibliográficos disponibilizados através de consultas em *sites*, bibliotecas virtuais, livros, arquivos digitais, doutrinários, legislações vigentes e jurisprudência e outros meios de divulgação de informação em redes sociais. Conclui-se através das evidências da pesquisa, que o profissional advogado possui amparo do Código de Ética e Disciplina, sendo que a publicidade permitida ao profissional advogado, possui o caráter meramente informativo e deve primar pela discrição e sobriedade, não podendo configurar-se na captação de clientela ou mercantilização da profissão.

**Palavras-chave:** Publicidade; Marketing Jurídico; Código de Ética e Disciplina.

**ABSTRACT:** Since the middle of the twentieth century, there was a pre-established thought that the use of advertising and marketing in the legal environment was not viable, as these methods were seen as going against the ethical principles that govern advocacy. On the other hand, it is well known that nowadays it is necessary for the lawyer to have means and tools to retain his client, not using the law in a commercial way, respecting the Code of Ethics and Discipline in all its guidelines. Therefore, this research aims to discuss the limits and possibilities of advertising and legal marketing, for the professional lawyer. This is a descriptive and exploratory bibliographic review, in which publications based on bibliographic materials made available through consultations on websites, virtual libraries, books, digital files, doctrines, current legislation and jurisprudence and other means of use were used as

bibliographic sources. dissemination of information on social networks. It is concluded through the research evidence, that the professional lawyer is supported by the Code of Ethics and Discipline, and the advertising allowed to the professional lawyer, has a purely informative character and must excel in discretion and sobriety, and cannot be configured in attracting customers or commercializing the profession.

**Keywords:** Publicity; Legal Marketing; Code of Ethics and Discipline

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. Desenvolvimento – 2.1 conceito de publici de Publicidade e Marketing Jurídico – 2.1.1 Limites, possibilidades e critérios do Marketing e Publicidade – 2.2 O Código de Ética em relação à publicidade no âmbito da advocacia – 2.2.1 Relevância e Controle da Publicidade – 2.3 A publicidade voltada para os advogados e escritórios de advocacia – 2.3.1 A divulgação do escritório de advocacia através da publicidade – 2.4 Marketing Pessoal no âmbito jurídico – 2.4.1 Networking no âmbito jurídico – 2.4.2 Ferramentas de comunicação social, o patrocínio de eventos e meios eletrônicos – 2.4.3 As Redes Sociais – 2.4.4 Marketing Jurídico em tempos de pandemia pelo novo COVID-19 – 3. Considerações finais – 4 – referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Com avanço da globalização e conseqüentemente da tecnologia, desencadeia uma grande competição de ofertas de produtos e serviços, se faz necessário que tenha uma diferenciação de meios para chamar consumidores, através da publicidade e do marketing. O consumidor do século XXI é completamente diferente do consumidor do século XX, que era influenciado diretamente por propagandas e induzido a consumir determinada marca, sem sequer pesquisar sobre, que atualmente, se tornou mais exigente, sempre pesquisa antes de adquirir um serviço ou produto desejado.

A presença do marketing digital faz com que o advogado alcance seu consumidor, levando até ele as respostas para sua demanda. Além do mais, o mesmo serviço em diversos locais exige essa necessidade da efetivação do marketing jurídico. Assim como as demais áreas foram modificaram seus meios de fazer negócios, no Direito não seria diferente, o marketing jurídico, é o meio utilizado pelos advogados para captação e fidelização de clientes sem ferir o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil.

Portanto, a utilização das redes sociais como: YouTube, Facebook, LinkedIn, Whatsapp, Twitter e Instagram, tornaram-se indispensáveis sendo aliadas nas divulgações de serviços e produtos, visto que seus potenciais clientes tem a comodidade de acompanhar postagens e notícias utilizando deste meio.

Dessa forma, a escolha desse tema é justificada pelo interesse e necessidade de conhecer como deve ser a prática de uma advocacia ética com as demandas dos novos tempos, que antes era barrado por ser uma prática mercantil, hoje é aplicado pelos maiores escritórios de advocacia, sendo não mais uma prática de venda, mas uma forma de criar relacionamento advogado-cliente, são frutos, sobretudo, das mudanças tecnológicas, pensando o marketing jurídico e na publicidade como ferramenta essencial dentro do contexto da sociedade em transformação que se discorre em utilizar as redes sociais a favor do escritório, identificar as limitações legais e éticas da publicidade da atividade jurídica, frente ao Código de Ética da OAB.

Ao levar em conta isso, a metodologia do marketing jurídico necessita de um planejamento adequado e o desenvolvimento de boas estratégias. Portanto, é possível dirimir resultados efetivos e se destacar. Vale ressaltar que para alcançar bons resultados, é necessário que as ações estejam integralmente conectadas aos objetivos do escritório.

Assim, a pergunta norteadora desta pesquisa é "Quais são as possibilidades do marketing jurídico e publicidade, de acordo com o que dispõe o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil?". Nessa revisão bibliográfica, será estudado o Código de Ética e Disciplina dos Advogados do Brasil, além de demais leis e regulamentos com o objetivo de deixar claro os limites e possibilidades nesse novo método de trabalho e atuação profissional.

Trata-se de uma revisão bibliográfica de caráter descritivo e exploratório, em que foram utilizadas como fontes bibliográficas publicações fundamentadas em materiais bibliográficos disponibilizados através de consultas em *sítes*, bibliotecas virtuais, livros, arquivos digitais, doutrinários, legislações vigentes e jurisprudência e outros meios de divulgação de informação em redes sociais.

No capítulo I, será abordado sobre o conceito de publicidade e marketing jurídico; e os limites, possibilidades e critérios do Marketing e Publicidade. Seguindo, no capítulo II, será discutido sobre o Código de Ética em relação à publicidade no âmbito da advocacia; e a relevância e Controle da Publicidade. Em seguida, no capítulo III, será tratado sobre a publicidade voltada para os advogados e escritórios de advocacia; e a divulgação do escritório de advocacia através da publicidade. Já no capítulo IV, será abordado sobre o *Marketing* Pessoal no âmbito jurídico; e o *Networking* no âmbito jurídico.

## **2. DESENVOLVIMENTO**

A utilização dos meios de comunicação se tornara essenciais para a divulgação de serviços ofertados por muitas das profissões, incluindo os advogados. O

marketing jurídico, trata-se de um dos fatores indispensáveis para que o escritório de advocacia alcance uma maior rede de clientes para a oferta de maiores serviços (BASSO; BRITO; WENDRAMIN, 2019).

Como se sabe, a internet e as redes sociais ocupam um papel de extrema relevância para uma classe profissional que carrega de forma intrínseca à sua função social, além de contribuir com uma sociedade que cada vez mais se comunica e expressa através dos canais digitais, fazendo com que o advogado tenha o dever de se fazer presente nesse tipo de ambiente. Analisando isso, discorre Pagani (2018):

O mercado atual da advocacia está com números de fato alarmantes, e em um mercado de milhões se destacar não é uma tarefa fácil. Os advogados têm cada vez mais procurado novos caminhos para o cenário da advocacia, e com toda essa mudança, criou-se a necessidade de uma advocacia especializada. Definir o público alvo nada mais é do que segmentar o mercado, estabelecer quem se quer de fato atingir. Logicamente, é muito difícil que alguém consiga escrever e produzir conteúdo de toda a matéria pertinente ao direito (PAGANI, 2018, p. 21-22).

O marketing jurídico é tão somente todas as estratégias de marketing direcionada para o mercado jurídico. No Brasil, há uma crença de que advogado não pode fazer marketing, que se deu através de uma má interpretação das normas do Código de Ética (PAGANI, 2018, p. 24).

O marketing jurídico devido é de grande valia e indispensável para os meios digitais em que estão se acercando no presente momento ao qual estamos vivenciando.

## **2.1 Conceito de Publicidade e Marketing Jurídico**

A publicidade, refere-se as divulgações de serviços ou bens sem a intenção direta de influenciar e/ou persuadir o público, ou seja, trata-se da disseminação de informações de forma discreta e sem alardes, para um público menor e específico, em que observa-se a existência de interesse, por menor que seja (OLIVEIRA, 2014).

É um meio bastante viável e atual, que tem feito parte dos serviços ofertados por diversos ramos empresariais e institucionais, com o intuito de alcançar um público cada vez maior, através da informatização que a publicidade favorece por meio da rede de comunicação.

Etimologicamente, o termo publicidade, vem do latim *publicus*, que significa “público, qualidade do que é público”. E baseia-se na divulgação de informações a respeito de pessoas, ideias, serviços ou produtos para um público, através de mensagens publicitárias, lançadas por meio da mídia ou outros meios de divulgação, com o objetivo de suggestionar e motivar um público-alvo (MAIA, 2012).

Já no Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil (CEOAB), possui um capítulo específico denominado: “Da publicidade profissional”, onde encontra-se como definição para o termo publicidade, a atividade que carrega o objetivo de tornarem públicos os serviços, ou seja, evidenciar a existência dos mesmos, sem possuir como finalidade primordial o convencimento de um terceiro, com foco na venda. Isto é, significa o ato de tornar público, sem necessariamente implicar em persuasão (FRAGOSO JÚNIOR, 2017).

Caminhando para a delimitação do conceito do termo marketing, temos que este refere-se a uma mistura de identificação e sustentação de necessidades humanas e sociais, suprimindo necessidades visando a geração de lucros (BASSO; BRITO; WENDRAMIN, 2019).

Já o marketing jurídico, é uma atividade de geração de valor para clientes de serviços advocatícios, respeitando as diretrizes deontológicas estabelecidas pelo Estatuto, Código de Ética e Disciplina, provimentos administrativos da OAB e o posicionamento dos Tribunais de Ética e Disciplina de cada seccional (ORSINI, 2018).

Observa-se que o marketing jurídico para o advogado, trata-se da maneira como este irá divulgar e desenvolver uma rede de trabalho, pois com o marketing, o profissional tem uma maior possibilidade de ser conhecido em seu meio de atuação.

Ou seja, refere-se a uma atividade de geração de valor para clientes de serviços jurídicos. Via de regra, fala-se de marketing jurídico como atividade de advogados, mas pode-se ampliar o conceito para outras atividades jurídicas que também visem a geração de valor para um público-alvo, como por exemplo, os serviços notariais (OLIVEIRA, 2014).

Assim, temos que o marketing jurídico, é o conjunto de ações estrategicamente pensadas para posicionar os advogados no mercado de trabalho. São essas ações que vão mostrar ao público-alvo, quais são as suas especialidades e quais situações este costuma tratar. Tratando-se assim, de uma ferramenta ideal para aproximar os clientes certos aos serviços prestados.



Além disso, o conceito é utilizado para fortalecer a imagem dos advogados sem infringir o Código de Ética da OAB. Os hábitos de consumo das pessoas mudaram drasticamente com a chegada da internet. Com isso, tornou-se fundamental adaptar-se a globalização e estratégias de mercado, dando atenção primordial as necessidades dos clientes, aliada a forte presença digital (ORSINI, 2018).

Diante das definições, é relevante salientar que o foco do marketing jurídico é a prestação do atendimento às necessidades de cada cliente. Tais necessidades não estão concentradas apenas na prestação dos serviços jurídicos ou prestação de informações. Envolve ainda a qualidade do atendimento, a credibilidade do profissional, as instalações, localização do escritório, facilidade de contato e a própria expectativa do cliente, dentre outras (MELO, 2015).

O marketing jurídico e a publicidade ambos devem atender as necessidades dos clientes, como prestar o serviço com qualidade, credibilidade e de modo que atenda a expectativa de um todo.

### **2.1.1 Limites, possibilidades e critérios do Marketing e Publicidade**

Um escritório de advocacia precisa de ferramentas para se promover, e para isso, o profissional atuante neste setor precisa aprender a utilizar o marketing de maneira útil e ética, como ocorre em outras profissões.

O marketing é uma forma de atender necessidades, é uma maneira de se relacionar melhor com os clientes, é o desenvolvimento de competências, de produtos e serviços com o objetivo de servir e atender melhor o determinado público-alvo (KOETZ, 2018).

Assim, nota-se que é possível a utilização de ferramentas de marketing, como por exemplo, a correspondência e o telemarketing de maneira harmônica com os interesses deste público, de forma a criar comodidade, em informá-los e prestar-lhes serviços, sendo uma questão de bom senso e de criatividade (FRAGOSO JÚNIOR, 2017).

Todavia, conforme o CEOAB, existem algumas limitações em relação uso do marketing jurídico digital. O artigo 5º do Código de Ética, expressa a incompatibilidade do exercício da advocacia com procedimentos de mercantilização, ou seja, não é permitida a transformação de serviços jurídicos em uma mera mercadoria, visando a total persuasão do público. Esta prática, quando realizada de maneira inapropriada, pode vir a destituir a remuneração recebida, mediante a prestação de serviços advindos da prática incorreta do método e, conseqüentemente, pode vir a prejudicar a qualidade da prestação dos serviços. Afinal, surge a partir daí

a necessidade de sobrecarga do profissional para compensação financeira (GOLDHAR, 2019).

Ou seja, a publicidade profissional do advogado tem caráter meramente informativo e deve primar pela discricção e sobriedade, não podendo configurar captação de clientela ou mercantilização da profissão, conforme o artigo 39 (KOETZ, 2018).

É justamente a preservação da advocacia da mercantilização que leva às vedações dos artigos 40 e 42. No artigo 40, é vedada a propaganda em mídias como o rádio, o cinema, a televisão, *outdoors*, painéis luminosos e outros mobiliários urbanos; além de, inscrições e cartazes em espaços públicos, veículos e elevadores; divulgação de serviços e contatos (com exceção a e-mails) em publicações; o incentivo ao litígio (processo); a divulgação de serviços junto com outras atividades; a mala direta para a captação de novos clientes; e a distribuição de panfletos (OAB, 2015).

Já o artigo 42, veda o advogado de responder com recorrência consultas sobre matérias jurídicas nos meios de comunicação; debater nesses meios causas sob o patrocínio de outro advogado; abordar temas que comprometam a dignidade da profissão; divulgar suas listas de clientes e demandas; ou ainda, insinuar-se para reportagens ou declarações públicas (OAB, 2015).

Em contrapartida, no que diz respeito as permissões o Código de Ética é um pouco vago em algumas definições. Porém, o provimento nº 94/2000, delimita com maior precisão as possibilidades de publicidade (KOETZ, 2018).

Conforme o artigo 5º, são admitidos como veículos de informação publicitária da advocacia a internet, o fax, o correio eletrônico e outros meios de comunicação semelhantes. A respeito das páginas mantidas nos meios eletrônicos de comunicação, estas podem fornecer informações a respeito de eventos, de conferências e outras de conteúdo jurídico, úteis à orientação geral, contanto que estas últimas não envolvam casos concretos nem mencionem clientes (OAB, 2015).

Afinal, como se sabe, a internet desde a sua eclosão, vem transformando junto com a globalização, a maneira como os negócios podem ser administrados e propagados, essas mudanças são tão efetivas que chegaram até o ramo da advocacia, onde tem-se as ferramentas dispostas pelo marketing jurídico, técnica esta que amplia o alcance do escritório e permite entregar valor aos possíveis clientes antes mesmo de fechar negócio propriamente dito.

No artigo 7º, evidencia-se que é permitida a participação do advogado em programas de rádio, de televisão e de qualquer outro meio de comunicação, inclusive eletrônica, se este limitar-se a entrevistas ou a exposições sobre assuntos jurídicos de interesse geral, visando objetivos exclusivamente ilustrativos, educacionais e instrutivos para esclarecimento da comunidade em geral, por exemplo (OAB, 2015).

Portanto, nota-se que a OAB, como órgão que regulamenta a classe jurídica, busca através do seu código, estar em constante atualização, para que possa promover o zelo dos seus interesses, para a oferta de uma advocacia séria e regida pela prática social do profissional, zelando pela justiça e o equilíbrio do sistema jurídico a toda a população (BASSO; BRITO; WENDRAMIN, 2019).

Á OAB, regulamenta de forma que os limites, as possibilidades e critérios do marketing se voltem para uma advocacia correta, séria e seja praticada com zelo pelo profissional com a obtenção de êxito para todos os envolvidos.

## **2.2 O Código de Ética em relação à publicidade no âmbito da advocacia**

A princípio, a publicidade profissional do advogado era regulamentada somente pelo Estatuto da Advocacia, pelo Código de Ética e Disciplina da OAB e pelos provimentos nº 75/92, e, posteriormente, 94/2000 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Contudo, o atual Código de Ética, em vigor desde 2016, manteve o conservadorismo, mas trouxe inovações pontuais quanto à publicidade voltada para os advogados e escritórios de advocacia.

Desta forma, os principais regramentos quanto à publicidade profissional do advogado constam no Código de Ética e Disciplina da OAB e no Provimento 94/2000 do Conselho Federal. Este, embora anterior e hierarquicamente inferior ao CED, tem o condão de complementar as disposições do Código de Ética.

O atual Código de Ética definiu, dentre os artigos 39 a 47, os limites acerca da utilização da publicidade profissional. Além de tratar dos limites éticos de forma mais abrangente, pautou-se pela discrição e pela sobriedade, a fim de garantir a incompatibilidade da advocacia com os mecanismos de mercantilização (art. 5º, do CED). Assim, a publicidade voltada para os advogados e escritórios de advocacia possui diversas restrições com a finalidade de impedir a mera captação de clientela.

Para que a divulgação dos serviços prestados não tenha caráter mercantilista, é necessário que a publicidade seja utilizada de forma objetiva, não contando com mecanismos subliminares que possam conduzir a captação de clientela (GONZAGA; NEVES; JUNIOR, 2016). As principais vedações estabelecidas pelo CED quanto aos

limites éticos a serem observados pelos advogados e escritórios de advocacia encontram-se no bojo do art. 40 e seus incisos.

O advogado não poderá se valer de propaganda, marketing e, conseqüentemente, do merchandising, pois estas ferramentas são intrínsecas à comunicação mercadológica, ou seja, visam à obtenção de lucro e a captação de clientela. Considerando-se que o advogado presta serviço especializado, a utilização da publicidade por meio da internet ou de placas indicativas deve ser discreta e moderada, sem que haja a divulgação dos respectivos serviços em conjunto com outras atividades.

É importante mencionar que, embora haja vedação expressa no sentido de que o advogado não possa se utilizar do rádio, cinema e televisão para fins de veiculação publicitária, o CED permite a participação em programa de televisão ou rádio, de forma eventual, para manifestação de cunho profissional. No entanto, a permissão é válida desde que, conforme preceitua o art. 43, vise a objetivos exclusivamente ilustrativos, educacionais e instrutivos, sem propósito de promoção pessoal.

No tocante às “páginas” de escritórios de advocacia em websites ou redes sociais, como o facebook ou instagram, estas não implicam em violação ao CED se o conteúdo abordado se limitar a prestar informações de forma clara e objetiva, sem induzir o leitor a litigar em juízo (art. 41 do CED).

Do mesmo modo, pode-se questionar se o envio de informações por meio das redes sociais configuraria a prática da mala direta, já que pressupõe a divulgação de serviços via internet. Entretanto, Sanchez (2017, p. 171) preceitua que “os usuários apenas recebem as informações das “páginas” com as quais estabelecem vínculo por meio do botão “curtir”, de modo que o acesso e o envio de informações decorrem da iniciativa do próprio usuário, e não do advogado”. Em contrapartida, Lôbo (2011, p. 198) compreende que “a internet, a web e outros meios eletrônicos de comunicação favorecem violações das regras deontológicas sobre publicidade da advocacia”.

Assim, depreende-se que a publicidade realizada por meio da internet muitas vezes se dá de forma sutil, sob a aparência de reportagens desinteressadas, não restando clara a intenção de captar clientela ou de apenas informar.

Outra exigência feita pelo Código de Ética é de se fazer constar no anúncio o nome completo do advogado e seu respectivo número da inscrição na OAB. O número de inscrição identifica o advogado na Seccional à qual está vinculado, eis que, o exercício da advocacia em território nacional, bem como a denominação de

advogado são privativas dos inscritos na OAB. Igualmente, o uso das expressões "escritório de advocacia" ou "sociedade de advogados" deve estar acompanhado do número de registro na OAB ou do nome e do número de inscrição dos advogados que façam parte da sociedade (art. 44, *caput*, CED).

A respeito da "mala direta", trata-se de um mecanismo de correspondência, que pode ser postal (correios), no qual são enviados materiais impressos como catálogos, folhetos, folders e etc. ou eletrônica, que na maioria das vezes se dá através de e-mails.

Destaca-se que essa técnica é encarada como uma importante ferramenta de diálogo na relação empresa/consumidor, o que, a princípio, estimularia a fidelização de clientes e traria novas demandas; em razão disso vem se tornando uma prática corrente no mercado.

No entanto, vale ressaltar que, apesar da mala direta ser considerada pelo CED como uma ação atentatória à dignidade da advocacia, o disposto no § único do art. 46, do CED, aponta o entendimento do legislador para possibilidade da utilização de telefone ou e-mails com a finalidade de enviar mensagens a pessoas determinadas, sem que haja oferecimento de serviços.

Desta forma, esta disposição do CED acabou por flexibilizar a prática de mala direta, que no antigo CED só era possível para comunicação de novas instalações ou mudanças de endereços.

### **2.2.1 Relevância e Controle da Publicidade**

O Estatuto da Advocacia e da OAB, ao tratar da disciplina da ética, em seu art. 33, Parágrafo Único, delega ao CEDOAB o papel de regular os deveres de atuação da classe, incluindo a matéria da publicidade (BRASIL, 1994). O CEDOAB, em seu art. 5º, determina que não há compatibilidade entre a advocacia e a mercantilização, conteúdo complementado pelo art. 39, o qual estabelece como padrões da classe a discrição e sobriedade, reafirmando a impossibilidade da captação ativa de clientela e mercantilização da profissão (OAB, 2017).

O Provimento n. 94/2000, apesar de editado na vigência do Código de Ética e Disciplina de 1995, teve um papel muito importante ao demonstrar uma preocupação da OAB com a questão da publicidade. Essa resolução serviu de base para muito do que foi desenvolvido no novo código e complementou o antigo de forma que fosse possível adequá-lo às transformações pelas quais estavam passando a sociedade. O artigo 1º do Provimento dispõe que:

Art. 1º. É permitida a publicidade informativa do advogado e da sociedade de advogados, contanto que se limite a levar o conhecimento ao público em geral, ou da clientela, em particular, dados objetivos e verdadeiros, a respeito dos serviços de advocacia que se propõe a prestar, observadas as normas do Código de Ética e Disciplina e as deste Provimento (BRASIL, 2000).

Com a edição do CEDOAB de 2015, o Provimento n. 94/2000 deve continuar sendo aplicado de forma complementar e como diretriz interpretativa o novo regulamento. Nesse sentido, pode-se observar que a orientação é clara e guarda total relação com o que estabelece o novo código. A publicidade é permitida, desde que sejam observados alguns limites.

### **2.3 A publicidade voltada para os advogados e escritórios de advocacia**

Atualmente, os caminhos para o profissional advogado, seja ele recém-formado ou com uma boa bagagem de atuação na carreira, e que idealiza a opção de atuar de modo inovador em sua trajetória de trabalho, deve estar atento a aspectos que vão desde a ética que rege o seu exercício e sua função social, até a busca por novas ferramentas no mercado, como um empreendedor do marketing digital, com a prática e desenvolvimento de habilidades administrativas para que o seu escritório seja impulsionado e reconhecido pelo seu público contemporâneo (FRAGOSO JÚNIOR, 2017).

Conforme já vem sendo implantada por muitos profissionais jurídicos, a publicidade aliada as novas tecnologias, estão se tornando mais frequentes nesse ramo de negócios, principalmente por aqueles que desejam ser inseridos no mercado de trabalho, pois estes estão buscando a ideia de revolucionar este mercado tão promissor, através da adoção de recursos já existentes a partir de programas de gestão e controle de processos e clientes.

O primeiro artigo do Capítulo 8 do Código de Ética e Disciplina traz as regras gerais que comandam como deve ser realizada a publicidade na advocacia, visando que os demais dispositivos não esgotam o assunto, este sequer é o objetivo, e somente especificam algumas formas permitidas e vedadas de publicidade.

De início, o art. 39 indica que a publicidade tem caráter meramente informativo e deve primar pela discrição, moderação e sobriedade, não podendo configurar captação de clientela ou mercantilização da profissão, “a advocacia não é um balcão de comércio”, como prega o Tribunal de Ética paulista (2003).



Enquanto isso, a proteção quanto à publicidade não visa apenas ao cliente, como explica Robison Baroni (2001, p. 151):

Os princípios de moderação e discrição não se limitam apenas à proteção do cliente ou do público em geral, mas também dos próprios advogados inscritos na Ordem, contra a conduta antiética de colegas no tocante à captação de clientela, através de artifícios de publicidade que desprestigiam a classe e, via de consequência, as instituições de direito.

Desta maneira, é evidente que toda e qualquer forma de publicidade deve seguir as regras deontológicas fundamentais, previstas nos artigos 5º e 7º do CED, que tratam, respectivamente, da mercantilização da profissão e da captação de clientela, pois, segundo o TED de São Paulo, em julgado de 2015, o reconhecimento da atividade advocatícia não deve decorrer da publicidade, mas “pela competência e conhecimento jurídico do advogado/sociedade de advogados, sua capacidade de inspirar confiança e assegurar segurança aos clientes na aplicação do direito”.

Tendo em vista tudo que foi exposto até aqui, entende-se que a propaganda na advocacia é vedada e permite somente a publicidade de caráter informativo, ou seja, aquela em que o advogado torna públicas informações objetivas a seu respeito, demonstrando tão somente a sua disponibilidade para atuar na defesa de quem necessitar de seus serviços. Não é o advogado quem deve procurar o cliente, mas, sim, o contrário.

Nota-se, que as proporções alcançadas pelo *marketing* vêm se tornando cada vez mais primordiais em empresas e instituições, envolvendo as mais diversas profissões, em particular os advogados, que contam além de tudo, com um público fluente e conhecedor de seus direitos e que tem fortes anseios de uma sociedade que busca por acesso à justiça, de maneira prática e acessível.

Por isso, a adesão a critérios e estratégias de marketing, devem ser bem planejadas e executadas, para que, este meio seja utilizado pelos usuários, seguindo corretamente os requisitos preconizados pelo código de ética, visando-se dessa maneira, a ideação de uma advocacia pautada pela excelência de seus princípios norteadores, englobada a um olhar inovador que é motivado pelas mudanças ocorridas no mundo.

### **2.3.1 A divulgação do escritório de advocacia através da publicidade**

Ao contrário do que ocorre normalmente no mercado, no qual as empresas e profissionais buscam, de todas as formas possíveis, persuadir o consumidor para que

adquiram seus produtos e serviços, a publicidade na advocacia não tem esta natureza persuasiva, ou seja, não é, apenas e tão somente, um meio para convencer, influenciar e direcionar o público, buscando uma futura contratação, ou a consolidação de uma marca, negócio, entre outros (KOTLER, 1998).

Muito mais do que isso, mesmo buscando atingir, de certa forma, o mercado, a publicidade na advocacia é puramente informativa (MAMEDE, 2003), tendo por objetivo levar ao conhecimento da sociedade em geral, ou da clientela já existente, em particular, dados e informações, objetivos e verdadeiros, acerca da atividade realizada pelo advogado ou sociedade de advogados, suas características, qualificações, objetivos, áreas de atuação etc., conforme artigos 1º e 2º do Provimento 94/2000 do Conselho Federal da OAB.

O que se objetiva não é apenas proporcionar o contato do advogado com o mercado consumidor, a fim de promover e divulgar seus serviços, mas a necessidade de que este contato com o público ocorra em um ambiente negocial estritamente honesto e ético, em pleno respeito ao consumidor, à concorrência, e à dignidade da profissão, objetivo que se liga a ideia de imprescindibilidade do advogado para a administração da Justiça, conforme exposto no artigo 133 da CF/1988 e já mencionado acima.

Deve-se sempre priorizar o respeito a atividade advocatícia, sem mercantilização da mesma. Os advogados não apenas agem em defesa de seus clientes, como da sociedade como um todo e da democracia também (NALINI, 2008), por isso seu ofício possui deveres díspares de outras profissões.

De outro lado, o respeito ao mercado consumidor é absolutamente indispensável, não só em razão dos deveres inerentes à profissão, mas porque o consumidor, por expressa disposição legal, tem o direito de ser correta e completamente informado de todos os aspectos, características, natureza, riscos etc., do serviço que pretende contratar, responsabilidade que até antecede a contratação, e é oponente em todos os planos da atividade.

É justamente buscando a consolidação desses fundamentos, que a Ordem dos Advogados do Brasil, através do Código de Ética e do Provimento OAB nº 94/2000, possibilita que o advogado ou sociedade de advogados realizem publicidade, mas fixando conteúdos mínimos de informação ao público, observadas certas regras e proibições, e as peculiaridades da profissão.

Os efeitos positivos são até bem óbvios, pois além de informar corretamente o público, granjeando credibilidade, respeito e consideração no seio social, também redundam na solidificação de uma imagem profissional de honestidade, honra,

competência e ética, que são bens imateriais de valor absoluto, impossíveis de aferição econômica, e imprescindíveis para qualquer profissional (BIZZATO, 2000).

Por outro lado, a propaganda realizada de forma incorreta, superficial, apressada, e de má, pode ocasionar diversos efeitos prejudiciais, valendo destacar não apenas a punição disciplinar pela OAB, o que é algo de gravíssimo em uma carreira jurídica.

Ainda que com tamanha vedação com relação à comercialização de serviços forenses, há regras bastante definidas quanto a apresentação dos serviços jurídicos aos seus usuários. Sua origem é norteadada por princípios que visam a atuação compatível do advogado com a elevada função social que exerce, velando pela observância dos preceitos éticos e morais no exercício de sua profissão. O Provimento 94/2000 do Conselho Federal da OAB em seu artigo 6º dispõe sobre a vedação de práticas de publicidade convencionais, como banners, propagandas na TV, na rádio, etc.

Em caso julgado pelo Tribunal de Ética e Disciplina, foi reprovada a conduta do profissional que constantemente publicava foto de sua família além de outra foto ocupando três quartos de página de uma revista relatando os feitos deste advogado desde a infância até a graduação. Tal postura exibicionista vai contra os ditames das normas, que pregam moderação e discrição na advocacia, em consonância com o artigo 39 do Código de Ética da OAB, que dispõe: "A publicidade profissional do advogado tem caráter meramente informativo e deve primar pela discrição e sobriedade, não podendo configurar captação de clientela ou mercantilização da profissão".

Em outro caso julgado pelo mesmo tribunal, foi censurada também a publicidade da advocacia em conjunto com outra atividade, no caso em questão tratava-se de perícia contábil. É permitido ao advogado exercer outra profissão desde que em ambiente físico diverso da prática advocatícia. Contudo, a publicidade jurídica é vedada em conjunto ou mediante intermediários.

## **2.4 Marketing Pessoal no âmbito jurídico**

O mundo jurídico encontra-se em um período de mutação em seu tecido estrutural, ocasionada pela competição acirrada que este mercado enfrenta. O excesso de profissionais especializados, a proliferação de escolas superiores de Direito e a invasão de corporações jurídicas estrangeiras em oposição à escassez futura de demandas judiciais, demonstram que essa área inicia uma era de crise mercadológica, exigindo de seus profissionais um novo enfoque que priorize a gestão de resultados, diferenciando-os, assim, dos demais escritórios de advocacia.

Segundo Bertozzi (2002, p. 16), “o advogado é como um empresário de serviços e deve agir como tal, desde que esteja de acordo com o Código de Ética da OAB”.

Continua o referido autor afirmando que a comunicação especializada na área jurídica é uma ferramenta fundamental para enfrentar o desafio de readaptação a esse novo modelo econômico. A maioria dos profissionais deste meio ainda possui a massificada concepção de que a soma de competência intelectual, habilidade jurídica e experiência são suficientes para vencer e conquistar o seu espaço, o que é um equívoco no atual cenário mercadológico.

A disponibilidade de informações sobre o escritório influencia e muito na decisão pela compra do serviço. Pois, para o cliente é difícil saber diferenciar a qualidade do conhecimento de um advogado para outro. É nesse ponto que o marketing se insere: o de construir uma percepção mais concreta sobre o profissional ou escritório (BERTOZZI, 2002, p. 23).

O marketing jurídico utiliza estratégias do marketing tradicional, desenvolvendo um processo de planejamento e execução de ações, utilizando ferramentas que estejam de acordo com o código de ética da OAB, no intuito de construir e estabelecer uma marca pessoal ou institucional forte no universo da advocacia.

As técnicas de comunicação ainda são entendidas por muitos como inapropriadas no âmbito que envolve os profissionais de Direito, ao passo que o Código de Ética demonstrou avanços com o Provimento 94/002 do Conselho da OAB, estabelecendo os limites para as práticas comunicacionais entre profissional e cliente.

Para Bertozzi (2002):

A função que o marketing deve assumir na área jurídica é a ordenação mais eficaz dos recursos do escritório e de seus profissionais, ampliar o prestígio profissional, planejar o futuro, racionalizando os custos, focando o cliente, criando estratégias para clientes potenciais, investindo em relacionamentos e imagem pessoal. Não se trata de vender serviços, e sim de posicionar-se em um mercado cada vez mais escasso e complexo. Um escritório jurídico que incorpora o marketing torna-se mais competitivo, sem necessariamente quebrar a ética da profissão (BERTOZZI, 2002, p. 55).

Continua o autor argumentando que a aplicação de técnicas de marketing jurídico beneficia tanto pequenos quanto grandes escritórios, em razão de dois fenômenos distintos, todavia comunicáveis entre si: os primeiros denotam preocupações quanto à possibilidade real de corporações maiores inibirem o crescimento dos menores, além da escassez de clientes. Simultaneamente, os escritórios de grande porte compreendem, em sua maioria, a importância de desenvolver estratégias de fortalecimento de marca e que, percebendo a si mesmo como empresas, devem gerar faturamento, produção, customização e um atendimento valoroso aos seus clientes.

#### **2.4.1 *Networking* no âmbito jurídico**

Uma das maiores dificuldades dos profissionais que estão ingressando no mercado de trabalho é conseguir estabelecer seu *networking*. E, no caso dos profissionais jurídicos, essa necessidade é ainda mais importante. Afinal, com uma boa rede de contatos, o advogado pode conseguir um cargo trabalhando num escritório, ou mesmo receber clientes indicados por seus colegas. Porém, essa tarefa nem sempre é fácil, o que pode complicar o início da carreira do jovem profissional, de forma que muitos decidam optar por concursos públicos, por exemplo (BASSO; BRITO; WENDRAMIN, 2019).

Já na graduação, a faculdade, em si, é um ótimo lugar para começar a fazer o *networking*. Afinal, com o apoio de professores, pode-se receber boas indicações para possíveis estágios e empregos (KOETZ, 2018).

Além disso, outra ferramenta que pode ser útil, são as redes sociais, pois estas oferecem diversas oportunidades para o profissional que deseja se inserir no mercado, e ainda, conhecer e contatar outros profissionais da sua área de interesse. O *Facebook* e o *WhatsApp*, por exemplo, possibilita a criação e participação em grupos sobre advocacia, que permitem uma interação e troca de experiências com outros profissionais (BASSO; BRITO; WENDRAMIN, 2019).

Além destes, para o advogado que está em busca da realização de seus objetivos profissionais, outra rede social em ascensão é o *LinkedIn*, que é uma rede social corporativa, voltada justamente para o mercado. Nela, é possível realizar o cadastro e preenchimento com foto, com as informações profissionais, que vão desde a formação acadêmica, as áreas de estudo, os conhecimentos em língua estrangeira, especializações, artigos publicados, empregos anteriores e trabalhos voluntários (OLIVEIRA, 2014).

Além disso, há a possibilidade de participar de grupos na área de interesse, por conta do lado mais corporativo do *LinkedIn*, que permite que os grupos sejam mais focados que os de outras redes sociais (BASSO; BRITO; WENDRAMIN, 2019).

Outra importante estratégia, é a participação em eventos, congressos, mini-cursos, palestras e simpósios. Pois, além de contribuírem para a formação profissional, permitem que se crie novos vínculos com outros profissionais e colegas da área. Para o networking a timidez, deve ser deixada de lado, é preciso buscar e estar atento sempre, para aproveitar as oportunidades e aproximar-se de outros colegas de profissão, afinal, quanto mais colegas da área se conhecer, maior e mais dinâmica será a rede profissional (JURIS, 2016).

O networking no âmbito da advocacia demonstra que no primeiro momento para os iniciantes em carreira, é possível obter uma rede de contatos e através disso, receber clientes por indicação, conseguir cargos em empresas e oportunidades de conhecimentos em diversas áreas de estudo que possibilitem um maior dinâmica na rede profissional.

#### **2.4.2 Ferramentas de comunicação social, o patrocínio de eventos e meios eletrônicos.**

No que diz respeito as colunas sociais, segundo o art. 41 do CEOAB (2015), estas devem seguir o propósito da publicidade e divulgação dos conhecimentos jurídicos, buscando a informação, instrução e o fornecimento aspectos técnicos-jurídicos. O código de ética destes profissionais, também englobam os meios digitais, tais como, as redes sociais e as páginas da internet (BASSO; BRITO; WENDRAMIN, 2019).

Ao profissional também é vedado, conforme descrito nos artigos 42 e 43 do CEOAB, estar demasiadamente presente nos meios de comunicação, atuando como empregado destes criando vínculo com o público e respondendo a todas as dúvidas relacionadas ao mesmo tema, sendo permitido apenas aparições pontuais, para demandas específicas. Além disso, também é proibido a discussão sobre causa que esteja sob administração de outro profissional, comentando sobre suas ações ou desmerecendo seu trabalho, bem como abordar qualquer tema que venha a comprometer a dignidade da profissão ou de instituições jurídicas.

Em seguida, no art. 45 trata-se da disciplina, do patrocínio de eventos ou das publicações de caráter científico ou culturais com o objetivo de incentivar a produção de conhecimentos e debates jurídicos. Com a era digital, nota-se que a definição do termo evento se torna um tanto quanto abrangente, podendo incluir os seminários,



as palestras realizadas em ambiente virtual, mas que são permitidos assim como os realizados de forma física, com os mesmos limites dispostos (OAB, 2015).

Já de acordo com o que é previsto no art. 46, por sua vez, demonstra preocupação com as inovações tecnológicas como a internet e a telefonia, conciliando as suas limitações e impedindo a captação de clientes e a mercantilização da profissão, deixando claro a diferenciação que se deve ter na divulgação para já clientes e aqueles que não fazem parte da carteira (OAB, 2015).

Seguindo os princípios que norteiam o exercício da função social do advogado, este deve considerar sempre um posicionamento social de indivíduo que norteia-se em auxiliar a sociedade sem se promover ou expor os seus clientes, ou ainda, manifestar comentários a respeito de seus colegas de profissão.

### **2.4.3 As Redes Sociais**

As redes sociais se consolidaram como sendo uma das formas de divulgação do *marketing* digital, devido estas possuírem uma grande influência sobre as pessoas, sendo permitido seu uso no marketing jurídico pelo parágrafo único do art. 46. Utilizando essas plataformas, é possível realizar postagens por meio de perfis tanto pessoais quanto profissionais.

Sem ferir nenhum princípio do CEOAB, o profissional advogado pode fazer uso dessas ferramentas para a criação de conteúdos atraentes para o seu público-alvo. Dentre as principais redes sociais utilizadas há o *Instagram*, o *Facebook*, *Youtube*, os *Blogs*, o *LinkedIn* e o *WhatsApp*.

Falando um pouco sobre a primeira delas, o Instagram, trata-se de uma rede que foi introduzida ao meio comunicacional em 2010, com o objetivo de se compartilhar fotos e vídeos com pessoas próximas, ou ainda, do mundo inteiro. Contando com aproximadamente 800 milhões de usuários, foi considerado no ano de 2019, a mais relevante ferramenta para o marketing digital, especialmente, quando o assunto é o alcance do público jovem. Essa rede, por ser totalmente audiovisual, requer uma maior atenção, devido aos padrões e princípios exigidos pela OAB. Ainda mais, pela rede contar com ferramentas que permitem que os profissionais/empresas, tenham um contato ainda mais próximo com seu público, que são os *stories* e as *lives* (BASSO; BRITO; WENDRAMIN, 2019).

Em se tratando da segunda rede citada, o *Facebook*, este foi criado no ano de 2004, alcançado usuários de todas as faixas etárias, a nível global. Hoje possui o patamar de maior rede social do mundo, com mais de 2 bilhões de usuários. Através dessa rede social, é possível que os profissionais interajam com seu público por meio

de textos, fotos e vídeos, podendo também compartilhar publicações de outros perfis e páginas. O advogado que adotar este meio social deve estar bem atento para não infringir o disposto no art. 40, § 4º do CEOAB (2015), que não permite a divulgação do advogado juntamente com outra atividade. Ou seja, é preciso ter cuidado para que o perfil pessoal do advogado seja distinto da página profissional (LEAL, 2016).

Abordando um pouco sobre a terceira rede social, o *Youtube*, trata-se de uma rede destinada a publicação exclusiva de vídeos. Este meio é bastante empregado por advogados que gostam da produção áudio visual como forma de dissipar seu conhecimento jurídico. Essa prática é totalmente possível desde que respeitados os padrões de discricção e sobriedade, além de não ser permitida a utilização direta de casos de clientes. Além disso, a rede possibilita a transmissão de eventos e congressos ao vivo, podendo contribuir muito com a função social da profissão com conteúdo diversificado e de qualidade, além de despertar o interesse de novos públicos (FIGUEIREDO, 2017).

Em relação aos *Blogs*, a quarta rede citada, trata-se de páginas online, que possuem por finalidade a criação de conteúdos de caráter informativo, comunicativo e/ou esclarecedor, são como periódicos empresariais. Ou seja, trata-se de um meio de comunicação, entre profissionais e/ou empresas, com o seu público-alvo. Este meio, é bastante útil para a advocacia, por possibilitar a produção de conteúdo, tais como, a publicação de artigos científicos, vídeos e fotos que são postados em algumas das outras redes citadas anteriormente, podem ter seu compartilhamento nesta. O conteúdo gerado tem maior credibilidade, por estar em um site exclusivo da empresa ou profissional, sendo relevante no atendimento dos padrões de discricção e seriedade (FIGUEIREDO, 2017).

A quinta rede, a mais nova entre as anteriores, o *LinkedIn*, é uma rede social totalmente focada no profissionalismo. Conta atualmente com aproximadamente 500 milhões de usuários, para o advogado essa rede é muito importante, principalmente para quem busca o reconhecimento dos seus serviços, colaborando com a ampliação do networking e com a geração de novos negócios. Trata-se também de uma excelente ferramenta para o recrutamento de novos talentos. Desta maneira, os escritórios de advocacia também podem utilizar essa rede com o objetivo de encontrar novos profissionais. Nela as empresas possuem um espaço maior, onde o foco dos seus serviços jurídicos são as empresas, esta é a rede mais recomendada para estabelecer novos negócios (STRAZZI, 2017).

Já a última rede citada, o *WhatsApp*, é uma rede social, que disponibiliza um ótimo canal para a promoção da comunicação mais rápida e prática. O que permite que a mesma seja utilizada tanto pelos profissionais advogados, como também pelos

clientes. Mas, vale salientar que o CEOAB, veda a utilização de mala direta, ou seja, não se pode oferecer serviços jurídicos por meio dessa ferramenta. Além disso, o código proíbe a prestação de consultas gratuitas, portanto, usar essa ferramenta com esse objetivo é totalmente proibido (SAJADV, 2019).

As redes sociais aqui citadas, são algumas das muitas existentes na rede *web*. Por isso, é preciso que o advogado esteja constantemente atualizado quanto a esse meio e tenham consciência de que utilizar essas ferramentas possui linhas permitidas e outras que são proibidas, conforme o código que rege a profissão.

#### **2.4.4 Marketing Jurídico em tempos de pandemia pelo novo COVID-19.**

No Brasil foi criado um mito de que não se deve fazer marketing jurídico, gerando uma insegurança por parte dos advogados de iniciarem essa prática, uma vez que não entendem por completo o Código de Ética, os advogados brasileiros ainda estão “perdidos” (PAGANI, 2018, p. 25).

Porém, neste delicado cenário gerado pela pandemia pelo novo COVID-19, muitas relações em diversos âmbitos da sociedade estão sofrendo consequências tanto econômicas, socioculturais e também jurídicas. As pessoas estão sendo “obrigadas” a uma inclusão digital. Conforme REIS (2020) “*Com a necessidade do isolamento social, o trabalho remoto passou a ser uma exigência, uma importante e significativa inovação. O Marketing Jurídico também terá que se adaptar a essa nova realidade.*” (REIS, 2020).

Desta maneira, em função das inúmeras dúvidas e questionamentos que surgem diariamente em meio à crise atual, o papel do profissional atuante na área da advocacia é o de transmitir orientações sobre questões jurídicas, sejam elas relacionadas a questões que possam surgir de forma esporádica, como também, esclarecimentos sobre o próprio vírus e a repercussão em vários cenários da vida social, é claro, de acordo com o público-alvo de cada escritório de advocacia. Portanto, discorre:

O principal instrumento para que os escritórios mantenham sua visibilidade é a detenção de redes sociais preparadas para a acessibilidade como o *LinkedIn*, o *Instagram*, o *Facebook*, o *WhatsApp*, ou o próprio site do escritório. Tal divulgação em redes sociais, conhecida como Marketing de conteúdo, é o canal indispensável para que o profissional possa divulgar vídeos, artigos, pareceres, opiniões sobre cada assunto específico de cada uma das áreas do Direito (REIS, 2020).

A necessidade do distanciamento social com finalidade de evitar a proliferação do vírus, muitos escritórios têm proibido viagens e outras funcionalidades. Visando a permanência ou conquista do cliente, muitos escritórios tem utilizado meios como disponibilização de materiais e cursos gratuitos em suas mídias sociais, como afirma o The Legal Institute (2020):

Além de permitir ou exigir que advogados e equipe de suporte trabalhem em casa - e que fechem totalmente os escritórios nas cidades que o determinaram - muitos escritórios de advocacia estão abordando as necessidades dos clientes corporativos de maneira proativa. De fato, as maiores marcas do BigLaw criaram forças-tarefa interdisciplinares e lançaram listas de verificação e orientações para seus clientes, disponibilizando esse material gratuitamente em seus sites e mídias sociais. E escritórios de advocacia de pequeno e médio porte fizeram ofertas semelhantes, disponibilizando informações de forma proativa e rápida, especialmente para empregadores e clientes da área de saúde (The Legal Institute, 2020).

É notório que, mesmo com os termos e regras do Código de Ética e Disciplina, em tempos de COVID-19, o marketing jurídico necessita em ser adaptado a realidade que o norteia. Portanto, demonstrar apoio ao cliente é crucial, visto a insegurança trazida pela pandemia. Conforme disciplina Reis (2020):

A abordagem profissional continuará norteando o contato, com base nos princípios da ética, responsabilidade e principalmente inteligência, porque o Código de Ética da OAB sempre será o balizador de nossas atitudes, e é dever do advogado praticar a publicidade de forma limpa e discreta no intuito de preservar a dignidade e o prestígio da profissão. Marketing e tecnologia deverão estar mais integrados do que nunca, e é através deste branding, ou seja, deste conjunto de estratégias a serem aplicadas, aliado a um bom conteúdo, que vamos influenciar os nossos consumidores a adquirir nossos serviços (REIS, 2020, p. 26).

Dito isto, o marketing jurídico na época da pandemia, fez com que o advogado se adapte, respeitando o princípio da moderação e sobriedade, que existem desde os primórdios da criação da Ordem dos Advogados, em 1930, que

dispõe dos quais a advocacia só pode ser exercida com base em rigorosos padrões éticos, sem jamais se igualar à prática mercantilista (REIS, 2020).

O marketing jurídico em tempos como de pandemia na atualidade, se adaptou de forma repentina ao cotidiano, fazendo-se valer de importância ao profissional de advocacia, com intuito de estratégias inteligentes para que as informações prestadas aos seus clientes vão ser feitas e integradas com responsabilidade, ética, moral e proatividade.

### **3. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No decorrer da tese, foram obtidas informações acerca dos avanços tecnológicos e sua implementação no âmbito jurídico, mais especificamente, os impactos dessa tecnologia para a vida prática na advocacia. Estes avanços tecnológicos mudaram conjuntamente as maneiras e ferramentas de comunicação em diversos setores sociais, naturalmente, o ramo jurídico, especificamente os escritórios de advocacia tratados na tese, tiveram de se adaptar a esta evolução e se afeiçoar as mudanças tecnológicas.

Estes avanços trouxeram consigo diversas novidades, dentre elas a possibilidade da publicidade e do marketing, que após épocas de evolução eclodiu em diversos setores profissionais.

O marketing hoje utilizado por advogados e escritórios de advocacia é o chamado marketing de conteúdo, onde o advogado pode somente utilizá-lo como ferramenta informativa em redes sociais e sites, para alcançar aqueles que necessitam da informação e que não possuem conhecimento jurídico. Contudo, os profissionais do direito devem seguir padrões e regras estabelecidas no Código de Ética e Disciplina da OAB. Desse modo, o marketing a ser adotado pelo advogado ou escritório de advocacia deve estar pautado em princípios e nas diretrizes do CEDOAB, que veda práticas exibicionistas e prima pela discrição e sobriedade, não podendo a publicidade adotada configurar captação de clientela ou mercantilização da profissão.

A eclosão do marketing jurídico possibilita maior e melhor engajamento do advogado com os seus clientes e, aumenta a possibilidade de conquista de novos clientes através de informações publicadas em redes sociais, por exemplo, pois o cliente em potencial, busca adquirir informações e instruções a respeito de seu problema, logo, o marketing de conteúdo disponibilizado nesses sites e redes sociais, fornece informações jurídicas técnicas e proporciona maior entendimento àqueles que necessitam.

As páginas de escritórios de advocacia em redes sociais ou sites, como o facebook, instagram, twitter, e outros, não implicam em violação ao CEDOAB desde que o conteúdo abordado esteja limitado a prestar informações, sem induzir o leitor a litigar em juízo.

A influência dos meios de comunicação atuais, como a internet, que tornou comum o emprego de redes sociais para divulgação de conteúdo, como é o caso da rede social Twitter, que possibilita ao usuário expor pensamentos, ideias, opiniões e conteúdos sobre diversos temas, por meio de postagens escritas no site, se utilizado conforme as diretrizes do CEDOAB pode ser uma ferramenta tecnológica de extremo engajamento para o advogado e escritórios de advocacia, pois assim, o advogado pode solidificar sua imagem profissional demonstrando credibilidade e competência, valores que são imprescindíveis para qualquer profissional.

Portanto, a utilização da tecnologia por meio do marketing, se tornou atualmente grande aliada dos escritórios de advocacia, pois por meio da disponibilização de conteúdos jurídicos, o advogado consegue conquistar novos clientes, e garantir assim a fidelização de seus clientes antigos.

Dessa forma, não se deve desconsiderar as transformações tecnológicas que a sociedade atual vive constantemente, mas sim, reconhecer que o direito deve andar juntamente com a tecnologia, pois é uma ferramenta valiosa para a construção de um conceito jurídico de excelência e para que possamos a cada dia chegar mais perto de alcançar o ideal de justiça.

No presente trabalho foi possível compreender os limites estabelecidos pelo CEDOAB e, entender quais são as possibilidades de atuação da publicidade e do marketing jurídico digital.

## REFERÊNCIAS

BARONI, Robison. **Cartilha de Ética Profissional do Advogado**. 4ª ed. São Paulo: LTR, 2001.

BARROS, Beatriz. **Marketing jurídico: o que é e qual a sua importância?** Publicado em 11 de Maio de 2020. [Internet]. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/blog/auxilium/marketing-juridico-o-que-e-e-qual-a-sua-importancia> Acesso em 11 de maio de 2020.

BASSO, Bianca Vitória; BRITO, Paulo Inacius Gozdink de; WENDRAMIN, Cassiane. Marketing jurídico e suas limitações pelo Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil. **Anuário Pesquisa e Extensão São Miguel do Oeste**



(UNOESC); 2019. [Internet]. Disponível em:  
<<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/apeusmo/article/view/21178/12458>>  
Acesso em 24 de março de 2020.

BERTOZZI, Rodrigo. **Marketing Jurídico Essencial**. Curitiba: Juruá, 2002.

BIZZATO, José Ildefonso. **Deontologia jurídica e ética profissional**. 2ª Ed. São Paulo: Editora de Direito; 2000.

BRASIL. Provimento nº 94/2000, de 05 de Setembro de 2000. **Dispõe sobre a publicidade, a propaganda e a informação da advocacia**. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Brasília; 2000.

\_\_\_\_\_. **Código de Ética e Disciplina da OAB**. VADE MECUM, Editora Saraiva, 25ª ed. São Paulo; 2018.

CAPPELLARI, Rodrigo Toaldo. Marketing Pessoal e Posicionamento de Marca. OAB GOIAS; [Internet]. Disponível em: <<https://www.oabgo.org.br/oab/servicos/sistema-de-inteligencia-e-mercado/marketing-juridico-artigos/marketingnto-de-marca>>  
Acesso em 12 de maio de 2020

FIGUEIREDO, Caio. **Marketing Digital: E a importância e aplicação no mercado jurídico**. [Internet].

Disponível em: <http://agilejuridico.com.br/marketing-digital-a-importancia-e-aplicacao-no-mercado-juridico/>. Acesso em 11 de maio de 2020.

FIGUEIREDO, Sarah. **Você sabe o que são blogs e como eles surgiram? Descubra agora**. [S. l.], 24 fev. 2017. [Internet]. Disponível em: <https://rockcontent.com/blog/o-que-e-blog/>. Acesso em 09 de maio de 2020.

FRAGOSO JÚNIOR, Antonio Carlos de Almeida. As possibilidades do marketing jurídico digital à luz do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil. **Universidade Federal da Bahia**. Faculdade de Direito [Monografia de Direito]. Salvador – BA; 2017. [Internet]. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/24518>> Acesso em 24 de março de 2020.

GOLDHAR, Tatiane Gonçalves Miranda. Publicidade na advocacia: possibilidades e limites do marketing jurídico. **Software Jurídico (SAJADV)**; 2019. [Internet]. Disponível em: <<https://blog.sajadv.com.br/publicidade-na-advocacia/>> Acesso em 24 de março de 2020.

GONZAGA, Álvaro de Azevedo; NEVES, Karine Penna; JUNIOR, Roberto Beijato. **Estatuto da Advocacia e o Novo Código de Ética e Disciplina da OAB Comentado**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2016.

JURIS, Blog do. Como iniciar seu networking na advocacia. **Redação Juris Correspondente**, 2016. [Internet]. Disponível em: <<https://blog.juriscorrespondente.com.br/como-iniciar-seu-networking-na-advocacia/>> Acesso em 26 de março de 2020.

KOTLER, Philip. **Administração de Marketing**. Análise, Planejamento, Implementação e Controle. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

KOETZ, Juliana. **Marketing Jurídico Digital – Resultados sem medos da OAB**. Plataforma para Advocacia Digital (ADV); 2018. [Internet]. Disponível em: <<https://blog.advbox.com.br/marketing-juridico-digital-limites-oab/>> Acesso em 24 de março de 2020.

LEAL, Ronison. **Como atrair clientes na advocacia através do Facebook**. Jusbrasil, 2016. [Internet]. Disponível em: <https://ronisonleal.jusbrasil.com.br/artigos/253080882/como-atrair-clientes-na-advocacia-atraves-do-facebook> Acesso em 09 de abril de 2020.

LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAGALHÃES, Diego Ventura. Et al. **A importância do marketing como estratégia para aumentar a participação de mercado: uma análise na farmácia Diofarma**. *Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento*. Ano 04, Ed. 05, vol. 02, pp. 12-31. Maio de 2019. ISSN: 2448-0959 Acesso em 7 de maio de 2020

MELLO, Júlio Cláudio Marcondes Dimas de. O marketing jurídico, a publicidade e a legislação da OAB: reflexões para gestão de marketing de escritório especializado em direito previdenciário. **Âmbito Jurídico**; 2015. [Internet]. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-132/o-marketing-juridico-a-publicidade-e-a-legislacao-da-oab-reflexoes-para-gestao-de-marketing-de-escritorio-especializado-em-direito-previdenciario/>> Acesso em 24 de março de 2020.

MAMEDE, Gladson. **A advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

NALINI, José Renato. **Filosofia e ética jurídica**. São Paulo: Editora RT, 2008.

\_\_\_\_\_. OAB. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Resolução nº. 02/2015**. [Internet]. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/codigo-etica-oab3.pdf>> Acesso em 24 de março de 2020.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil**. 2017. [Internet]. Disponível em: <http://s.oab.org.br/PDF/CFOAB-CED.pdf>. Acesso em 26 de março de 2020.

OLIVEIRA, George Dias. Advocacia: uma questão de não mercantilização. **Revista Jus Navigandi**; 2014. [Internet]. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/35137/advocacia-uma-questao-de-nao-mercantilizacao/1>> Acesso em 24 de março de 2020.

ORSINI, Ricardo. O que é marketing jurídico. **Advocacia in Foco**; 2018. [Internet]. Disponível em: <<https://advocaciainfoco.com.br/marketing-juridico/>> Acesso em 24 de março de 2020.

PAGANI, Caroline. **Marketing Jurídico: Redes Sociais para Advogados**. Araranguá/SC, 2018. [Internet]. Disponível em: <https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/6011/TCC%20Carol%20Organizado%20as%20P%C3%A1ginas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 8 de maio de 2020.

RESULTADOS DIGITAIS. **Introdução ao Marketing no Instagram** [EBOOK]. [Internet], 2018. [Internet]. Disponível em: [https://s3.amazonaws.com/rd-marketing-objects/ebook\\_introducao-mkt-instagram/introducao-ao-marketing-no-instagram.pdf](https://s3.amazonaws.com/rd-marketing-objects/ebook_introducao-mkt-instagram/introducao-ao-marketing-no-instagram.pdf). Acesso em 19 de maio de 2020.

REIS, Valdo. **Marketing jurídico em tempos de Coronavírus**. 2020. [Internet]. Disponível em: <https://m.migalhas.com.br/depeso/326636/marketing-juridico-em-tempos-de-coronavirus> Acesso em 8 de maio de 2020.

SAJADV. **Software Jurídico. Marketing Jurídico – Como se beneficiar das redes sociais para advogados**, 2019. [Internet]. Disponível em: <https://blog.sajadv.com.br/marketing-juridico-planejamento/>. Acesso em 09 de abril de 2020.

SANCHEZ, Alessandro. **Ética Profissional e Filosofia do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Método, 2017.

STRAZZI, Alessandra. Como Captar Clientes na Advocacia utilizando o Marketing Jurídico Digital. **Desmitificando o Direito**, 2017. [Internet]. Disponível em: <https://www.desmistificando.com.br/clientes-advocacia-marketing-juridico-digital/> Acesso em 09 de abril de 2020.

The Legal Institute. **Desafios da COVID-19: mantendo os escritórios de advocacia em meio a tempos incertos**. 2020. [Internet]. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/pt/juridico/blog/desafios-da-covid-19-mantendoos-escritorios-de-advocacia-em-meio-a-tempos-incertos.html>. Acesso em: 13 de maio de 2020.

NOTA:

[1] Doutora em Ciências pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela UNIMAR. Docente do curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo – FASEC. Orientadora dessa Pesquisa. E-mail: [prof.karinemota@fasec.edu.br](mailto:prof.karinemota@fasec.edu.br)

## RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL COLETIVO AMBIENTAL

### **LANNA GABRIELA BRUNING SIMONI:**

Pós-Graduada em Direito Ambiental – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduada em Direito Constitucional – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduada em Direito Penal – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduada em Direito Sanitário – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduada em Direito da Criança e do Adolescente – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduado em Direito Difuso e Coletivo – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduada em Direito Público – Anhanguera Uniderp. Pós-Graduada em Direito Processual Penal – Escola do Ministério Público de Santa Catarina. Pós-Graduada em Direito Processual Civil – Damásio Educacional. Bacharel em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC.

**RESUMO:** O presente estudo visa analisar a possibilidade de condenação do poluidor por dano moral coletivo na seara ambiental, de modo a promover a efetiva e integral reparação do dano, nos moldes do art. 225, §3, da Constituição da República Federativa do Brasil, e do art. 14, § 1º da Lei n. 6.938/81.

**PALAVRAS-CHAVE:** meio ambiente, responsabilidade ambiental, proteção integral, dano moral coletivo.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. DO DANO MORAL COLETIVO AMBIENTAL. 2.1. DA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL. 2.2 DO DANO MORAL COLETIVO. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 4. REFERÊNCIAS.

### **1. INTRODUÇÃO**

A Constituição Federal elencou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um de direito fundamental de terceira dimensão, de interesse difuso, transindividual e de natureza indivisível.

Na defesa desse direito, a reparação civil ambiental assume grande amplitude, com profundas implicações na espécie de responsabilidade do degradador que é

objetiva e integral, fundada no risco ou no simples fato da atividade danosa, independentemente da culpa do agente causador do dano.

O dever de compensação por dano moral ambiental é, nesse cenário, um tema cada vez mais presente nos casos em que o poluidor desrespeita a legislação ambiental e se recusa a recompor as consequências de seu ilícito. O também denominado dano extrapatrimonial é passível de reparação tanto na esfera individual quanto coletiva, fundamentado na premissa de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A possibilidade de indenização por dano moral está prevista no artigo 5º, V, da Lei Maior e no art. 1º da Lei da Ação Civil Pública. Os diplomas normativos não restringem a violação à esfera individual e mudanças históricas e legislativas têm levado a doutrina e a jurisprudência a entender que, quando são atingidos valores e interesses fundamentais de um grupo, não há como negar a essa coletividade a defesa do seu patrimônio imaterial.

Nesse caminho, pretende-se abordar a relevância da temática, especialmente em razão da especificidade e consolidação do tema na tutela ambiental.

## **2. DO DANO MORAL COLETIVO AMBIENTAL**

### **2.1. DA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL**

De proêmio, assenta-se que a inauguração da fase holística no Direito Ambiental, advinda com a promulgação da Lei n. 6.938/1981 e da Constituição Federal de 1988, permitiu que o meio ambiente fosse erigido à condição de direito fundamental, filiando-se a um antropocentrismo temporalmente mitigado. Em se tratando de direito fundamental, o interesse ao meio ambiente ecologicamente equilibrado traz consigo as qualidades da indisponibilidade, imprescritibilidade, inalienabilidade e indivisibilidade, devendo ser protegido pelo Poder Público e pela Coletividade para as presentes e futuras gerações (art. 225, CF).

Sob esse viés, a Constituição Federal preceitua a tríplice responsabilização por lesões ao meio ambiente nas searas penal, civil e administrativa, consagrando a independência entre as esferas sancionatórias (art. 225, §3, CF). Visa-se, desse modo, a máxima tutela ambiental sem que isso represente qualquer *bis in idem* entre as instâncias, já que cada qual possui seu objeto de tutela específico.

Destarte, nos termos do aludido dispositivo, "as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou



jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

No que concerne à responsabilidade civil, prevê a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, em seu 14, § 1º, que “o poluidor é obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”.

Não remanesçam dúvidas, neste particular, de que, na seara cível, adotou-se um regime de responsabilidade objetiva, extremado – uma vez calcado na teoria do risco integral –, solidário e ilimitado, que abrange toda e qualquer espécie de dano, seja de índole patrimonial, seja moral, causado por ato comissivo ou omissivo.

Isso porque, pontifica com maestria OLIVEIRA (2014, p. 1.016) que “em aspectos fundamentais, a responsabilidade civil ambiental norteia-se pelos princípios da prevenção, do poluidor pagador, da solidariedade intergeracional, e da reparação integral.” E acrescenta:

Prevenção porque a essência de todo o direito ambiental é a adoção de medidas de antecipação, preventivas. Com a ocorrência do dano ambiental, adentra-se no princípio do poluidor-pagador, em que uma de suas faces é a obrigação do empreendedor em reparar os danos causados ao meio ambiente. Essa reparação, por sua vez, deverá ser de forma integral, em uma tentativa de retorno ao status quo ante ou o mais próximo possível. Todos esses princípios, em última análise, convergem para uma responsabilidade ética entre as gerações, uma vez que é necessário legar o ambiente em condições similares ou melhores para as gerações futuras. (OLIVEIRA, 2014, 1.016)”

A respeito da responsabilidade objetiva por dano ambiental, leciona Paulo Affonso Leme Machado acerca do dever jurídico de reparação:

Não se pergunta a razão da degradação para que haja o dever de indenizar e/ou reparar. A responsabilidade sem culpa tem incidência na indenização ou reparação dos “danos causados ao meio ambiente e aos terceiros afetados por sua atividade” (art. 14, §1º, da Lei 6.938/1981). Não interessa que tipo de obra ou atividade seja exercida pelo que degrada, pois não há necessidade de que ela apresente risco ou seja perigosa. Procura-se quem foi atingido e, se for o meio ambiente e o

homem, inicia-se o processo-lógico-jurídico da imputação civil objetiva ambiental. Só depois é que se entrará na fase do estabelecimento do nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o dano. É contra o Direito enriquecer-se ou ter lucro à custa da degradação do meio ambiente. (MACHADO, 2016, p.409-410)

Nessa trilha, esse dispositivo consagrou, segundo o Superior Tribunal de Justiça, a aplicação da teoria do Risco Integral, em que não é possível a quebra do vínculo de causalidade pelo fato de terceiro, caso fortuito ou força maior.

A responsabilidade por dano ambiental é objetiva e pautada no risco integral, não se admitindo a aplicação de excludentes de responsabilidade. Conforme a previsão do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981, recepcionado pelo art. 225, §§ 2º e 3º, da CF, a responsabilidade por dano ambiental, fundamentada na teoria do risco integral, pressupõe a existência de uma atividade que implique riscos para a saúde e para o meio ambiente, impondo-se ao empreendedor a obrigação de prevenir tais riscos (princípio da prevenção) e de internalizá-los em seu processo produtivo (princípio do poluidor-pagador). Pressupõe, ainda, o dano ou risco de dano e o nexo de causalidade entre a atividade e o resultado, efetivo ou potencial, não cabendo invocar a aplicação de excludentes de responsabilidade. Precedente citado: REsp 1.114.398-PR, DJE 16/2/2012 (REPETITIVO). (REsp 1.346.430-PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 18/10/2012).

De efeito, os elementos para responsabilização civil por danos ambientais consistem apenas na existência do agente poluidor, do dano e do nexo de causalidade. Por consequência, é irrelevante a análise do elemento subjetivo do agente de causar o dano, aplicando-se a todos que direta ou indiretamente teriam responsabilidade pela atividade causadora do dano.

Elucidando o tema, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino asseverou que a responsabilidade objetiva está calcada na noção de risco social, implícito a determinadas atividades, sendo essa imputação atribuída legalmente àqueles que devem ressarcir os danos provocados por atividades exercidas no seu interesse e sob seu controle.

Imputa-se objetivamente a obrigação de indenizar a quem conhece e domina a fonte de origem do risco, devendo, em face do interesse social, responder pelas consequências lesivas da sua atividade independente de culpa. Nesse sentido, a teoria do risco como cláusula geral de responsabilidade civil restou consagrada no enunciado normativo do parágrafo único do art. 927 do CC, que assim dispôs: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem". A teoria do risco integral constitui uma modalidade extremada da teoria do risco em que o nexo causal é fortalecido de modo a não ser rompido pelo implemento das causas que normalmente o abalariam (v.g. culpa da vítima; fato de terceiro, força maior). Essa modalidade é excepcional, sendo fundamento para hipóteses legais em que o risco ensejado pela atividade econômica também é extremado, como ocorre com o dano nuclear (art. 21, XXIII, "c", da CF e Lei 6.453/1977). O mesmo ocorre com o dano ambiental (art. 225, *caput* e § 3º, da CF e art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981), em face da crescente preocupação com o meio ambiente. Nesse mesmo sentido, extrai-se da doutrina que, na responsabilidade civil pelo dano ambiental, não são aceitas as excludentes de fato de terceiro, de culpa da vítima, de caso fortuito ou de força maior. [...]. (REsp 1.373.788-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 6/5/2014).

Assim, afasta-se a teoria do risco criado, já que o caso fortuito, a força maior e o fato exclusivo de terceiro não têm o condão de afastar a reparação pelo dano ambiental, bastando a prova do dano e do nexo de causalidade para configuração da responsabilidade.

Diante do fato de que o autor deverá provar apenas que existe um nexo de causalidade provável entre a atividade exercida e a degradação ambiental, convencionou-se que a inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental (súmula 618, STJ). Como consequência, o agente que cria ou assume o risco de causar danos ambientais possui o encargo de provar a exclusão de sua responsabilidade.

No Direito Ambiental brasileiro, a inversão do ônus da prova é de ordem substantiva e *ope legis*, direta ou indireta (esta última

se manifesta, p. ex., na derivação inevitável do princípio da precaução), como também de cunho estritamente processual e ope judicis (assim no caso de hipossuficiência da vítima, verossimilhança da alegação ou outras hipóteses inseridas nos poderes genéricos do juiz, emanção natural do seu ofício de condutor e administrador do processo). 6. Como corolário do princípio in dubio pro natura, 'Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução' (REsp 972.902/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.9.2009), técnica que sujeita aquele que supostamente gerou o dano ambiental a comprovar 'que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva'. (REsp 1.060.753/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.12.2009).

Em relação ao poluidor, o conceito legislativo que lhe é dado consiste na "pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, diretamente ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental" (art. 3, IV, Lei n. 6.938/81).

A imposição ao poluidor da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados advém do art. 4, inc. VII, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, sendo que não apenas o causador direto do dano ambiental será responsabilizado, como também o será o poluidor indireto.

Isso porque, diante da natureza do dano ambiental, em observância aos arts. 258, 259 e 275, todos do Código Civil, trata-se de uma obrigação indivisível, já que sua prestação tem por objeto uma prestação não suscetível de divisão. Nesse paralelo, havendo dois ou mais devedores, cada um será obrigado pela dívida em sua integralidade, podendo o credor exigir a prestação de apenas um ou de todos os devedores, ressalvando-se, contudo, o direito de regresso daquele que pagou contra os que não efetuaram o pagamento.

Destarte, nos termos do art. 942 do Código Civil, os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado. Caso a ofensa tenha mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Por esse motivo, tanto o poluidor direto quanto o poluidor indireto é considerado co-autor da degradação ambiental, dada a responsabilidade solidária entre as partes.

Nas lições de Antônio Herman Benjamin acerca da solidariedade envolvendo dano ambiental:

A solidariedade no caso, é não só decorrência de atributos particulares dos sujeitos responsáveis e da modalidade de atividade, mas também da própria indivisibilidade do dano, consequência de ser o meio ambiente uma unidade infragmentável. A responsabilização in solidum, em matéria ambiental, encontra seu fundamento originário no Código Civil, na teoria geral dos atos ilícitos; com maior ímpeto e força reaparece na norma constitucional, que desenhou de forma indivisível o meio ambiente, "bem de uso comum de todos", cuja ofensa estão os "poluidores" (no plural mesmo) obrigados a reparar, propiciando, por isso mesmo, a aplicação do art. 892, primeira parte, do Código Civil, sendo credora a totalidade da coletividade afetada. (BENJAMIN, 1998, p.38)

A respeito do tema, colaciona-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. REPARAÇÃO E PREVENÇÃO DE DANOS AMBIENTAIS E URBANÍSTICOS. DESLIZAMENTOS EM ENCOSTAS HABITADAS. FORMAÇÃO DO POLO PASSIVO. INTEGRAÇÃO DE TODOS OS RESPONSÁVEIS PELA DEGRADAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DESNECESSIDADE. 1. Hipótese em que a pretensão recursal apresentada pelo Município de Niterói se refere à inclusão do Estado do Rio de Janeiro no polo passivo da Ação Civil Pública que visa a reparação e prevenção de danos ambientais causados por deslizamentos de terras em encostas habitadas. 2. No dano ambiental e urbanístico, a regra geral é a do litisconsórcio facultativo. Segundo a jurisprudência do STJ, nesse campo a "responsabilidade (objetiva) é solidária" (REsp 604.725/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 22.8.2005, p. 202); logo, mesmo havendo "múltiplos agentes poluidores, não existe obrigatoriedade na formação do litisconsórcio", abrindo-se ao autor a possibilidade de

“demandar de qualquer um deles, isoladamente ou em conjunto, pelo todo” (REsp 880.160/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27.5.2010). No mesmo sentido: EDcl no REsp 843.978/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 26.6.2013. REsp 843.978/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 9.3.2012; REsp 1.358.112/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28.6.2013. 3. Agravo Regimental não provido. (AgRg no AREsp 432.409/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe 19/03/2014)

Assim, com base na teoria americana do “bolso profundo” (deep pocket doctrine), busca-se solucionar a dificuldade de se estabelecer o verdadeiro responsável pelo ressarcimento, dada a solidariedade entre os agentes, imputando a prática àquele que seja mais saudável financeiramente para arcar com os danos.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

A responsabilidade civil pelo dano ambiental, qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador, público ou privado, é de natureza objetiva solidária e ilimitada, sendo regida pelos princípios poluidor-pagador, da reparação in integrum, da prioridade da reparação in natura e do favor debilis, este último a legitimar uma série de técnicas de facilitação do acesso à justiça, entre as quais se inclui a inversão do ônus da prova em favor da vítima ambiental. (STJ. Segunda Turma. REsp 1.454.281/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 9/9/2016).

Extrai-se, nesse ínterim, que, ressalvados os casos expressamente previstos, a lógica do sistema é a não obrigatoriedade quanto à formação de litisconsórcio, já tendo sido reconhecida a impossibilidade de denunciação da lide em demandas ambientais, sob pena de retardar a reparação dos danos, a saber:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AGRAVO REGIMENTAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC INOCORRÊNCIA. DANO AO MEIO AMBIENTE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DENUNCIAÇÃO À LIDE. IMPOSSIBILIDADE. RELAÇÃO ENTRE PRETENSOS DENUNCIANTE E DENUNCIADO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. PRINCÍPIOS DA ECONOMIA E CELERIDADE PROCESSUAIS. 1. Em primeiro lugar, não existe alegada ofensa ao art. 535 do CPC. A contradição que autoriza



o manejo dos aclaratórios é aquela que ocorre entre a fundamentação e o dispositivo, e não a interna à fundamentação. A obscuridade apontada confunde-se com o inconformismo da parte acerca do julgamento da controvérsia de fundo proferido pelo Tribunal, situação não enquadrada entre os vícios do art. 535 do CPC. 2. Em segundo lugar, pacífico o entendimento desta Corte Superior a respeito da impossibilidade de denunciação à lide quando a relação processual entre o autor e o denunciante é fundada em causa de pedir diversa da relação passível de instauração entre o denunciante e o denunciado, à luz dos princípios da economia e celeridade processuais. Precedentes. 3. Na espécie, a responsabilidade por danos ao meio ambiente é objetiva e a responsabilidade existente entre os pretensos denunciante e denunciado é do tipo subjetiva, razão pela qual inviável a incidência do art. 70, inc. III, do CPC. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 1213458/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/08/2010, DJe 30/09/2010)

Registra-se, por oportuno, ser possível, o ressarcimento do poluidor indireto que tiver indenizado o dano pelo poluidor direto, de modo regressivo.

Nesse cenário, o Superior Tribunal de Justiça sumulou o entendimento de que “as obrigações ambientais possuem natureza *propter rem*, sendo admissível cobrá-las do proprietário ou possuidor atual e/ou dos anteriores, à escolha do credor” (Súmula 623-STJ).

Consequentemente, a obrigação ambiental adere ao título de domínio ou posse e recai sobre todos os proprietários, ainda que não sejam eles os responsáveis por desmatamentos anteriores, independentemente de boa ou má-fé dos adquirentes. Inclusive, esse regime de responsabilização ambiental do proprietário/possuidor do bem degradado, independentemente de ter sido o autor do ato lesivo, foi positivado pelo art. 2º § 2º, do Código Florestal.

Flexibiliza-se, ao que se observa, a exigência de demonstração do nexo causal, pois ainda que adquirida posteriormente a propriedade, não se reverte a degradação existente, dela se beneficiando o novo proprietário/possuidor, ainda que não tenha sido o causador do dano, motivo pelo qual responde indiretamente, na condição de poluidor, de modo a se resguardar a função socioambiental da propriedade (art. 1.228, §1º, do Código Civil de 2002 - "CC/02").

Por sua vez, em relação ao dano gerado, entende-se ser a poluição uma das espécies de degradação ambiental, podendo, nos moldes do art. 3, III, da Lei n. 6.938/81 advir da degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

Frederico Amado (2018, p. 532-533) aduz que a poluição pode ser lícita ou ilícita e, a depender da intensidade, pode ser absorvida pelos ecossistemas sem que acarrete necessariamente um dano ambiental. Ressalva o autor que “mesmo a poluição licenciada não exclui a responsabilidade civil do poluidor, na hipótese de geração de danos ambientais, pois esta não é sancionatória, e sim reparatória”.

Édis Milaré (2011, p. 1119), por sua vez, define dano ambiental como “a lesão aos recursos ambientais, com consequente degradação (alteração adversa) do equilíbrio ecológico e da qualidade de vida”

Já Morato Leite (2012, p. 101-102), analisando as normas ambientais, elucida que o “dano ambiental deve ser compreendido como toda lesão intolerável causada por qualquer ação humana (culposa ou não) ao meio ambiente, diretamente, como macrobem de interesse da coletividade, em uma concepção totalizante, e, indiretamente, a terceiros, tendo em vista interesses próprios e individualizáveis e que refletem no macrobem”.

Nas lições de Paulo de Bessa Antunes:

Dano ambiental é dano ao meio ambiente. Meio ambiente é conceito cultural. É a ação do ser humano que vai determinar que deve e o que não deve ser entendido como meio ambiente. O meio ambiente é um bem jurídico autônomo. O bem jurídico meio ambiente é tutelado pelo direito público e pelo direito privado. O meio ambiente é res communes omnium. Uma coisa comum a todos, que pode ser composta por bens pertencentes ao domínio público ou ao domínio privado. A propriedade do bem jurídico meio ambiente, quando se tratar de coisa apropriável, pode ser pública ou privada. A fruição do bem jurídico meio ambiente é sempre de todos, da sociedade. Igualmente, o dever jurídico de proteger o meio ambiente é de toda a coletividade e pode ser exercido por um cidadão, pelas

associações, pelo Ministério Público ou pelo Estado (2013, p. 151-153).

Observa-se, nesse passo, que o dano ambiental, constitui-se, na maioria das vezes, um dano complexo, uma vez que além da dificuldade ou, até mesmo, da impossibilidade de recomposição do seu estado anterior, ainda apresenta particularidades temporais (intervalo entre a causa e a manifestação do dano), espaciais (efeitos transfronteiriços) e causais (multiplicidade de causadores e cumulatividade de efeitos) (LEITE, 2015, p. 573).

A respeito das classificações do dano ambiental, Oliveira (2014, p. 1.021) posiciona-se de acordo com a extensão do bem protegido a extensão do dano ambiental e a sua reparabilidade.

Em relação à extensão do bem, é possível configurá-lo como dano ambiental lato sensu, dano ecológico puro e dano individual ou reflexo. O primeiro afeta os interesses difusos da coletividade enquanto o segundo se circunscreve exclusivamente ao meio ambiente natural, ou seja, os ecossistemas. Por fim, o dano ambiental individual ou reflexo afeta interesses particulares que apenas indiretamente protegem o bem ambiental.

Quanto à extensão do dano, relaciona-se o dano patrimonial e o dano extrapatrimonial, sendo àquele a perda material do bem enquanto este ofende valores imateriais, de modo a reduzir o bem-estar e a qualidade de vida da sociedade.

No tocante à reparabilidade, existem basicamente duas formas principais de reparação do dano ambiental: a recuperação natural ou o retorno ao “status quo ante” e a indenização em dinheiro. A primeira é considerada modalidade ideal enquanto a última trata de uma forma indireta de reparação da lesão cometida.

Assim, reparação natural pode ocorrer por recuperação in natura ou por compensação ecológica, havendo preferência para a reparação da lesão causada no local específico em que ocorreu o dano. Estabelecida essa premissa, somente no caso em que seja impossível a reparação natural, assentou-se a necessidade de se observar a reparação por meio da compensação ecológica.

Pacífico o entendimento de que a reparação do dano ambiental deve ocorrer preponderantemente in natura, ou seja, buscando-se a reconstrução do meio ambiente em suas condições originais, fazendo-o retornar ao status quo ante. A indenização, ou seja, a compensação em pecúnia, deve ocorrer nos casos que a recomposição in natura mostre-se

tecnicamente inviável ou insatisfatória, apresentando cunho subsidiário, ou quando a atuação danosa do agente justifique a cumulação, o que deve ser feito de forma fundamentada. (AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.516.278 – SC, MINISTRO HERMAN BENJAMIN, 19/12/2016)

Ressalta-se que nada impede a possibilidade de cumulação dos pedidos em obrigação de fazer, não fazer e indenizar, pois nem sempre a reparação in natura garantirá uma reparação integral, sendo imperiosa a indenização dos efeitos remanescentes ao dano.

“A responsabilidade civil, se realmente aspira a adequadamente confrontar o caráter expansivo e difuso do dano ambiental, deve ser compreendida o mais amplamente possível, de modo que a condenação a recuperar a área prejudicada não exclua o dever de indenizar – juízos retrospectivo e prospectivo. A cumulação de obrigação de fazer, não fazer e pagar não configura bis in idem, tanto por serem distintos os fundamentos das prestações como pelo fato de que eventual indenização não advém de lesão em si já restaurada, mas relaciona-se à degradação remanescente ou reflexa” (REsp 1.145.083/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 27.9.2011, DJe de 4.9.2012).

Nessa perspectiva, o Superior Tribunal de Justiça sumulou seu entendimento, segundo verbete 629, admitindo, no âmbito da ação civil pública ajuizada em decorrência de dano ambiental, a condenação do réu à obrigação de fazer ou à de não fazer cumulada com a de indenizar:

Na hipótese de ação civil pública proposta em razão de dano ambiental, é possível que a sentença condenatória imponha ao responsável, cumulativamente, as obrigações de recompor o meio ambiente degradado e de pagar quantia em dinheiro a título de compensação por dano moral coletivo. Isso porque vigora em nosso sistema jurídico o princípio da reparação integral do dano ambiental, que, ao determinar a responsabilização do agente por todos os efeitos decorrentes da conduta lesiva, permite a cumulação de obrigações de fazer, de não fazer e de indenizar. Ademais, deve-se destacar que, embora o art. 3º da Lei 7.347/1985 disponha que “a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro

ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer", é certo que a conjunção "ou" - contida na citada norma, bem como nos arts. 4º, VII, e 14, § 1º, da Lei 6.938/1981 - opera com valor aditivo, não introduzindo, portanto, alternativa excludente. (REsp 1.328.753-MG, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 28/5/2013).

Segundo a Corte Cidadã "vedar a cumulação desses remédios limitaria, de forma indesejada, a Ação Civil Pública - importante instrumento de persecução da responsabilidade civil de danos causados ao meio ambiente -, inviabilizando, por exemplo, condenações em danos morais coletivos". Além disso, acrescentou ser papel do juiz levar em conta o comando do art. 5º da LINDB, devendo-se atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, de forma a constatar que "a norma ambiental demanda interpretação e integração de acordo com o princípio hermenêutico *in dubio pro natura*", amparando sujeitos vulneráveis e interesses difusos e coletivos da maneira que lhes seja mais eficaz na perspectiva de seus objetivos.

No paradigmático julgado, o Superior Tribunal de Justiça aduziu, ainda, que caso houvesse uma imediata e completa restauração do dano ambiental nas condições originalmente dispostas, não haveria que se falar em indenização. Nada obstante, pelo fato da restauração *in natura* nem sempre ser possível tecnicamente para reverter ou recompor o dano, deve-se atentar para as demais dimensões do dano ambiental causado, em consonância com os princípios do poluidor-pagador e da reparação integral do dano.

Cumprе ressaltar que o dano ambiental é multifacetário (ética, temporal, ecológica e patrimonialmente falando, sensível ainda à diversidade do vasto universo de vítimas, que vão do indivíduo isolado à coletividade, às gerações futuras e aos processos ecológicos em si mesmos considerados). Em suma, equivoca-se, jurídica e metodologicamente, quem confunde prioridade da recuperação *in natura* do bem degradado com impossibilidade de cumulação simultânea dos deveres de ripristinação natural (obrigação de fazer), compensação ambiental e indenização em dinheiro (obrigação de dar), e abstenção de uso e nova lesão (obrigação de não fazer). (REsp 1.328.753-MG, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 28/5/2013).

Logo, não haveria que se falar em “bis in idem” nesses casos, já que, considerando as diversas naturezas e finalidades da condenação, somente com a análise do caso em concreto se poderia fixar a responsabilidade sobre o dano. Nesse caminho decidiu o Superior Tribunal de Justiça ao consolidar que “é possível a cumulação de obrigações de fazer, de não fazer e de indenizar nos casos de lesão ao meio ambiente, contudo, a necessidade do cumprimento de obrigação de pagar quantia deve ser aferida em cada situação analisada” (STJ. 1ª Turma. AgInt no REsp 1538727/SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 07/08/2018).

Da mesma forma, pontifica a doutrina de Romeu Thomé (2016, 571-572):

Tendo em vista o respeito ao princípio da reparação *in integrum* do dano ambiental, a obrigação de recuperar o meio ambiente degradado é plenamente compatível com a indenização pecuniária pelos danos causados. Caso haja, portanto, restauração completa e imediata do meio ambiente lesado ao seu estado anterior, não há que se falar em indenização. Vale ressaltar que, no caso de dano transindividual, sendo faticamente viável a reparação *in natura*, a tutela ressarcitória deve ser presrada de forma específica. Não sendo possível, e com o intuito de buscar a completa reparação do dano, caberá também indenização. Não há qualquer impedimento, portanto, de que o ressarcimento de forma específica (*in natura*) seja cumulado com o ressarcimento em dinheiro.

Depreende-se que aquele que explora a atividade coloca-se na posição de garantidor da preservação ambiental, e os danos que digam respeito à atividade estarão sempre vinculados a ela, de modo a se afastar a invocação de excludentes de responsabilidade civil.

Por esse motivo, não se admite a aplicação da teoria do fato consumado em tema de direito ambiental (Súmula 613, STJ), de modo que inexistente direito adquirido a poluir ou degradar o meio ambiente. Segundo o tribunal superior, “o tempo é incapaz de curar ilegalidades ambientais de natureza permanente, pois parte dos sujeitos tutelados são as gerações futuras que carecem de voz e de representantes que falem ou se omitam em seu nome (REsp 948.921/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 23/10/2007, DJe 11/11/2009).



Assim, estar-se-ia perpetuando um suposto direito de poluir, em contramão ao postulado do meio ambiente equilibrado como bem de uso comum do povo essencial à sadia qualidade de vida.

Aliás, uma análise detida da jurisprudência pátria indica que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça têm se inclinado no sentido de que as infrações contra o meio ambiente são de caráter continuado, razão pelo qual as ações de pretensão de cessação dos danos ambientais são imprescritíveis.

O direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial à afirmação dos povos, independentemente de não estar expresso em texto legal. 7. Em matéria de prescrição cumpre distinguir qual o bem jurídico tutelado: se eminentemente privado seguem-se os prazos normais das ações indenizatórias; se o bem jurídico é indisponível, fundamental, antecedendo a todos os demais direitos, pois sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, nem lazer, considera-se imprescritível o direito à reparação. 8. O dano ambiental inclui-se dentre os direitos indisponíveis e como tal está dentre os poucos acobertados pelo manto da imprescritibilidade a ação que visa reparar o dano ambiental. (REsp 1120117/AC, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/11/2009, DJe 19/11/2009).

É que não se pode perder de vista que a fundamentalidade dos interesses envolvidos, uma vez que Direito Ambiental submete-se a regime próprio, mantendo um regramento autônomo, ainda que esteja sujeito a diálogos com outros ramos do ordenamento.

Desse modo, a dimensão protetiva que lhe confere a Carta Magna, garante ao meio ambiente uma titularidade coletiva, colocando-o como bem de uso comum do povo para presentes e futuras gerações. Não sem razão, é inviável impor-se às gerações futuras o ônus de arcar com os efeitos resultantes da destruição ambiental causada pelo homem, comprometendo sua saúde e bem-estar.

Por outro lado, em sede de danos ambientais privados, ou seja, aqueles decorrentes de danos difusos que violam à esfera patrimonial de pessoas identificadas, o entendimento é oposto, considerando-os prescritíveis, sujeitos ao

prazo trienal do art. 206, §3º, V, CC. Como o STJ já teve a oportunidade de se manifestar sobre recomposição dos danos ambientais:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E AMBIENTAL. CONTAMINAÇÃO AMBIENTAL POR PRODUTOS QUÍMICOS UTILIZADOS EM TRATAMENTO DE MADEIRA DESTINADA À FABRICAÇÃO DE POSTES. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE. AUSÊNCIA. PRINCÍPIO DA ADSTRIÇÃO OU CONGRUÊNCIA. INTERPRETAÇÃO AMPLA DA INICIAL. POSSIBILIDADE. DANO AMBIENTAL INDIVIDUAL. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. CIÊNCIA INEQUÍVOCA. PRECEDENTES. AÇÃO COLETIVA. INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE. [...]4. O dano ambiental pode ocorrer na de forma difusa, coletiva e individual homogêneo este, na verdade, trata-se do dano ambiental particular ou dano por intermédio do meio ambiente ou dano em ricochete. 5. Prescrição: perda da pretensão de exigibilidade atribuída a um direito, em consequência de sua não utilização por um determinado período. 6. O termo inicial do prazo prescricional para o ajuizamento de ação de indenização por dano ambiental suportado por particular conta-se da ciência inequívoca dos efeitos decorrentes do ato lesivo. [...] (REsp 1641167/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 20/03/2018)

Firmadas tais premissas acerca da responsabilidade objetiva ambiental, passa-se a analisar a possibilidade de caracterização do dano moral coletivo na seara ambiental.

## **2.2 DO DANO MORAL COLETIVO**

Diante da transcendência do dano ambiental, o qual afeta valores na coletividade relacionados ao patrimônio natural, artificial e cultural – tais como a qualidade de vida, a saúde, o sossego, o senso estético, os valores culturais, históricos e paisagísticos - a agressão passa de uma dimensão individual para uma dimensão coletiva, a ensejar a reparação de forma mais ampla.

Devendo a reparação ambiental ser realizada da forma mais completa possível, observa-se, portanto, que a condenação para recuperação da área lesionada não impede que o poluidor seja obrigado a indenizar eventuais danos morais e residuais decorrentes do ilícito.

A extensão do dano ao meio ambiente permite uma subdivisão entre dano patrimonial e dano extrapatrimonial ou moral.

Isso porque o local degradado não irá se reconstituir imediatamente à situação anterior, de maneira que a indenização, calcada no princípio da reparação integral, deve abranger também o período em que a coletividade ficará privada daquele bem e dos efeitos benéficos que ele produzia, mormente em se tratando de meio ambiente.

Segundo Leite (2004, p. 361-362), o dano moral ambiental estará caracterizado quando "o prejuízo ao indivíduo ou à coletividade for não-patrimonial (por ter lesado bens imateriais)", ou seja, quando não há repercussão na esfera interna da vítima de forma exclusiva, mas sim em relação ao meio social em que vive. Conforme seus ensinamentos:

Nesse caso, o dano atinge valores imateriais da pessoa difusa ou da coletividade, como, por exemplo, a degradação do meio ambiente ecologicamente equilibrado ou da qualidade de vida, como um direito intergeracional, fundamental e global. Não é, nessa perspectiva, o meio ambiente um meio intermediário entre o dano e o lesado; mas é ele próprio lesado, ocorrendo uma perda de qualidade de vida das presentes gerações e um comprometimento à qualidade de vida das futuras gerações (humanas e não humanas). Entra-se aqui em uma visão antropocêntrica alargada, na qual a preservação ambiental não corresponde apenas a interesses humanos imediatos, mas preponderantemente, a um valor ínsito do meio ambiente, que, se preservado, culmina na sadia qualidade de vida de toda a coletividade.

Por essa razão, percebe-se que, assim como o dano moral individual, também o coletivo é passível de reparação, deixando de ser tão somente um equivalente da dor psíquica, que seria exclusividade de pessoas físicas.

Depreende-se do texto constitucional ser assegurada a indenização por dano moral àquele que for lesionado, não havendo qualquer espécie de restrição que se possa levar a conclusão de que somente a esfera individual seria passível de reparação (art. 5, V, CF).

De igual modo, a aplicabilidade do instituto do dano moral decorrente de agressões ao meio ambiente está prevista no art. 1º da Lei Federal n. 7.347/85, consagrando a reparação e toda e qualquer espécie de lesão subjetiva à coletividade

A respeito do tema, José Ricardo Alvarez Viana leciona:

Em apertada síntese, portanto, assevera-se que o dano moral ambiental é perfeitamente admissível em nosso sistema. Além de contemplado, expressamente, pelo ordenamento jurídico, não encerra incompatibilidades empíricas para sua ocorrência ou identificação. Sua aferição é até mais fácil do que no caso do dano moral individual, porquanto evidencia-se com um sentimento público de comoção e perturbação a determinada comunidade como decorrência da degradação ambiental. Além disso, difere do dano ambiental comum, o qual afeta o patrimônio ambiental em sua concepção material, enquanto o dano moral corresponde a um sentimento psicológico social adverso suportado por determinado grupo de pessoas (2004, p. 138).

Nesse sentido, Carlos Alberto Bittar Filho (2004) adverte:

[...] Consiste o dano moral coletivo na injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, na violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico. Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*).

Conforme os ensinamentos de Édis Milaré (2015, p. 330), a configuração do dano ambiental moral não está vinculada ao reconhecimento de dor ou sofrimento:

[...] o Superior Tribunal de Justiça, superando posição anterior que recusava ressarcibilidade por dano moral coletivo ambiental – ao entendimento de que estaria relacionado à noção de dor, de sofrimento psíquico, incompreensível com a noção de transindividualidade (= indeterminação do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa e da reparação) -, acabou por adotar uma visão mais adequada sobre a questão, contribuindo para a consolidação de uma hermenêutica

ambiental mais sensível aos princípios constitucionais e ao caráter difuso do meio ambiente.

Registra-se que, após certa celeuma, o Superior Tribunal de Justiça passou a admitir que a degradação ao meio ambiente é capaz de ensejar a condenação ao pagamento de dano moral coletivo, sendo que seu reconhecimento prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos. A propósito, em julgado da ministra Eliana Calmon, consignou-se:

O dano extrapatrimonial atinge direitos de personalidade do grupo ou coletividade enquanto realidade massificada, que a cada dia reclama mais soluções jurídicas para sua proteção. É evidente que uma coletividade pode sofrer ofensa à sua honra, à sua dignidade, à sua boa reputação, à sua história, costumes e tradições e ao seu direito a um meio ambiente salutar para si e seus descendentes. Isso não importa exigir que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação, tal qual fosse um indivíduo isolado. Essas decorrem do sentimento de participar de determinado grupo ou coletividade, relacionando a própria individualidade à ideia do coletivo (REsp n. 1.269.494/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, j. 24.09.2013).

No mesmo norte, a compensação por dano moral coletivo:

PROCESSO CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ORDEM URBANÍSTICA. LOTEAMENTO RURAL CLANDESTINO. ILEGALIDADES E IRREGULARIDADES DEMONSTRADAS. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO MUNICIPAL. DANO AO MEIO AMBIENTE CONFIGURADO. DANO MORAL COLETIVO. (...) 3. A reparação ambiental deve ser plena. A condenação a recuperar a área danificada não afasta o dever de indenizar, alcançando o dano moral coletivo e o dano residual. Nesse sentido: REsp 1.180.078/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 28/02/2012. 4. "O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base. (...) O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da

comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos" (REsp 1.057.274/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 26/02/2010.) (...) (REsp 1410698/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, j. em 23/06/2015).

Para o dimensionamento da pretensão à indenização, além da extensão do dano e da postura do poluidor, deve-se verificar se a quantia é capaz de desestimular outras condutas danosas, impedindo a lucratividade do poluidor com o prejuízo advindo da atividade degradadora.

Por força princípio do poluidor-pagador, deve-se internalizar as externalidades negativas advindas da execução da atividade, o que vale dizer que, àquele que lucra com determinada operação responde pelos riscos e desvantagens dela resultantes. Busca-se impedir, portanto, uma privatização dos lucros e uma socialização dos danos relacionados à atividade poluidora.

Nesse sentido, é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

A quantificação do dano moral coletivo reclama o exame das peculiaridades de cada caso concreto, observando-se a relevância do interesse transindividual lesado, a gravidade e a repercussão da lesão, a situação econômica do ofensor, o proveito obtido com a conduta ilícita, o grau da culpa ou do dolo (se presentes), a verificação da reincidência e o grau de reprovabilidade social (MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. Dano moral coletivo. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 163/165). O quantum não deve destoar, contudo, dos postulados da equidade e da razoabilidade nem olvidar dos fins almejados pelo sistema jurídico com a tutela dos interesses injustamente violados. [...] Suprimidas as circunstâncias específicas da lesão a direitos individuais de conteúdo extrapatrimonial, revela-se possível o emprego do método bifásico para a quantificação do dano moral coletivo a fim de garantir o arbitramento equitativo da quantia indenizatória, valorados o interesse jurídico lesado e as circunstâncias do caso. (REsp 1487046/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 16/05/2017)



A quantificação da indenização por dano moral ambiental coletivo, deve ser arbitrada, portanto, considerando não apenas a gravidade do fato em si e a culpabilidade do agente responsável, mas também a eventual culpa concorrente da vítima, o grau do prejuízo causado à coletividade, a condição social, econômica e política das partes envolvidas e o caráter pedagógico da indenização por danos morais ambientais coletivos.

Nesse caminhar, no entendimento do Ministro Luis Felipe Salomão, “é inadequado pretender conferir à reparação civil dos danos ambientais caráter punitivo imediato, pois a punição é função que incumbe ao direito penal e administrativo” (REsp 1.354.536-SE, Quarta Turma, julgado em 26/3/2014).

Pelo exposto, à míngua dos ensinamentos trazidos à baila, verifica-se ser necessário ponderar os fatores para se alcançar uma justa indenização a fim de que não haja de um lado um enriquecimento ilícito por parte do poluidor e para que, de outro, a sociedade possa ser devidamente compensada pelos danos morais experimentados.

### **3. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Consoante exposto, a Constituição Federal categorizou o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um bem difuso pertencente a coletividade, essencial à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações. A fim de tutelá-lo estabeleceu que as condutas ou atividades consideradas lesivas sujeitam os infratores às sanções penais e administrativa sem prejuízo da obrigação de reparar os danos causados.

Sendo a responsabilização pelos atos que desrespeitam as normas ambientais de caráter objetivo e integral, o poluidor é obrigado, independentemente de culpa, a indenizar ou reparar os danos patrimoniais e extrapatrimoniais causados ao meio ambiente em razão da prática de sua atividade.

Assim, a responsabilidade civil destacada pela Lei Maior engloba também o dano moral (art. 5, V), que, em consonância com disposição infraconstitucional (art. 1, Lei 7.347/85), admite a reparação civil por danos morais ambientais coletivo, por meio de ação civil pública.

Conquanto tenha havido certa celeuma inicial a respeito da aplicabilidade do dano moral coletivo na seara ambiental, o Superior Tribunal de Justiça assentou seu entendimento em prol da mais ampla e completa reparação ambiental.

Espera-se, desse modo, que a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado possa ser plena, de modo que a condenação de recuperar uma área danificada não afaste o dever de indenizar, incluído neste o dano moral coletivo.

#### 4. REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito ambiental**. 9. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2018.

ANTUNES, PAULO DE BESSA. **Manual de direito ambiental**. São Paulo: Atlas, 5ª ed., 2013.

BENJAMIN, Antônio Herman. **Responsabilidade civil pelo dano ambiental**. Revista de Direito Ambiental. São Paulo, v. 9, ano 3, p.5-52, jan./mar.1998.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Coletividade também pode ser vítima de dano moral**. In: Revista Consultor Jurídico, 25 de fevereiro de 2004. Disponível em: Acesso em 15 jan. 2019.

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

\_\_\_\_\_. **Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br> >.

\_\_\_\_\_. Lei n. 6.938, de 29 de junho de 1965. **Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br> >.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1213458, de Minas Gerais, de 24 de agosto de 2010. **Lex**: jurisprudência do STJ.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1.516.278, de Santa Catarina, de 19 de dezembro de 2016. **Lex**: jurisprudência do STJ.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno em Recurso Especial nº 1.538.727, de Santa Catarina, de 7 de agosto de 2018. **Lex**: jurisprudência do STJ.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.373.788, de São Paulo, de 6 de maio de 2014. **Lex**: jurisprudência do STJ.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.346.430, do Paraná, de 18 de outubro de 2012. **Lex:** jurisprudência do STJ.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.060.753, de São Paulo, de 14 de dezembro de 2009. **Lex:** jurisprudência do STJ.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 432.409, do Rio de Janeiro, de 25 de fevereiro de 2014. **Lex:** jurisprudência do STJ.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.4546281, de Minas Gerais, de 9 de setembro de 2016. **Lex:** jurisprudência do STJ.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.145.083, de Minas Gerais, de 27 de setembro de 2011. **Lex:** jurisprudência do STJ.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.328.753, de Minas Gerais, de 28 de maio de 2013. **Lex:** jurisprudência do STJ.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 948.921, de São Paulo, de 11 de novembro de 2009. **Lex:** jurisprudência do STJ.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1120117, do Acre, de 19 de novembro de 2009. **Lex:** jurisprudência do STJ.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1641167, do Rio Grande do Sul, de 13 de março de 2018. **Lex:** jurisprudência do STJ.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.269.494, de Minas Gerais, de 24 de setembro de 2013. **Lex:** jurisprudência do STJ.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1410698, de Minas Gerais, de 26 de junho de 2015. **Lex:** jurisprudência do STJ.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1487046, do Mato Grosso, de 28 de março de 2017. **Lex:** jurisprudência do STJ.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.354.536, de Sergipe, de 26 de março de 2014. **Lex:** jurisprudência do STJ.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Princípios do Processo Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2004.

LEITE, José Rubens Morato. **Estado de Direito Ambiental: Tendências. Aspectos Constitucionais e Diagnósticos**. 2004. São Paulo, Ed. Forense Universitária, p. 361 / 362.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LEITE, José Rubens Morato et al (Org.). **Manual de Direito Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 21 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: A gestão ambiental em foco**. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Oliveira, Fabiano Melo Gonçalves de. **Manual de direito ambiental**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental esquematizado** / Marcelo Abelha Rodrigues. – 5. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

THOMÉ, Romeu. **Manual de direito ambiental**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016

Viana, José Ricardo Alvarez. **Responsabilidade Civil por danos ao meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2004.

WOLFRUM, Rüdiger. **O princípio da precaução**. In: PLATIAU, Ana Flávia Barros; VARELLA, Marcelo Dias (orgs). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.25.

## PROBIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

### **RAPHAELA MARIA DE OLIVEIRA MORAES VASQUES:**

Advogada. Graduada em Direito na Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Pós-graduada em Direito Público. Secretária Adjunta de Governo no Município da Serra/ES. Coach.

**Resumo:** A probidade administrativa é princípio cogente no nosso ordenamento jurídico, com assento constitucional, sendo de observância obrigatória pela Administração Pública e a participação popular no seu controle é consectário lógico do Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Probidade Administrativa. Controle. Participação Popular.

**Abstract:** Administrative probity is a cogent principle in our legal system, with a constitutional seat, which is mandatory by the Public Administration and popular participation in its control is a logical consensus of the Democratic Rule of Law.

**Keywords:** Administrative Probity. Control. Popular Participation.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Tutela da probidade administrativa. 3. Mecanismos de controle. 4. Conclusão. 5. Referências.

### **1 – INTRODUÇÃO**

A conjuntura social e política no Brasil, indubitavelmente, evidencia que é de suma importância a observância da probidade na Administração Pública, devendo o gestor público agir com moralidade, honestidade e ética, para que haja prevalência do interesse público na condução da máquina administrativa e observância do princípio da legalidade administrativa, consagrado no art. 37, *caput*, da Constituição de 1988.

Procuraremos demonstrar como a probidade administrativa pode ser implementada, de forma efetiva, de modo a atender os preceitos constitucionais e a assegurar a vontade popular, já que a própria Constituição de 1988 estabelece que “todo poder emana do povo” (Art. 1º, § único).

### **2 – TUTELA DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA**

A probidade administrativa, embora não esteja consagrada como princípio expresso no caput do art. 37 da Constituição, recebe **tutela constitucional (Art. 14, § 9º c/c Art. 37, § 4º, da CRFB/88)**, de modo que a Administração Pública deve

observá-la, já que os atos de improbidade administrativa importarão em suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. Note:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a **probidade administrativa**, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994)

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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 4º Os atos de **improbidade administrativa** importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A probidade administrativa **também é tutelada pela legislação infraconstitucional**, a exemplo do que ocorre com a **Lei 8.666/1993**, conhecida como Lei Geral de Licitações e Contratos, senão vejamos:



Art. 3º: A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da **probidade administrativa**, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010).

Logo, o agente público tem o dever de observar a probidade administrativa e respeitar todos os demais princípios que norteiam a Administração Pública, como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*, da CRFB/88), já que, do contrário, será responsabilizado, nos termos da **Lei 8.429/1992**, a qual dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

Quando a Administração Pública, por exemplo, realiza concurso público ou promove licitação administrativa, está zelando pela probidade administrativa, já que há, em tese, respeito à legalidade, à isonomia e à impessoalidade, com supremacia do interesse público e combate ao nepotismo, em prol da eficiência do serviço público.

O Procurador do Município do Rio de Janeiro, Rafael Carvalho Rezende Oliveira, em sua obra intitulada "Licitações e Contratos Administrativos – Teoria e Prática"[1], disserta com maestria sobre o assunto, destacando a probidade administrativa no processo licitatório. Note:

A licitação, por ser um processo administrativo, pressupõe o atendimento dos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública, notadamente aqueles expressamente previstos no art. 37, *caput*, da CRFB (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).

Ao lado dos princípios constitucionais, existem princípios específicos que devem ser observados na licitação. O art. 3º da Lei 8.666/1993, menciona os seguintes princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade,

publicidade, **probidade administrativa**, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e outros que lhe são correlatos.

Em relação aos princípios específicos, podem ser destacados os princípios da competitividade, da isonomia, da vinculação ao instrumento convocatório, do procedimento formal e do julgamento objetivo”.

Não há dúvida, portanto, que a probidade administrativa é princípio consagrado no nosso ordenamento jurídico, sendo de observância obrigatória pela Administração Pública.

### **3 – MECANISMOS DE CONTROLE**

Cabe ressaltar, inclusive, que há em nosso ordenamento jurídico diversos mecanismos de controle da Administração Pública. O controle pode ser interno, feito pela própria Administração Pública, ou externo, realizado pelo Poder Legislativo (art. 49 e art. 70, CRFB/88), inclusive por meio das Comissões Parlamentares de Inquérito – CPI’s (art. 58, §3º, da CRFB/88), auxiliado pelo Tribunal de Contas (art. 71, CRFB/88) e até pelo Poder Judiciário, já que a Constituição de 1988 estabelece o princípio da inafastabilidade da jurisdição, ao asseverar expressamente que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” – art. 5º, inciso XXXV, da CRFB/1988. Note:

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:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Isso ocorre porque nosso ordenamento jurídico adota o sistema de jurisdição única, consoante leciona o ilustre Celso Antônio Bandeira de Mello[2]. Note:

No Brasil, ao contrário do que ocorre em inúmeros países europeus, vigora o sistema de jurisdição única, de sorte que assiste exclusivamente ao Poder Judiciário decidir, com força de definitividade, toda e qualquer contenda sobre a adequada aplicação do Direito a um caso

concreto, sejam quais forem os litigantes ou a índole da relação jurídica controvertida. Assim, o Poder Judiciário, a instâncias da parte interessada, controla, in concreto, a legitimidade dos comportamentos da Administração Pública, anulando suas condutas ilegítimas, compelindo-a àquelas que seriam obrigatórias e condenando-a a indenizar os lesados, quando for o caso.

É imperioso observar que a Administração Pública, por meio do princípio da autotutela administrativa, poderá realizar internamente controle dos seus atos, anulando os ilegais e revogando os discricionários, com fulcro na oportunidade e conveniência. Nesse mesmo sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF, pacificada por meio do verbete de Súmula 473, senão vejamos:

**SÚMULA 473 do STF.** “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

A atuação da Administração Pública, até nos casos em que atue com discricionariedade, ou seja, pautada nas razões de oportunidade e conveniência, deverá estar estribada em princípios éticos e morais, respeitando a probidade administrativa, já que a violação dos princípios administrativos poderá caracterizar improbidade administrativa (Art. 11, da Lei 8429/1992). Há, inclusive, preciosa lição doutrinária nesse sentido, a exemplo do professor José dos Santos Carvalho Filho[3], que discorre sobre o assunto. Vejamos:

O princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto. Acrescentamos que tal forma de conduta deve existir não somente nas relações entre a Administração e os administrados em geral, como também internamente, ou seja, na relação entre a Administração e os agentes públicos que a integram.

Mostra-se relevante destacar, inclusive, a **importância da atuação popular ativa na condução das políticas públicas**, com cidadãos vigilantes e participativos dos processos de tomadas de decisões, como plebiscito, referendo, iniciativa popular nos projetos de lei, filiação partidária, atuação nos conselhos populares e nas audiências públicas, principalmente nas que precedem a elaboração da lei orçamentária anual, a qual definirá onde os recursos públicos serão gastos.

O Estado Democrático de Direito, consagrado na Constituição de 1988, foi constituído na República Federativa do Brasil, de forma que o princípio democrático assume fundamental importância, já que o poder emana do povo. No mesmo sentido é a doutrina do professor Pedro Lenza[4], senão vejamos:

A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito.

A previsão desse regime jurídico é reforçada pelo **princípio democrático** que marcou o texto de 1988 e pela cláusula contida no parágrafo único do art. 1º, ao se estabelecer que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Estamos diante da **democracia semidireta ou participativa**, um “sistema híbrido”, uma democracia representativa, com peculiaridades e atributos da democracia direta.

Pode-se falar, então, em participação popular no poder por intermédio de um processo, no caso, o exercício da soberania que se instrumentaliza por meio do **plebiscito, referendo, iniciativa popular**, bem como outras formas, como a ação popular.

Por seu turno, o princípio do orçamento participativo, que impera no Direito Financeiro brasileiro, consagra essa necessidade de participação popular na elaboração do orçamento. Nesse sentido é a doutrina do ilustre Professor Harrison Leite, que disserta sobre o assunto na sua obra “Manual de Direito Financeiro[5]”.  
Note:

Fruto de experiência que deu certo no Estado do Rio Grande do Sul, o orçamento participativo consiste na necessária consulta prévia feita aos cidadãos acerca dos

gastos públicos que querem ver realizados, antes que aludido projeto vá ao Legislativo para o debate e aprovação. Assim, é uma forma de aproximar o cidadão dos gastos públicos, incutir-lhe a ideia de que nem todas as despesas são possíveis, já que há um plexo de demandas em outras áreas, bem como informar-lhe do seu poder de participar ativamente das atividades envolvendo a Administração orçamentária.

Desta feita, elaborara um orçamento sem a prévia consulta dos cidadãos é ato infringente do procedimento formal da elaboração do orçamento, que poderá ser corrigida pela via judicial.

Referida exegese decorre de regramento expreso previsto no art. 14 da CRFB/88, bem como em leis extravagantes, a exemplo da Lei de Responsabilidade Fiscal, qual seja, Lei Complementar 101/2000, a qual reforça os instrumentos de controle, de transparência, destacando o incentivo à participação popular, com realização de audiências públicas, consoante regramento exposto em seu art. 48, §1º, I e art. 49, senão vejamos:

Art. 14, da CRFB/88: A **soberania popular** será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.

Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

§ 1º A transparência será assegurada também mediante: (Redação dada pela Lei Complementar nº 156, de 2016)

**I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas**, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos;

Art. 49, da LC 101/2000: As contas apresentadas pelo Chefe do Poder Executivo ficarão disponíveis, durante todo o exercício, no respectivo Poder Legislativo e no órgão técnico responsável pela sua elaboração, para consulta e apreciação pelos **cidadãos** e instituições da sociedade.

Pela sistemática da Lei 8.429/1992, os atos de improbidade administrativa são caracterizados pelo enriquecimento ilícito do agente público (art. 9º), pela lesão ao erário (art. 10), pela concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário (art. 10-A) e pelos atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

Com efeito, se o cidadão deparar-se com atos administrativos que entenda violador do direito e ensejador de improbidade administrativa, a depender do caso concreto poderá ser cabível ação judicial para questionar o ato, ou um mandado de segurança, com base no art. 5º, LXIX, da CRFB/88 e na Lei 12.016/2009, ou até mesmo uma ação popular, com base no art. 5º, LXXIII, da CRFB/88 e Lei 4.717/1965.

De igual modo, a depender do caso, poderá ser cabível controle externo dos outros poderes dos atos praticados pela Administração Pública, com base na doutrina dos freios e contrapesos (“checks and balances”), atuação do Tribunal de Contas e até ação civil pública, a ser proposta pelo Ministério Público e demais legitimados disciplinados no art. 5º, da Lei 7.347/1985.

#### **4 – CONCLUSÃO**

No presente artigo, sem ter o escopo de pôr termo ao debate, procuramos destacar a tutela jurídica da probidade administrativa, de ordem constitucional e infraconstitucional, apontando os mecanismos de controle e as formas de participação popular, já que, pela Constituição, todo poder emana do povo – art. 1º, § único, da CRFB/1988.



Percebe-se, portanto, que é crucial implementar no Brasil uma “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição”, consoante sustentado pelo doutrinador alemão Peter Häberle[6], como meio de pluralizar o debate e assegurar a observância dos princípios constitucionais norteadores da Administração Pública, pautados em uma hermenêutica que reconheça “A força normativa da Constituição”, conforme fora proposta na doutrina de Konrad Hesse[7], como instrumento de conformação e modificação da realidade social e política brasileira, com atuação popular ativa na fiscalização dos atos praticados pela Administração Pública, como meio de assegurar a probidade administrativa.

Desta forma, sem dúvida, estaremos caminhando para uma Administração Pública apta a construir uma sociedade política mais justa, livre e solidária (art. 3º, I, CRFB/88), com respeito às instituições e à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB/88).

## **5 - REFERÊNCIAS**

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e Contratos Administrativos – Teoria e Prática. 8ª Edição. Ed. Método. P. 05.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 26ª Edição. Malheiros Editores, p. 936-937.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Ed. Lúmen Juris. 17ª Edição. P.18.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 17ª Edição. Ed. Saraiva. P. 1358.

LEITE, Harrison. Manual de Direito Financeiro. 4ª Edição. Ed. JusPodivm. P. 121.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição. Editora Sérgio Antônio Fabris Editor. Tradutor: Min. Do STF Gilmar Ferreira Mendes.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Editora Sérgio Antônio Fabris Editor. Tradutor: Min. Do STF Gilmar Ferreira Mendes.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Lei 8.666/1993.

Lei 8.429/1992.

Lei Complementar nº 101/2000.

Lei 12.016/2009.

Lei 4.717/1965.

Lei 7.347/1985.

NOTAS:

[1] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e Contratos Administrativos – Teoria e Prática. 8ª Edição. Ed. Método. P. 05.

[2] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 26ª Edição. Malheiros Editores, p. 936-937.

[3] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Ed. Lúmen Juris. 17ª Edição. P.18.

[4] LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 17ª Edição. Ed. Saraiva. P. 1358.

[5] LEITE, Harrison. Manual de Direito Financeiro. 4ª Edição. Ed. JusPodivm. P. 121.

[6] HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição. Editora Sérgio Antônio Fabris Editor. Tradutor: Min. Do STF Gilmar Ferreira Mendes.

[7] HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Editora Sérgio Antônio Fabris Editor. Tradutor: Min. Do STF Gilmar Ferreira Mendes.

## NOVOS LIMITES DA PRISÃO PREVENTIVA NA LEI 13.964/2019

**PHABLINE ALVES DO PRADO:**

Bacharelada em Direito pela Faculdade Serra do Carmo.

ENIO WALCÁCER DE OLIVEIRA FILHO

(orientador)

**RESUMO:** O presente artigo científico tem como objetivo analisar as modificações da nova Lei 13.964/2019 em especial nos novos limites da prisão preventiva. A nova lei entrou em vigor dia 24 de dezembro de 2019, sancionada pelo presidente Jair Bolsonaro, comumente denominado de "Pacote Anticrime". O tipo de pesquisa utilizada foi o método documental, classificada como exploratória e descritiva. Com a promulgação da Nova Lei, houve uma enorme mudança nas espécies de prisão elencadas no Código de Processo Penal e processual, sobretudo na prisão preventiva, vedando assim a decretação de medidas cautelares, sem provocação expressa do Ministério Público ou do querelante ou sem representação da autoridade policial durante o inquérito policial. Os resultados obtidos referentes à prisão preventiva e que o legislador precisa estar atualizado para aplicabilidade da lei de forma parcimoniosa. Portanto, com a aprovação e sanção integral da nova lei fica latente como a articulação entre Poderes e a racionalidade produzem normas que contribuam para um processo penal eficaz.

**Palavras-chaves:** Processo. Prisão Preventiva. Lei 13.964/2019.

**ABSTRACT:** This scientific article aims to analyze the modifications of the new Law 13.964 / 2019, especially in the new limits of pre-trial detention. The new law came into force on December 24, 2019, sanctioned by President Jair Bolsonaro, commonly known as the "Anti-Crime Package". The type of research used was the documentary method, classified as exploratory and descriptive. With the promulgation of the New Law, there was a huge change in the types of prison listed in the Code of Criminal and Procedural Procedure, especially in preventive detention, thus prohibiting the decree of precautionary measures, without the express provocation of the Public Ministry or the plaintiff or without representation from the police authority during the police investigation. The results obtained regarding preventive detention and that the legislator needs to be updated to apply the law sparingly. Therefore, with the approval and full sanction of the new law, it is latent how the articulation between Powers and rationality produce norms that contribute to an effective criminal process.

**Keywords:** Process. Preventive Prison. Law 13.964/2019.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Prisão. 2.1 Prisões Cautelares. 2.1.1 Prisão em Flagrante. 2.1.2 Prisão Temporária- Lei 7.960/89 3. Prisão Preventiva na Lei 13.964/2019. 4. Os Números da Prisão Preventiva no Brasil. 5. Considerações finais. 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo científico analisa a necessidade de novos limites na prisão preventiva a partir da nova Lei 13.964/2019, que entrou em vigor dia 24 de dezembro de 2019, sancionada pelo presidente Jair Bolsonaro, PL nº10. 372/2018 (numeração da Câmara dos Deputados), comumente denominada de “Pacote Anticrime”.

Desse modo, no primeiro momento conceitua-se prisão e serão feitas análises pertinentes às prisões cautelares, procurando distingui-las apresentando duas delas, ou seja, a prisão em flagrante e a prisão temporária, reservando para o capítulo subsequente espaço para a prisão preventiva. Como discorrido acima, o segundo tópico destinar-se-á a prisão preventiva, conceito, sua aplicabilidade como instituto jurídico.

A nova lei programa transformações nas legislações penal e processual penal, tendo como objetivo enrijecer o combate ao crime e aprimorar o quadro normativo penal brasileiro. Considerando a atualidade do tema e as modificações introduzidas na legislação brasileira em breves considerações fazem tratativas acerca da Lei nº 13.964/2019.

## 2. PRISÃO

Grande parte da doutrina tem conceituado a prisão como sendo a privação da liberdade de locomoção ou do direito constitucional de ir e vir.

Conforme Lima (2012) adverte que a origem da palavra prisão, provém do latim *presionae*, que vem de *prehensione*, que significa prender. (2012, p. 67).

Sobre prisão, Lima ainda conceitua:

A prisão deve ser compreendida como a privação da liberdade de locomoção, com o recolhimento da pessoa humana ao cárcere, seja em virtude de flagrante delito, ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, seja em face de transgressão militar ou por força de crime propriamente militar, definidos em lei. (LIMA, 2012, p. 1168)

Mirabete aduz ainda que a prisão em sentido jurídico é a privação da liberdade de locomoção, mas admite que a mesma possua vários significados, destacando as prisões de pena e também prisões provisórias. (2006, p. 361).

O fato é que a prisão não deixa de ser uma forma de segregação, de privação da liberdade do ser humano, podendo acontecer, na esfera penal, pelo cometimento, "em tese", de uma conduta típica determinada como crime ou delito, seja por uma circunstância flagrância nos moldes do art. 302 do Código de Processo Penal, seja por uma ordem escrita e fundamentada de uma autoridade judiciária, como no acontecimento das prisões preventivas e temporárias, destacando que estas modalidades são chamadas de prisões cautelares, pois, inexistente sentença penal condenatória.

Entendemos que prisão é um recurso empregado com o objetivo de, fazer com que o indivíduo autor de determinada ação apresentada como delituosa responda por essa ação, afim de que obtenha o respectivo débito causado à sociedade.

Contudo quando a prisão procede de sentença condenatória, transitada em julgado, que atribuiu o cumprimento de pena privativa de liberdade, chama-se de prisão penal. Para chegar-se a prisão penal, deve haver o devido processo penal, com observância de todas as garantias.

## 2.1 Prisões Cautelares

A prisão pena se diferencia da prisão provisória ou cautelar, pelo fato de já ter existido a acusação formal do órgão ministerial, através da denúncia, com o julgamento através do Poder Judiciário, onde foram produzidas as provas pelas partes com o pronunciamento final do magistrado, através de sua sentença, que entendeu estarem presentes a autoria e materialidade delitiva, condenando-o o réu ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime inicial fechado e sendo o réu agora submetido às regras e direitos constantes na Lei 7.210/84, a Lei de execuções penais.

Neste caso, se percebe que a prisão pena, em que pese não ser eterna, não é considerada cautelar ou provisória, pois, nasceu de uma sentença penal condenatória.

Conforme Nucci (2012) tratou do conceito de prisão como sendo "a privação da liberdade, através do recolhimento e faz a distinção utilizando as codificações, entendendo que o código penal brasileiro trata da prisão decorrente de uma

sentença condenatória, enquanto que o direito processual penal controverte da prisão cautelar e provisória” (NUCCI, 2012, p. 575).

A fundamental característica dessa modalidade de prisão é a excepcionalidade, como o ordenamento jurídico brasileiro prediz que, em regra, nenhum indivíduo será privado da liberdade sem sentença definitiva que o condene a um tipo e quantidade de pena determinados. Em certas situações de caráter urgente, o Estado necessita apresentar resposta imediata, circunstância a qual se presta essa modalidade de prisão que visa repreender a conduta delituosa em momento anterior à própria condenação transitada em julgado do pretense réu.

Conforme ressalta Lima;

“Em um estado que consagra o princípio da presunção de não culpabilidade, o ideal seria que a privação da liberdade de locomoção do imputado somente fosse possível por força de uma prisão penal, ou seja, após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Todavia, entre o momento da prática do delito e a obtenção do provimento jurisdicional definitivo, há sempre o risco de que certas situações comprometam a atuação jurisdicional ou afetem profundamente a eficácia e utilidade do julgado. Daí o caráter imperioso da adoção de medidas cautelares, a fim de se atenuar o risco”. (LIMA, 2011, p. 78).

Ademais o réu necessitará cumprir a prisão pena nas instituições penais adequadas que são as penitenciárias, entidades existentes para o cumprimento de uma pena, diferenciando-se das cadeias e presídios, pois, em instituições penais os presos são provisórios ou cautelares, não tendo sido ainda condenados na ação penal na qual respondem.

Com relação à prisão cautelar Lima (2012) ensina que:

“Prisão cautelar, provisória, processual ou sem pena: tem como subespécies a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária. Com a reforma de 2008 (Lei 11.689/2008 e a Lei 11.719/2008), foram expressamente extintas as prisões decorrentes de pronúncia e de sentença condenatória recorrível, outrora prevista como espécies autônomas de prisão cautelar.” (LIMA, 2012, p. 68).

### **2.1.1 Prisão em Flagrante**



A prisão em flagrante é uma prisão que consiste na restrição da liberdade de alguém, independente de ordem judicial, possuindo natureza cautelar, desde que esse alguém esteja perpetrando, tenha acabado de cometer, ou seja, perseguido (ou mesmo encontrado) em situação (ou na posse de objetos) que faça conjecturar o cometimento da infração penal (CPP, art. 302).

É uma forma de autodefesa da sociedade e, que consiste na prisão, independente de ordem do juiz competente. O autor Lima (2011) conceitua a prisão em flagrante da seguinte forma:

A expressão “flagrante” deriva do latim “flagrare” (queimar), e “flagrans”, “flagrantis” (ardente, brilhante, resplandecente), que no léxico, significa acalorado, evidente, notório, visível, manifesto. Em linguagem jurídica, flagrante seria uma característica do delito, é a infração que está queimando, ou seja, que está sendo cometida ou acabou de sê-lo, autorizando-se a prisão do agente mesmo sem autorização judicial em virtude da certeza visual do crime. Funciona, pois, como mecanismo de autodefesa da sociedade. (LIMA, 2011, pg. 177)

Já nas palavras de Távora, a prisão em flagrante é uma medida restritiva:

É uma medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e caráter eminentemente administrativo, que não exige ordem escrita do juiz, porque o fato ocorre de inóspito (art. 5º, inciso LXI da CF). Permite-se que se faça cessar imediatamente a infração com a prisão do transgressor, em razão da aparente convicção quanto à materialidade e a autoria permitida pelo domínio visual dos fatos. (TÁVORA, 2011, pg. 530),

Desta forma, surge a expressão flagrante delito, que significa o delito no instante da sua perpetração, o delito que está sendo cometido.

Conforme definição do artigo 302 do Código de Processo Penal, diz que “não precisa de ordem judicial e pode ser efetivada por qualquer pessoa, que deverá proporcionar o preso imediatamente a uma autoridade policial para a lavratura do auto de prisão”.

Lima (2012) define ainda como sendo “uma medida de autodefesa da sociedade, resultante da segregação cautelar daquele que é surpreendido nas

hipóteses de flagrância e aconselha a desnecessidade da ordem judicial". (2012, pg. 187).

O art. 302 do Código de Processo Penal cita as quatro situações em que ocorre a situação flagrâncias:

Artigo 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - são encontrados, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Na mesma definição são as lições de Gomes (2011, pg. 90), que apresentar-se: "A prisão em flagrante é uma medida precautelar, porque não tem o escopo de tutelar o processo ou o seu resultado final, sim, ela se destina a colocar o preso à disposição do juiz, para que tome as providências cabíveis".

É opinião de Oliveira (2012), que diz sobre prisão em flagrante:

A prisão em flagrante, então, ostenta o status de medida cautelar, precisamente delimitada no tempo. É que, cumpridas as suas funções, a manutenção do cárcere reclamará ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária, nos termos da Constituição da República (art. 5º). (OLIVEIRA, 2012, p. 584)

Entretanto a prisão em flagrante neste ponto será trazida tão somente as alterações dadas pela Lei 13.964/2019, conforme afirma Oliveira Filho:

Nos casos de constatação de flagrante em situações de excludente de ilicitude, o juiz pode conceder a liberdade provisória com a obrigatoriedade de comparecimento a todos os atos da persecução;

Nos casos de flagrante em que for verificada participação do autuado em organização criminosa armada ou milícia, ou nos

casos de porte de arma de fogo de uso restrito, será denegada a liberdade provisória;

A autoridade que der causa a não realização de audiência de custódia em 24 horas responderá civil, penal e administrativamente (suspensão por liminar do STF);

A não realização de audiência de custódia em 24 horas enseja o relaxamento da prisão, sem prejuízo à possibilidade de decretação de prisão preventiva.

A audiência de custódia, antes prevista por meio da Resolução nº 213 do CNJ agora está incluída no CPP (art. 310). Exige-se a presença do acusado, defensor e MP; Deve ser feita em até 24 horas da prisão (suspensão via liminar do STF). Deve ser usada para apreciação de qualquer prisão cautelar (flagrante, preventiva, temporária) (OLIVEIRA FILHO, 2020, p. 49)

### **2.1.2 Prisão Temporária - lei 7.960/89**

Contida no ordenamento jurídico brasileiro, através da Lei nº. 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a prisão temporária visa à tutela das investigações policiais, só podendo ser estabelecida na fase que antecede a instauração da ação penal e não pode ser decretada ex-offício pela autoridade judiciária, pendendo de representação policial ou do requerimento do parquet.

Enquanto a prisão preventiva elenca as hipóteses em que a liberdade do imputado oferece risco, a prisão temporária objetiva tutelar unicamente a investigação, utilizando-se, para tanto, da prisão do indiciado.

A prisão temporária na visão de Lopes Júnior (2014):

A prisão temporária possui uma cautelaridade voltada para a investigação preliminar e não para o processo. Não cabe prisão temporária (ou sua permanência) quando já tiver sido concluído o inquérito policial. Então, se já houver processo ou apenas tiver sido oferecido à denúncia, não pode permanecer a prisão temporária. [...] Trata-se de prisão finalissimamente dirigida à investigação e que não sobrevive no curso do processo penal, por desaparecimento de seu fundamento. Encerrada a investigação preliminar, não se pode mais cogitar de prisão temporária (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 905).

Pela Lei 7.960/89, a prisão temporária é cabível: quando for imprescindível para as investigações do inquérito policial; quando o recomendado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; quando houver estabelecidas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes de homicídio, sequestro, roubo, estupro, tráfico de drogas, crimes contra o sistema financeiro, entre outros.

### 3. PRISÃO PREVENTIVA NA LEI 13.964/2019

Prisão preventiva é espécie do gênero “prisão cautelar de natureza processual”. É aquela medida restritiva de liberdade decidida pelo juiz, em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal, como medida cautelar, seja para garantir eventual execução da pena, seja para preservar a ordem pública, ou econômica, seja por conveniência da instrução criminal.

O professor Capez (2014) ao conceituar o instituto jurídico da prisão preventiva, diz;

Que é uma prisão cautelar de natureza processual decretada pelo juiz durante o inquérito policial ou processo criminal, antes do trânsito em julgado, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores (CAPEZ, 2014, p. 335).

A prisão preventiva vem regulamentada do artigo 311 ao artigo 316 do Código de Processo Penal. Como toda medida cautelar, possui como pressuposto básico o *fumus comissi delicti*, que é, conforme a leitura do artigo 312 do Código de Processo Penal, “a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria” (LOPES JR., 2013, pg. 88)

Ainda sobre a prisão preventiva doutrina Pacheco:

“Entre os artigos 311 e 316 do Código de Processo Penal, o legislador dispõe sobre a prisão preventiva que, da mesma natureza jurídica das prisões em flagrante e temporária, é processual, provisória e acautelatória, exigindo, para a privação da liberdade do agente, além do decreto fundamentado pelo juiz, os requisitos fundamentais do *fumus delicti comissi e periculum libertatis*” (PACHECO, apud. LOPES JR., 2013, p. 88).

Ainda para o mesmo autor, em conjugação com o *fumus comissi delicti*, deve estar presente o *periculum libertatis*. Este requisito se encontra previsto também no artigo 312 do Código de Processo Penal, que admitirá a prisão preventiva: a) para a garantia da ordem pública; b) para a garantia da ordem econômica; c) por conveniência da instrução criminal; d) para assegurar a aplicação da lei penal.

A referida lei também inova ao acrescentar um conjunto de medidas cautelares alternativas à prisão, fato que vem assegurar e preservar a todos o estado de inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

A Constituição Federal de 1988 consagra o estado de inocência, prevendo que o cidadão somente será considerado culpado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, do que se extrai que a execução da pena em desfavor do agente somente é possível se calcada em condenação definitiva.

Possibilitando a adoção dessa medida excepcional, o inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal prevê que "*ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente*".

Assim, embora sem trânsito em julgado da sentença condenatória, há compatibilidade entre a prisão preventiva e o estado de inocência, devendo, entretanto, ficar comprovada a presença dos pressupostos e requisitos estabelecidos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Disso se arranca que a liberdade é a regra e a prisão exceção, sendo indispensável, então corroborar que a decretação da prisão preventiva se amolda, concretamente, à previsão do art. 312 do CPP, sob pena de coação ilegal, passível de correção por via de *habeas corpus*.

A presença dos pressupostos da prisão preventiva é condição necessária, mas não suficiente para decretação da prisão preventiva. Deverão estar presentes, ainda, as hipóteses de cabimento que definem em quais circunstâncias e crimes são possíveis o cerceamento da liberdade, objetivando impedir que a medida deferida seja mais grave e mais intensa que a pena a ser aplicada na ação penal, ao final do processo (OLIVEIRA, 2011, p. 553)

O tema está regulado no art. 313 do CPP, que dispõe da seguinte forma:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, serão admitidas a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Em casos em que o agente estiver amparado por alguma excludente de ilicitude, a mesma não será declarada.

Em conformidade com a aplicação da prisão preventiva, o princípio da proporcionalidade vem para restringir, de certo modo, às penas aplicadas pelo Estado, devidamente previstas como forma de garantir o Estado Democrático de direito, a justiça, e a dignidade da pessoa humana.

Nessa variável, há de se entender que o princípio da proporcionalidade pode ser dividido da seguinte forma: necessidade, adequação e proporcionalidade, conforme enfatiza Alexy:

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades táticas. (ALEXY, 2008, p.118).

Conforme Oliveira Filho (2020, p. 46), "com o advento da Lei 13.964/2019 uma nova prisão surgiu, está presente no art. 492, Inciso I, alínea "e" do CPP, sendo a prisão por condenação no Tribunal do Júri, sendo a sua ocorrência condicionada à



pena imposta maior que 15 anos, sendo decretada tão somente quando presentes os requisitos da prisão preventiva”.

Ainda conforme o mesmo autor como é medida extrema deve ser fundamentada (como todas as decisões em decorrência do art. 93, IX da CF/88), sendo que o dispositivo sofreu uma regulamentação normativa com a Lei 13.964/2019, com a inclusão do art. 315 do CPP, em que se exige uma fundamentação e fundamentação mais concisa, nos termos do dispositivo. A necessidade da segregação cautelar deve ser motivada dentre às possibilidades do Código de Processo Penal mostrando ser medida necessária, e mostrando ainda ser a única forma possível (consoante ao art. 282 cominado com o art. 315 do CPP) observando-se o princípio da proporcionalidade que se divide em:

Adequação – se a medida é adequada, dentre todas as medidas cautelares possíveis (tanto de prisão quanto cautelares diversas da prisão), para o caso concreto;

Necessidade – se a medida é realmente necessária (se estão atendidos os critérios do art. 312, dentre os 4 critérios), casos previstos no art. 282 inciso I;

Proporcionalidade em sentido estrito – se há proporcionalidade entre o caso concreto e a medida segregatória, diz respeito ao art. 282 inciso II.

Concretude de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a medida os elementos que ensejam a medida devem ser contemporâneos, devendo ser revisados a cada 90 dias, sob pena de relaxamento da prisão;

Fundamentação da medida com os seguintes requisitos: a indicação da adequação dos fatos ao texto normativo, vedada à mera reprodução ou paráfrase de norma; o quando utilizados conceitos jurídicos indicar o motivo concreto de sua incidência ao caso; os motivos concretos, vedados argumentos genéricos; o enfrentamento dos argumentos deduzidos no processo, quando decisão for posterior a ato em contraditório; a indicação dos motivos determinantes (ratio essendi) de súmula ou precedente invocado e a correlação com o caso concreto; o indicar, nos casos de não aplicação de súmula, jurisprudente ou precedente, a distinção do caso concreto (distinguishing) (OLIVEIRA FILHO, 2020, p.47)

Em suma, verifica-se que os três subprincípios demonstrado se completam, formando o conceito de que a intervenção penal deve ocorrer somente quando se faz necessária, adequada e proporcional, no âmbito do direito penal, uma vez que este apenas se legitima quando oferece a mais efetiva tutela aos bens jurídicos constitucionais em conflito.

#### **4. OS NÚMEROS DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL**

De acordo com o ex-ministro da Justiça e Segurança Pública, Sergio Moro (2020) afirmou que “não existem excessos de pessoas presas sem julgamento no Brasil, tampouco presos demais”.

A afirmação foi concedida durante o lançamento do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) com base de dados no de 2019. Conforme o levantamento há 773,1 mil presos no país. Desses, 253,9 mil são provisórios cerca de 33% do total.

O Ex-ministro Sérgio Moro (2020) usou as redes sociais para reforçar seu posicionamento: "O Brasil possui menos presos provisórios do que Mônaco (56,3%), Suíça (42,2%), Canadá (38,7%), Bélgica (35,6%) e Dinamarca (35,5%), por exemplo. Não há qualquer exagero de prisão preventiva no Brasil em comparação com outros países". Observa-se através do gráfico comparativo de presos provisórios com outros países, a veracidade do posicionamento do juiz:

Gráfico 1: Comparativo de Presos Provisórios com outros Países

Fonte: INFOPEN, (2020).

O gráfico comparativo abaixo demonstra o quantitativo de presos em unidades prisionais no Brasil. Observa-se que grandes partes dos presos estão em regime fechado. Do qual é o regime inicial para os condenados a uma pena superior a 8 anos nos termos do art. 33, § 2º, alínea (a) do Código Penal: "o condenado a pena superior a 8 (oito) anos necessitará começar a cumpri-la em regime fechado".

Gráfico 2: Presos em Unidades Prisionais no Brasil

Fonte: INFOPEN, (2020).

O gráfico comparativo em unidade prisionais no Tocantins caracteriza-se por um grande distanciamento com relação ao quantitativo. Aqui também as maiores partes dos presos estão em regime fechado. Nessa esteira e em situação não menos preocupante, tem-se ainda os casos De pessoas condenadas, em primeira instância,

no rito júri, a pena igual ou superior a 15 anos. Nesses casos, nota-se que em razão da redação dada pelo “pacote anticrime” ao art. 492, alínea “e” do CPP, a prisão após a decisão condenatória dos jurados, passou a ser de determinação obrigatória, para fins de execução provisória da pena, involuntariamente do eventual trânsito em julgado da decisão ou da existência dos requisitos para prisão provisória (LIMA, 2020).

A Constituição de 1988 estabeleceu para o Brasil, o perfil de Estado Democrático de Direito, deste modelo, partem princípios regradores dos mais diversos campos da atuação humana. No que diz respeito ao âmbito penal, há um gigantesco princípio constitucional, norteador de todo o sistema penal, que o torna democrático.

Gráfico 3: Presos em Unidades Prisionais no Tocantins

Fonte: INFOPEN, (2020).

Sobre o tema, é importante destacar que “os princípios jurídicos, uma vez erigidos à categoria de normas jurídicas, servem de fundamento para o ordenamento jurídico e atuam como vetor na construção e aplicação das demais normas jurídicas” (SILVA, 2011, p. 27).

Os princípios penais constituem o núcleo *essencial* da matéria penal, alicerçando o edifício conceitual do delito – suas categorias teóricas –, limitando o poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo, orientando a política legislativa criminal, oferecendo, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei penal *conforme* a Constituição e as exigências próprias de um Estado democrático e social de Direito. Em síntese: servem de fundamento e de limites à responsabilidade penal (PRADO, 2012, p. 156).

O pensamento jurídico contemporâneo confere ao princípio jurídico o *status* de legítima norma jurídica em razão de sua positividade e vinculatividade na solução de casos concretos (SILVA, 2011, p. 27) .

Princípio significa dizer que é considerar algo do começo ou compreender o que vem primeiro. Nesse sentido, Bonfim discorre sobre o assunto:

Princípios do processo penal são normas que, por sua generalidade e abrangência, irradia-se por todo ordenamento

jurídico, informando e norteando a aplicação e a interpretação das demais normas de direito, ao mesmo tempo em que conferem unidade ao sistema normativo e, em alguns casos, diante da inexistência de regras, resolvendo diretamente os conflitos (BONFIM, 2008, p. 34).

O sistema jurídico brasileiro é composto por princípios que são enunciações normativas com valor genérico, que tem como objetivo aos operadores do direito uma base e fundamento para a devida aplicação das normas.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com a aprovação e sanção integral da nova lei 13. 964/2019 fica latente como a articulação entre Poderes e a racionalidade produzem normas que contribuam para um processo penal eficaz e civilizado, que contribua para a segurança das pessoas e, ao mesmo tempo, respeite a dignidade humana e os princípios constitucionais dela decorrentes, evitando assim abusos mesmo tendo que levar em consideração o aumento da criminalidade e a atual condição que vive o sistema prisional brasileiro.

Contudo é possível afirmar que, no aspecto de tornar a privação cautelar de liberdade do indivíduo como ultima ratio, como também o de reduzir o âmbito de sua aplicação se observadas as normas norteadoras implementadas com a nova lei.

Portanto, é importante destacar, que a consolidação de uma cultura de substituição das prisões processuais não depende apenas da mudança do texto legal. As alterações legislativas são importantes, representam um marco fundamental, mas sobre elas se faz necessária à reformulação de envelhecidos valores e do comodismo das tradições cristalizadas.

O Direito Penal, como também, os demais ramos do ordenamento jurídico, fundamentam-se em determinados princípios, como elementos essências e diretores em sua maioria jurisdicionados, seja em nível constitucional, seja não constitucional (PRADO, 2012, p. 155).

Dessa forma, os princípios representam justamente o limite até o qual o Estado pode agir. Justamente por tratar-se de um Estado Democrático de Direito, os princípios devem ser respeitados, configurando-se, em caso contrário, um ato inconstitucional. Nesse sentido, procura-se dissertar, nos tópicos seguintes, sobre os princípios do Direito Penal que são relevantes para a compreensão do objeto de estudo da presente monografia, a saber, os princípios constitucionais penais relativos à sanção penal.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 3º edição, São Paulo: Saraiva, 2008.

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

BRASIL, Lei de Execução Penal (1984). **Lei de Execução Penal: Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**: institui a Lei de Execução Penal, – Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2008.

BRASIL, Lei da Prisão Temporária (1989). **Lei da Prisão Temporária Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989**, Brasília: DF, Centro Gráfico, 1989.

BRASIL, Código Penal Brasileiro. **Decreto Lei N. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Brasília: DF, Centro Gráfico, 1940.

BRASIL, **Lei nº 12.403/2011**, de 04 de maio de 2011. Diário Oficial da União, 05 maio 2011.

BRASIL, **Lei nº 13.964/2019**, de 24 de dezembro de 2019. Diário Oficial da União, 24 de dezembro de 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro A. **Metodologia Científica**: para uso dos estudantes universitários. 5º Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). Levantamento Nacional de Informações Penitenciária Junho de 2019 (INFOPEN). Disponível em ><https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiaMTVjZDQyODUtN2FjMi00ZjFkLTlhZmItNzQ4YzYwNGMxZjZjIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>> Acesso em: 02 de jun. 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 2º. Edição. São Paulo: Saraiva, 1997.

FILHO, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 9º. Edição, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. Estudos de direito penal e processo penal. São Paulo: RT, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói: Impetus, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Vol. 1. 2ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

LIMA, Daniel. Prisão preventiva e regime semiaberto: há incompatibilidade?. Disponível em <<https://canalcienciascriminais.com.br/prisao-preventiva-e-regime-semiaberto-ha-incompatibilidade/>> Acesso em: 31 de mai. 2020.

LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. 4ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES, J. Fazer Do Trabalho Científico Em Ciências Sociais Aplicadas. Recife: Editora Universitária UFPE, 2016.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 11 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. Edição, rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários do código de processo penal e sua jurisprudência**. 4. Edição. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA FILHO, Enio Walcácer. **Elementos do processo penal**. Vol 3. FASEC, Palmas, 2020.

PACHECO, José Ernani de Carvalho. **Habeas Corpus**. 8º Ed. Curitiba: Juruá, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: v1. parte geral: arts. 1ª a 120, 11.edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

REVISTA Trimestral de Jurisprudência. **Supremo Tribunal Federal: Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência – n.1, volume 174**. Brasília: STF, CDJU: Brasília Jurídica, 2000.



SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. 2.ed. Curitiba: Juruá. 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 165.932/SP**. Relator(a): Min. Edson Fachin. Segunda Turma. Publicado em: 14/12/2018.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual penal**. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

## A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

**AFONSO AUGUSTO GOMES DOS REIS:**

Bacharelado do curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins.

WELLINGTON GOMES MIRANDA<sup>[1]</sup>

(orientador)

**RESUMO:** Atualmente, há um notório crescimento de demandas judiciais que visam o fornecimento de medicamentos gratuitos pelo Estado, indispensáveis à saúde e à manutenção da qualidade de vida do cidadão. A vida e a saúde são os direitos mais elementares do ser humano, pressupostos de existência dos demais direitos, adequando-se na categoria de direito público subjetivo fundamental, razão pela qual merece especial proteção jurídica. São recorrentes as reclamações da população das recusas ou demora do Sistema Único de Saúde - SUS no fornecimento de medicamentos, na realização de exames e procedimentos, além da ausência de leitos disponíveis em hospitais da rede pública e até mesmo privada o Estado alega que a demanda à saúde é grande, enquanto a receita é limitada. Na impossibilidade de atender a todas as necessidades da sociedade, o Estado tem de eleger prioridades para que possa implementar uma política pública eficaz, garantindo o mínimo existencial e ao mesmo tempo atuando de acordo com as diretrizes orçamentárias. O direito à saúde demanda prestações positivas do Estado o que implica alocação de recursos materiais e humanos para sua efetivação. Se é assim, o seu atendimento está submetido a uma reserva do possível que é o princípio segundo o qual o cumprimento de decisões que impliquem gastos públicos, O qual fica a depender da existência de meios materiais disponíveis para sua implementação.

**PALAVRAS-CHAVES:** Direito à Saúde, Judicialização, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

**ABSTRACT:** Currently, there is a notable growth in lawsuits aimed at the provision of free medicines by the State, which are essential to the health and maintenance of the citizen's quality of life. Life and health are the most elementary rights of human beings, presuppositions for the existence of other rights, fitting into the category of fundamental subjective public law, which is why it deserves special legal protection. The population's complaints about refusals or delays in the Unified Health System - SUS in the supply of medicines, in carrying out tests and procedures are recurrent, in addition to the lack of available beds in public and even private hospitals, the State claims that the demand health care is great, while revenue is limited. In the

impossibility of meeting all the needs of society, the State must choose priorities so that it can implement an effective public policy, guaranteeing the minimum existential and at the same time acting in accordance with budgetary guidelines. The right to health demands positive benefits from the State, which implies the allocation of material and human resources for its implementation. If so, your service is subject to a reservation of the possible, which is the principle according to which the fulfillment of decisions that involve public spending, which depends on the existence of material means available for its implementation.

**KEYWORDS:** Right to Health, Judicialization, Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law (LINDB).

## **INTRODUÇÃO**

A saúde é instituída no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no rol dos direitos sociais e assegurada no artigo 196 do texto constitucional como direito de todos e dever do Estado, garantido através de políticas sociais e econômicas que atuam tanto para sua promoção, quanto para sua proteção e conseqüentemente a sua recuperação. Com o advento da Constituição vigente a conseqüente redemocratização, o direito à saúde ganhou bastante notoriedade.

O fenômeno é conhecido como a judicialização de direitos, desta forma, pode se dizer que é a pretensão individual para que seja efetivado por meio de uma decisão emanada para que o Poder Judiciário tome as decisões legais. A judicialização ocorre nos casos onde o Juiz se considera no dever de interpretar a Carta Magna no sentido de garantir direito fundamental relacionado à saúde.

Diante do exposto, o trabalho inicia se com uma análise profunda relacionada à Judicialização dos direitos Sociais no Brasil onde se pretende analisar as decisões judiciais no contexto da saúde, as causas, condições e efeitos da judicialização, levando em consideração a fundamentação de grandes doutrinadores, posteriormente faz se uma breve explanação sobre a Saúde como um Direito a dignidade da Pessoa Humana onde se dispõe a um estudo sobre a estrutura do SUS-Sistema Único de Saúde e seus princípios norteadores.

Já o penúltimo item faz uma abordagem sobre Os direitos Fundamentais e a Dignidade da Pessoa Humana, um contraponto entre o direito individual e o direito coletivo relacionado à saúde, ou seja, Fundamento do Direito ao mínimo existencial e ao final trata sobre a Reserva do Possível com apontamentos de pesquisadores.

O trabalho utiliza-se do método indutivo, o qual a parte dos fatos específicos para se chegar a conclusões gerais. Pretende-se utilizar a exposição de argumentos e contra-argumentos de determinado assunto de forma fundamentada.

## **2. A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL**

Os Direitos Sociais são consagrados na segunda dimensão do direito, reconhecidos por não serem meros poderes de agir, como às liberdades individuais de primeira geração, mas por terem o poder de exigir uma prestação positiva do Estado para que sejam concretizados de forma plena. Os direitos sociais são, portanto, para SILVA (2005, p 286-287).

Prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a equalização de situações sociais desiguais. São portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao euferimento da igualdade real, ao que por sua vez, proporciona condições mais compatíveis com o exercício efetivo da liberdade. (SILVA 2005, P 286-287).

Como prevê em seu artigo 196 da Carta Magna que diz, em suma, que o direito relativo à saúde seja universal, igualitário, garantido a todos sendo dever do Estado, a ser efetivado através de políticas sociais quanto de políticas econômicas que devem ter o direito à saúde como garantia e que seja cumprido na íntegra e cumprido em sua totalidade. Percebe se que no Brasil através do advento da Constituição Federal conquistou mais força normativa e efetividade. A jurisprudência é um exemplo emblemático do pode se afirmar em questão ao direito fundamental em relação à saúde como também do fornecimento de medicamentos.

Percebe se que a garantias das normas do direito e da justiça deixaram de ser constatado como elemento de um documento literalmente político, mera convocação a atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por Juízes e Tribunais. Neste aspecto verifica-se a obrigatoriedade do Estado em garantir que sejam respeitados os objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil, como a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade livre justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais.

A judicialização do direito à saúde é compreendida como a obtenção de assistência médica através da intervenção do Poder Judiciário que ao provocar e atuar por vias judiciais para que seja feita e efetivada a assistência médica, como também a obrigatoriedade do fornecimento dos insumos e medicamentos, e que o tratamento em prol da saúde seja de fato garantido.

Observa-se que é de suma importância à proteção quando está relacionada à vida e à saúde da população, a atuação do Poder Judiciário com as devidas intervenções, que quando provocada seja para garantir a efetividade dos direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988.

## 2.1 SAÚDE COMO UM DIREITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Como está instituído no Artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil onde está instituída que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. A judicialização, em linhas gerais, corresponde ao ato de se transferir para o Poder Judiciário decisões que a rigor deveriam ser tomadas pelos demais Poderes (Legislativo e Executivo). Implica em colocar sob a análise do Poder Judiciário questões que envolvem o reconhecimento e concretização de um direito.

As demandas que versam sobre o reconhecimento e concretização de direito de natureza social envolvem questões de grande repercussão social e política o que só faz com que aumente a responsabilidade em relação aos órgãos jurisdicionais em se tratando da agilidade nas resoluções desses casos.

O significado de judicialização da saúde, levando em consideração os princípios constitucionais da universalidade e integralidade no que diz respeito ao acesso a saúde previstos nos artigos 196 e 198, inciso II da CRFB/88, respectivamente, o Estado tem o dever de prover todas as condições para que os cidadãos previnam doenças, curem-se delas e tenham acesso à prestação de serviços em saúde.

Neste mesmo sentido, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, dispõe:

Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e a sua família saúde e o bem estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, a assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários tem direito a segurança no desemprego, na

doença, na invalidez, na viuvez, na velhice e noutros casos de perda de meio de subsistência por circunstância independentes de sua vontade. (ONU 1948).

Foi somente após o advento da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu como dever do Estado em prover uma saúde de qualidade e com equidade para todos, é importante lembrar que a figura do Estado refere-se à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ou seja, é dever de todos na medida de suas competências fornecerem uma saúde de qualidade.

Neste sentido a lei n. 8080/90 (BRASIL, 1990), que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, é clara no seu artigo 2º e seus parágrafos, que o Estado deve executar medidas para efetuar um atendimento a população de forma igual, executando políticas econômicas e sociais para isso.

Art. 2º - A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 1º - O dever do Estado de garantir a saúde consiste na reformulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. § 2º - O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade. (BRASIL 1990).

A Lei n. 8.080/90 (BRASIL, 1990) determina, em seu artigo 9º, que a direção do SUS deve ser única, de acordo com o inciso I do artigo 198 da Constituição Federal, sendo exercida, em cada esfera de governo, pelos seguintes órgãos:

I. no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde; II. no âmbito dos estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; III. no âmbito dos municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente. (BRASIL, 1990).

Constata-se que não é possível atender todos os agravos de maneira eficiente, visto o limitado recurso financeiro alegado pela administração do Estado, em muitas vezes ocasionado por má gestão. Dada tal deficiência na concretização do direito à saúde, as pessoas que não tem suas pretensões alcançadas no âmbito administrativo, procuram o Poder judiciário para que seja logrado êxito em seu pedido.



Por ser um direito fundamental prevista no texto constitucional a deve ser feito imediatamente logo após tenha tomado conhecimento em se tratando do direito a saúde de forma emergente. Os tribunais não aceitam a má administração como desculpa para o cumprimento da lei. A Defensoria Pública tem como papel dar assistência jurídica às pessoas que comprovem insuficiências de recursos, defendendo os seus interesses, enquanto o Ministério Público tem como dever proteger os interesses individuais indisponíveis (à vida, à liberdade e saúde).

O Sistema Único de Saúde foi criado no intuito de garantir os princípios constitucionais da universalidade e equidade no atendimento ao cidadão que necessita de atendimento à saúde, visando garantir uma saúde de qualidade independentemente de sexo, raça ou religião. Acontece que por muitos anos a saúde foi deixada de lado, sem à devida atenção, com políticas que não mostram resultados efetivos.

### 2.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Visando garantir de forma mais eficiente o direito à saúde, em prol de quem realmente necessita, o Poder Judiciário faz o papel do executivo e legislativo, quando estes deixam de cumprir com seu dever, quando deixam de efetivar e garantir o direito à saúde, argumento por meio do princípio da reserva legal a falta de recursos financeiros para tal. O princípio da reserva legal não pode ser regra, e sim, ser alegado em casos excepcionais onde, realmente o executivo não tenha nenhuma possibilidade em garantir acesso a esse direito desta forma o Estado não pode deixar de garantir esse direito por falta de previsão financeira, pois existem meios de contornar a situação.

Destarte, os direitos fundamentais são os considerados indispensáveis a pessoa humana, necessários para garantir a todos uma existência digna, livre e igual. Não basta ao Estado reconhecer direitos formalmente, devendo-se concretizá-los, incorporá-los no dia-a-dia da sociedade, de forma que o texto constitucional não venha ser meramente simbólico, ante a omissão do Estado, em garantir à aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais incorporados a norma.

É possível vislumbrar que no curso da evolução histórica da humanidade, a formação de direitos que não se superam, mas convivem entre si. Os direitos fundamentais são compreendidos como direitos subjetivos, positivados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tendo como finalidade limitar o exercício do poder do Estado em face da liberdade individual. (MORAES 2000, P. 11).

A vida e a saúde são excepcionais e tornam-se os direitos mais importantes para o ser humano, requisito fundamental para a existência dos demais direitos, adentrando na categoria de direito público fundamental, merecedor de total proteção jurídica por parte do Estado. Esses direitos por serem fundamentais são o resultado de lutas e rupturas sociais que buscam a aplicação plena da dignidade da pessoa humana, e a consolidação dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais não surgiram simultaneamente, mas em períodos distintos, conforme a demanda de cada época. A consagração progressiva e sequencial nos textos constitucionais deu origem às gerações. Importante destacar que, o surgimento de novas gerações não importa na extinção das gerações anteriores, razão pela qual parte da doutrina tem preferência pelo termo dimensão. (NOVELINO, 2009, P. 364).

Os direitos de primeira dimensão individuais e políticos, correspondem ao ideal da liberdade, reconhecidos nas Revoluções Francesa e Norte-Americana. Em um contexto histórico, os direitos individuais foram os primeiros direitos a serem reconhecidos e respeitados, inibindo a atuação do Estado liberal. Como pressuposto dessa visão, o direito à liberdade passou a ter eficácia imediata, já que sua aplicação não dependia de regulamentação. São exemplos de direitos de primeira geração o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à liberdade de expressão, entre outros. (NOVELINO, 2009, P. 364).

Em seguida, no século XX, surgiram os direitos de segunda dimensão, denominado de direitos sociais, econômicos e culturais, baseados na igualdade impulsionada pela Revolução Industrial e problemas decorrentes do período. Caracterizavam-se por um dever de ação por parte do Estado, denominado de direitos prestacionais, ligados aos direitos do trabalhador, as necessidades básicas dos indivíduos, tais como saúde, moradia, educação, alimentação, assistência social e outros. (NOVELINO, 2009, P. 365).

A terceira geração não se destina especificamente à proteção de interesses individuais, de um grupo ou de um determinado Estado. São atribuídos genericamente a todas as formações sociais, vez que têm sua titularidade coletiva ou difusa, preocupando-se com a proteção da coletividade e não do homem individualmente considerado. São exemplos de direitos de terceira geração, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à paz, à defesa do consumidor, dentre outros. (NOVELINO, 2009, P. 365).

É possível ainda acrescentar uma quarta geração de direitos fundamentais, defendidas por alguns doutrinadores, relaciona-se ao processo de globalização

econômica, com o conseqüente afrouxamento da soberania do Estado Nacional, decorrente da ideologia neoliberal nos tempos atuais em todo o mundo, existe uma tendência de globalização dos direitos fundamentais, a única que realmente interessa aos povos da periferia, quais sejam: direito à democracia, à informação e ao pluralismo. (BONAVIDES, 2000, p.524).

Os direitos fundamentais possuem certas características particulares que os identificam e distinguem dos demais direitos. A vinculação ao valor da liberdade e, sobretudo, à dignidade humana conduz à sua universalidade. A existência de um núcleo mínimo de proteção à dignidade da pessoa humana deve estar presente em qualquer sociedade, ainda que os aspectos culturais devam ser respeitados. (NOVELINO, 2009, P. 361).

A partir da exposição histórica a respeito da classificação dos direitos que são constituídos como fundamentais o mesmo está disposto na segunda dimensão e por se tratar de um direito social deve ser direcionado a todos como condição de garantias que são relativos aos direitos fundamentais, verifica-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, expandiu os valores da dignidade da pessoa humana, elevando a vida, integridade física, e principalmente a saúde. Sendo direitos indisponíveis, imprescritíveis, e insuscetíveis de alienação, protegidos de forma plena pelo texto constitucional.

#### 2.4 FUNDAMENTO DO DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL

O mínimo existencial relaciona-se ao dever do Estado de proporcionar aos cidadãos condições mínimas de sobrevivência, garantido por políticas públicas, que visam efetivar os direitos e garantias fundamentais. Compreende-se em uma existência digna, no sentido de proteção as necessidades básicas existenciais para o desenvolvimento social e humano dos indivíduos. (BRASIL, 1988).

Neste sentido, Leivas 2006, afirma que:

O mínimo existencial é, então, o direito à satisfação das necessidades básicas, ou seja, o direito a objetos, atividades e relações que garantem a saúde e a autonomia humana e, com isso, independem a ocorrência de dano grave ou sofrimento em razão da deficiência de saúde ou impossibilidade de exercício de autonomia. (Leivas 2006, p. 135).

O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria, devendo-se procurá-lo na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais de igualdade, devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas

imunidades e privilégios dos cidadãos. A ideia de mínimo existencial por muitas vezes, se confunde com a questão da pobreza, devido abranger qualquer direito, ainda que originariamente não fundamental. (TORRES, 1999, p. 57).

Diante do exposto, é possível afirmar que o fundamento do direito ao mínimo existencial, por conseguinte está nas condições para o exercício da liberdade, que, por seu turno, se expressam no princípio da igualdade, na proclamação do respeito à dignidade humana, na cláusula do Estado Social de Direito e em inúmeras outras classificações constitucionais ligadas aos direitos fundamentais.

Em muitas vezes se torna difícil extremar os direitos econômicos e sociais, fundados na justiça social, e o mínimo existencial, necessário à liberdade. Isso por que, a diferença pode surgir da inserção de interesses nos direitos ainda que originariamente não fundamental, como por exemplo a saúde, a educação, a alimentação etc. (TORRES, 1999, P.59).

Corroborando neste sentido o autor (1999, p. 263):

O mínimo existencial, portanto, como direito às condições da liberdade, exibe o status positivus libertatis. A sua proteção positiva se realiza de diversas formas. Primeiramente pela entrega de prestações de serviço público específico e divisível, que serão gratuitas pela atuação do mecanismo constitucional da imunidade das taxas e dos tributos contraprestacionais, como ocorre na prestação jurisdicional, educação primária, saúde pública, etc. [...] A retórica do mínimo existencial não minimiza os direitos sociais, senão que os fortalece extraordinariamente na sua dimensão essencial, dotada de plena eficácia, e os deixa incólumes ou até os maximiza na região periférica, em que valem sob a reserva de lei. (TORRES, 1999, p. 263).

Desta forma, compreende-se que as garantias extraídas do princípio do mínimo existencial, são capazes de exigir atuação do Poder Judiciário, tanto na via mandamental quanto ordinária. Seja como forma de se extrair real significação do Estado Democrático de Direito, preservando desta forma o mínimo necessário para seus tutelados ou até mesmo pela inafastabilidade jurisdicional.

A garantia de uma existência digna não se limita apenas à sobrevivência física, estando além do limite da pobreza extrema. A dignidade da pessoa humana apenas estará assegurada, quando for possível uma existência que permita a plena fruição

dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade. (SARLET 2007, P. 18).

É possível verificar em relação ao exposto sobre o mínimo existencial que o mesmo está diretamente relacionado aos direitos fundamentais previstos no texto constitucional, sem os quais não é possível viver dignamente. Objetivo fundamental de garantir condições mínimas necessárias para a existência humana digna, exigindo que o Estado atue para atribuir eficácia plena desses direitos.

## 2.5 RESERVA DO POSSÍVEL

A ideia reserva do possível regula a possibilidade e a extensão da atuação estatal no que se refere à efetivação de alguns direitos sociais e fundamentais, tais como o direito à saúde, condicionado a prestação do Estado à existência de recursos públicos disponíveis. A vida e a saúde são os direitos mais elementares do ser humano, pressupostos de existência dos demais direitos, adequando-se na categoria de direito público subjetivo fundamental, razão pela qual merece especial proteção jurídica por parte do Poder Público. (SARLET 2007, P. 19).

O princípio da reserva do possível é originariamente da jurisprudência Constitucional alemã e adaptada ao sistema jurídico brasileiro, onde a efetivação dos direitos sociais está condicionada a capacidade financeira do Estado, ou seja, os direitos já previstos em normas Constitucionais só podem ser garantidos quando há recursos públicos disponíveis juntos aos cofres Públicos. (LIMA, 2008, P. 26).

Quando se fala da teoria da reserva do possível, remete-se à existência lógica ou contingente de meios materiais, mormente recursos financeiros nos cofres públicos, que possam viabilizar a aplicação efetiva das normas de quando se trata dos direitos fundamentais prestacionais por parte do Estado. Com a promulgação da Carta Magna de 1988, cresceu consideravelmente a quantidade em se tratando dos direitos fundamentais, da mesma forma que tornou a sociedade mais consciente de seus direitos.

A efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais estão inseridos em uma "reserva do possível" e dela dependem economicamente. A elevação do nível da realização desses direitos estaria sempre condicionada pelo volume de recursos suscetíveis de serem mobilizados para esse efeito. CANOTILHO (1998, P. 86).

Com a inclusão de todos os fatores, começaram a surgir às falhas na distribuição das finanças por parte do Estado, e com isto também contribuiu com a falta de recursos financeiros para efetivar esses direitos garantidos constitucionalmente. Desta forma, compreende-se que as limitações dos recursos

públicos passariam a ser considerados limites fáticos à efetivação dos direitos sociais prestacionais, em especial o da saúde.

Em diversas vezes, a doutrina questiona, a forma pela qual o Estado se utiliza da reserva do possível, entendendo ser uma desculpa genérica, com o intuito de se omitir ante a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, deixando de efetivar e garantir sob argumento da reserva do possível, bem como, ausência de previsão orçamentária ou danos ao erário público (SARLET, 2007, P. 20).

É sabido que existe uma limitação de recurso e não podemos ignorá-la, desta forma o Estado como um ente garantidor não pode eximir-se de efetivar os direitos sociais, principalmente o direito à saúde, com base nesse princípio sem antes demonstrar que tem motivos fáticos e razoáveis para deixar cumprir, concretamente, a norma constitucional assecuratória de prestações positivas.

Neste sentido Torres, menciona que a reserva do possível não se aplica ao mínimo existencial, ou seja, aos direitos fundamentais sociais, contudo é totalmente compatível com os direitos sociais, cuja implementação depende de reserva de lei e efetiva realização pela Administração Pública, por isso o entendimento de que houve um desvirtuamento do conceito pela doutrina brasileira, que passou a considerar a reserva do possível para a efetivação dos direitos fundamentais e do mínimo existencial. (TORRES, 2001, p.14).

Cumprir esclarecer que o presente trabalho não traz a solução para o problema da judicialização, até mesmo porque, isso seria utopia para a realidade atual do País. A judicialização não é a solução para se efetivar o direito garantido em relação à saúde, mas em muitos casos chega a ser necessário para garantir o mínimo de dignidade ao ser humano. A teoria da reserva do possível não pode ser regra, e sim, ser alegado em casos excepcionais onde, realmente existe a impossibilidade do executivo em garantir esse direito, o Estado como regra não pode deixar de garantir direitos fundamentais pela falta das previsões financeiras, pois existem meios de contornar a situação.

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente artigo aponta sobre as possíveis mudanças que podem ser contempladas através das garantias do direito à saúde quando demandado através da Judicialização. Como podemos perceber sobre a judicialização do direito fundamental à saúde ocorre nos casos onde o Juiz se considera no dever de interpretar o Vigente Texto Constitucional no sentido de garantir direitos.



O principal reflexo da Judicialização é o aumento dos gastos pelo governo para o cumprimento das decisões judiciais. Quando a administração é questionada através da justiça a fazer prestação em relação ao que deixou de fazer em relação ao atendimento médico e assistência farmacêutica, os cofres públicos sofrem grande prejuízo, comprometendo o funcionamento do Estado de forma geral e não somente o SUS - Sistema Único de Saúde.

Percebe-se que o número de processos em primeira instância relacionados aos casos que se referem à saúde teve um aumento em entre os anos de 2009 a 2017. No período, a quantidade de casos cresceu 198% enquanto o total de processos entrando na Justiça nacional diminuiu 6%. Esta porcentagem é uma noção do cenário da Judicialização que o Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER) disponibilizou no ano de 2019.

Ou seja, houve um acelerado aumento de 95,7 no ano de 2017 e essas demandas começaram a tramitar no Judiciário brasileiro em relação à saúde. De um lado, a participação do Judiciário significa a fiscalização de eventuais regras que foram violadas por parte do estado em relação a saúde. Mas, de outro, o excesso de ordens judiciais pode inviabilizar a universalidade da saúde.

O artigo aqui tratado não esgota o assunto sobre a Judicialização como direito fundamental à saúde, nem mesmo apresentar novos mecanismos, mas trazê-lo ao campo de debate, para contribuir sobre possíveis contribuições que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) podem trazer a Judicialização da Saúde no Brasil.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988, com alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 56/2007 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94 – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.

BARROSO, Luiz Roberto. É positivo que o Estado seja obrigado por decisão judicial a fornecer certos medicamentos? Disponível em: <http://www.tj.es.gov.br/Novo/conteudo.cfm?conteudo=4079>. Acesso em: 03 mar. 2020, às 17h20.

BERTOLLI FILHO, Cláudio. História da Saúde no Brasil. São Paulo: Ática, 2001.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição, 1998.

CONASS, Conselho Nacional da Saúde. Gestão Administrativa e Financeira do SUS. 20ª ed. Brasília, 2011.

Declaração Universal dos Direitos Humanos". In Site ONU. Disponível em: [http://unicrio.org.br/img/DeclU\\_D\\_HumanosVersoInternet.pdf](http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf).

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Direito à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 24.

Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da Saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, Brasília, 1990. [http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/p8080\\_criacao\\_do\\_sus\\_idoso.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/p8080_criacao_do_sus_idoso.pdf).

LIMA, FLÁVIA D.S in: "em busca da efetividade dos direitos sociais prestacionais e Orçamento, 2008. Disponível em: [http://www.propesq.ufpe.br/conic2000/n\\_pibic/Ciencias Sociais Aplicadas/624\\_2000.doc.html](http://www.propesq.ufpe.br/conic2000/n_pibic/Ciencias Sociais Aplicadas/624_2000.doc.html). Acesso em 15 de fev. 2020.

MORAES, Guilherme Peña de. Direitos Fundamentais: conflitos e soluções. São Paulo: Frater et Labor, 1. ed., 2000

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 3ª Ed. São Paulo: Método, 2009.p. 361 a 364.

SARLET, Mariana Filchtiner. Mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Direitos Fundamentais e Justiça, Rio Grande do Sul, 2007.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33. ed. rev. e atual. São Paulo:Malheiros, 2010. p. 178.

SILVA, Leny Pereira da. Direito à saúde e o princípio da reserva do possível. Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO\\_A\\_SAUDE\\_por\\_Leny.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf)>. Acesso em: 03/02/2020, às 12h25.

TORRES, Ricardo Lobo. (org.). Teoria dos direitos fundamentais. 2ª edição. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 114.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direito Fundamentais. Revista jurídica do Ministério Público do Rio de Janeiro, 1999. Disponível em: [www.download.rj.gov.br](http://www.download.rj.gov.br). Acesso em: 30 março 2020.

NOTAS:

<sup>[1]</sup> Wellington Gomes Miranda: Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela UFT, Analista Ministerial em Ciências Jurídicas na Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Tocantins, Professor especialista de Direito na UniCatólica. CL Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8230081219259484>. (Prof. Orientador).

## A INFLUÊNCIA DAS TECNOLOGIAS CONTEMPORÂNEAS NA JORNADA DE TRABALHO: DIREITO À DESCONEXÃO

**MARINA BOECHAT AGUIAR:**

Bacharelada do curso de Direito pela Universidade Católica do Tocantins.

LEONARDO NAVARRO AQUILINO

(orientador)

**RESUMO:** O presente artigo se propõe de maneira rasa a analisar a relação concernente entre as atividades laborais e o direito à desconexão, momento este que em tese o colaborador teria direito de gozar livremente de sua vida pessoal, seja este momento usado para o lazer ou para desenvolvimento particular, usufruindo assim de qualidade de vida. A tecnologia constantemente vem rompendo barreiras, em uma velocidade nunca vista antes, promovendo a aproximação de relações que antes seriam distantes, como por exemplo o liame entre chefe-empregado e tais situações trazem benefícios e malefícios para aqueles que estão neste vínculo contratual. Deste modo, o presente estudo utiliza do método dedutivo e histórico com o desígnio de esclarecer questões éticas e jurídicas envolvendo os problemas que essa hiperconectividade traz para as relações trabalhistas e para tanto busca usar como baliza princípios, valores axiológicos e normas já existentes, dentre elas os artigos 6º e 7º, incisos XIII e XV, da Constituição Federal, assim como a Declaração de Direitos Humanos e a Consolidação das Leis do Trabalho, abordando desde a parte histórica até as leis vigentes atualmente.

**PALAVRAS-CHAVES:** A tecnologia; Direito à desconexão; Relações trabalhistas Hiperconectividade.

**ABSTRACT:** The present article proposes in a shallow way to analyze the relationship between work activities and the right to disconnect, a moment in which the employee would have the right to freely enjoy his personal life, whether this moment is used for leisure or for development particular, thus enjoying quality of life. Technology is constantly breaking barriers, at a speed never seen before, promoting the approximation of relationships that would have been distant before, such as the link between the chief employee and such situations bring benefits and harms to those who are in this contractual relationship. In this way, the present study uses the deductive and historical method with the aim of clarifying ethical and legal issues involving the problems that this hyperconnectivity brings to labor relations and, therefore, seeks to use existing principles, axiological values and norms, among them,

among them Articles 6 and 7, items XIII and XV, of the Federal Constitution, as well as the Declaration of Human Rights and the Consolidation of Labor Laws, addressing from the historical part to the current laws.

**KEYWORDS:** Technology; Right to disconnect; Working relationships; Hyperconnectivity.

**SUMÁRIO:** 1 - INTRODUÇÃO. 2 - BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS TRABALHISTAS NO PERÍODO DA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL. 2.1 - A JORNADA DE TRABALHO ORDINÁRIA FRENTE A REFORMA TRABALHISTA. 3 - A INFLUÊNCIA DA TECNOLOGIA CONTEMPORÂNEA NA JORNADA DE TRABALHO. 3.1 - DEFINIÇÃO E CARACTERÍSTICAS DO TELETRABALHO. 3.2 - TELETRABALHO AUTÔNOMO. 3.3 - TELETRABALHO SUBORDINADO - 3.4 - TELETRABALHO EM SOBREAVISO. 4 - O DIREITO À DESCONEXÃO. 5 - CONCLUSÃO. 6 - REFERÊNCIAS

## 1 - INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é constatar de que forma a influência das tecnologias contemporâneas e como elas tem impactado na jornada de trabalho, por meio de um estudo histórico para avaliar os fatores econômicos, sociais e culturais que envolve a relação entre empregado e empregador para que haja uma aplicação justa e que impeça a configuração de horas extraordinárias.

A Reforma Trabalhista pela Lei nº 13.467/2017, vigente no ordenamento jurídico desde 11 de novembro de 2017, inseriu como nova modalidade de trabalho o *home office* também conhecido como Teletrabalho que engloba o uso da tecnologia com o trabalho a distância, sendo assim evidente que a legislação brasileira está cada vez mais se adequando as novas formas de laboração.

Consistir em analisar a história do Direito do Trabalho no Brasil e a sua influência na forma de laboração presente, além de apontar os princípios para configuração do vínculo empregatício para que possa compreender as exigências estabelecidas pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). No entanto, não irá só abordar os benefícios da tecnologia, mas principalmente o poder que ela tem sobre a correlação de causar demandas maiores ao empregado e a beneficência ao empregador ou empresa.

Diante disso, o trabalhador devido à dificuldade para a desconexão em momentos de inatividade de serviço é influenciado pelos meios virtuais, como whatsapp que também contém grupos empresariais, os e-mails corporativos entre outros métodos que acaba possibilitando que a jornada de trabalho exceda as 8 horas diárias estabelecida pela CLT, e assim então configurando horas extras.

A principal motivação para a realização dessa pesquisa reside em ser um estudo recente na esfera trabalhista e que tem extrema relevância para sociedade devido a ser um tema contemporâneo, uma vez que a necessidade de uma desconexão é indispensável.

A análise conclui que os excessivos desígnios podem acarretar à ocorrência no ambiente de laboração uma demanda além do que se é devido e o empregado acaba se sujeitando a um processo de hiperconectividade. Contudo no Teletrabalho que é regulamentado e rogado em lei constitui uma maior segurança, no entanto para um empregado que vivencia as duas demandas também se pode configurar jornadas extraordinárias.

## **2 - BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS TRABALHISTAS NO PERÍODO DA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL**

O direito trabalhista no Brasil expandiu-se pelo mundo com muita celeridade que foi procedida pela Revolução Industrial, onde o maior objetivo dos trabalhadores era a busca de condições melhores, pois as jornadas era de 12 a 16 horas por dia um período em que as empresas queriam somente aumentar o seu lucro e as fabricas funcionavam sem parar na exigência de maiores produções com consequência cargas horarias extensas no qual gerou a procura por direitos reais.

Os sindicatos nasceram na Europa em meados do século XVIII, a sociedade capitalista se expandiu em condições favoráveis. O desenvolvimento das constituições de tecnologia se consolidava e o capitalismo que crescia e acarretava o surgimento do período industrial, substituindo a produção artesanal e manufatureira. A introdução do maquinismo deixou muitos operários sem trabalho e em situações precárias. (GOETTERT, 2014, p. 39)

De acordo com o mesmo autor, os operários que iniciavam nas empresas em consequência por não ter nenhuma habilidade com as máquinas e o tipo de tecnologia, ocasionou em grande parte das empresas acidentes no trabalho, pois não havia nenhum tipo de proteção e muito menos os direitos como os de atualmente. Sabe-se que também foi um período em que as mulheres e os filhos em idade precoce, ingressaram no trabalho em condições desumanas para ajudar o sustento da família.

Portanto, maior parte dos trabalhadores que viviam da mão de obra entraram em uma crise financeira mediante um “novo mundo” que substitua o homem pela máquina, então a pobreza se alastrou de uma forma tão rápida que para quem dependia do trabalho manual teve que se dispor a trabalhar nas indústrias e em consequência uma remuneração menor do que era devido.



A formação histórica do direito trabalhista se confirma, pois segundo Nascimento (2014, p. 36):

O direito do trabalho surgiu como consequência da questão social que foi precedida pela Revolução Industrial do século XVIII e da reação humanista que se propôs a garantir ou preservar a dignidade do ser humano ocupado no trabalho das indústrias, que, com o desenvolvimento da ciência, deram novas fisionomias ao processo de produção de bens na Europa e em outros continentes.

Segundo este mesmo autor, a questão social do trabalhador no Brasil na primeira metade do século XIX, era precária vindo de uma cultura escravista onde não existia direitos e com consequência os efeitos da revolução industrial que não eram muito positivo principalmente para os funcionários que eram hipossuficiente, pois era uma fase de hierarquia, onde quem tinha mais poder melhor tinha condições para viver de forma digna.

A revolução industrial foi especulada como um momento de crescimento e desenvolvimento onde o serviço seria mais valorizada, mas de acordo com a história somente quem tinha estudo ou vinha de uma linhagem burguesa que conseguiam viver bem, pois destaca-se a questão social que teve consequência para a luta e reivindicações dos funcionários com o objetivo de acabar com o empobrecimento que cada vez mais aumentava, em decorrência da crise a família viu-se atingida a mão de obra feminina e dos menores pelas fábricas.

O Brasil passou a receber europeus que vivenciaram fatos de grande evolução dos direitos trabalhista conquistados. A realidade dos imigrantes era diferente da cultura brasileira, de forma que os operários locais começaram a criar movimentos sindicais como base para o início de grandes mudanças.

A OIT (Organização Internacional do Trabalho) foi responsável por regulamentar direitos básicos ao trabalhador, como emprego, proteção social, recursos humanos, saúde, segurança do trabalho, trabalho marítimo etc. Com o propósito de diminuir o desemprego em massa. A primeira conquista foi o direito da jornada de trabalho de 8 horas diárias e 48 horas semanais, confirma-se:

Na primeira Conferencia Internacional do Trabalho, realizada em 1919, a OIT adotou seis convenções. A primeira delas respondia a uma das principais reivindicações do movimento sindical e operário do final do século XIX e começo do século XX: a limitação da jornada de trabalho a 8 horas diárias e 48

horas semanais. As outras convenções adotadas nessa ocasião referem-se à maternidade, à luta contra o desemprego, à definição da idade mínima de 14 anos para trabalho na indústria e à proibição de trabalho noturno de mulheres e menores de 18 anos. (OIT,1932)

O primeiro Decreto no Brasil regulando a jornada de trabalho foi em 1932, em relação ao comércio fixando o trabalho em 8 horas diárias e 48 horas semanais. Mas as relações de trabalho que norteiam o empregador e empregado são regulamentadas pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) que foi criada pelo Decreto nº 5.452, em 1º de maio de 1943 e sancionado pelo presidente Getúlio Vargas, durante um período de evolução e criação do Estado Novo.

O trabalhador brasileiro foi ganhando espaço e direitos, diante de toda a década, estabelecendo recentemente a última alteração, conhecida como a Reforma Trabalhista no Brasil em 2017, consolidando uma mudança significativa nas leis do trabalho (CLT).

## **2.1 - A JORNADA DE TRABALHO ORDINÁRIA FRENTE A REFORMA TRABALHISTA**

O direito material do trabalho passou por diversos momentos para ganhar espaço na esfera jurídica e com isso a necessidade de uma legislação que evoluísse e se adequasse às mudanças que ocorrem no meio social diante do impacto da informação e da tecnologia. (SANTOS, 2018).

A jornada de trabalho é caracterizada como quantidade de labor diário do empregado confirma-se segundo Martins (2012, p. 520):

O conceito de jornada de trabalho tem que ser analisado sob três prismas: do tempo efetivamente trabalhado, do tempo à disposição do empregador e do tempo *in itinere*.

A jornada de trabalho ficou delimitada no art. 7º, incisos XIII e XIV, da Constituição de 1988, prevê:

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

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva. (BRASIL, 1988)

Conforme, a Constituição Federal em seu art. 7º, inciso XIII, institui que a jornada de trabalho 8 horas diárias de trabalho, 44 horas semanais e 220 horas mensais, com o máximo de 2 horas extras por dia (JUNIOR; NERY, 2013).

Mediante a alteração algumas atividades poderão atingir até 12 horas de trabalho, com 36 horas ininterruptas de descanso a carga semanal de 44 horas e a mensal de 220 horas, bem como a quantidade diária de horas extras permitida continuou a mesma. (DISTRITO FEDERAL, 2019)

Desse modo, as classes trabalhistas têm os seus direitos já angariados e que não podem ser renunciados, assim sendo, os valores sociais do trabalho e a dignidade da pessoa humana, como princípios fundamentais básicos para que se construa uma democracia benevolente. Refere-se os direitos fundamentais trabalhista que está inserido na Constituição Federal, ou seja, se trata das regras do direito individual e coletivo do trabalho.

Na relação de trabalho o hipossuficiente é o empregado, ou seja, é o trabalhador que recebe determinadas regras de forma regular e frequentemente e é assalariado não se caracterizando com as prestações de serviço apenas uma vez ou esporadicamente. Desta maneira é toda pessoa física que presta serviço de natureza não eventual, no qual tem uma relação onerosa e dependente de um salário nas diretrizes do artigo 3º da CLT. (ALENCAR, 2016)

Segundo a Consolidação das Leis do Trabalho, a jornada de trabalho significa a duração de trabalho diário, em relação ao número de horas em que um empregado fica à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, assim afirma o art. 4º, caput, da CLT:

Art. 4º - Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada. (BRASIL, 1943)

A legislação trabalhista brasileira não fez nenhuma alteração no caput do art. 4º da CLT pela Reforma Trabalhista, mas houve alteração no parágrafo único, recompensando para o parágrafo 1º e acrescentando o parágrafo 2º. Portanto, as normas limitadoras do parágrafo 2º, são de caráter preventivo, pessoal e religioso, que objetivam caracterizar o que não deve ser considerado jornada de trabalho

extraordinária, justamente para que não tenha uma generalização e cause uma dificuldade para poder comprovar.

A legislação impõe limites a jornada de trabalho com o objetivo de evitar o cansaço do trabalhador, pois, quanto maior a jornada mais fica disposto a serviços extraordinários e a acidentes de trabalho com o principal intuito de proteger o trabalhador que é o hipossuficiente da relação. A necessidade de uma limitação na jornada de trabalho foi estabelecida, a partir de quatro fundamentos:

(a) biológicos, que dizem respeito aos efeitos psicofisiológicos causados ao empregado, decorrentes da fadiga. Após 8 horas de trabalho há diminuição do rendimento do trabalhador; (b) sociais: o empregado deve poder conviver e relacionar-se com outras pessoas, de dedicar-se à família, de dispor de horas de lazer; (c) econômicos; (d) humanos. (MARTINS, 2012, p.523)

O tempo a disposição do empregado ao empregador independentemente de ocorrer ou não há efetiva prestação de serviço era considerado como período de jornada de trabalho. Contudo, esse critério não se faz mais como regra no ordenamento jurídico trabalhista, diante da Lei nº 13.467/2017, como trata o § 2º do art. 58 da CLT:

§2º O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer outro meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

Quando o funcionário exceder as horas de serviço é caracterizado como horas extras, horas extraordinárias ou horas suplementares, ou seja, essas horas são prestadas além do horário contratual e quando se concretizar devem ser remuneradas com o adicional respectivo. Vale ressaltar, a hora extraordinária pode ser prestada tanto antes do início do expediente, como após seu termino ou durante o intervalo intrajornada. (MARTINS, 2012)

A duração normal de trabalho poderá ser acrescida de horas adicionais, não podendo ser superior a duas horas, mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante acordo coletivo (art. 59, caput, da CLT):

Art. 59. A duração diária do trabalho poderá ser acrescida de horas extras, em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho. §1º. A remuneração da hora extra será, pelo menos, 50% (cinquenta por cento) superior à da hora normal. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017). (BRASIL, 1943)

A partir da Reforma Trabalhista, obteve uma nova redação no caput do art. 59, para que não necessariamente precisa ser mais por escrito, sobre acordo entre vontades do empregador e empregado ou contrato coletivo com uma limitação a prorrogação em 2 horas por dia, mas com exceção o menor aprendiz, conforme previsão no art. 413 da CLT c/c art. 7º, XIII, da CRFB.

O acordo de prorrogação entre o patrão e funcionário, pode ser tácito ou escrito, sem o qual não poderão ser exigidas as horas extras, salvo em algumas situações específicas como em casos de força maior. A remuneração do trabalho extraordinário será sempre acrescida de adicional mínimo de 50% sobre o salário/hora do empregado, por força do art. 59, § 1º, da CLT e do art. 7º, XVI, da CRFB.

As horas extraordinárias estão disciplinada nos art. 59 a 61 da CLT. A jornada diária poderá aumentar até 2 (duas) horas, mediante acordo escrito entre as partes ou contrato coletivo de trabalho, e serão remunerados no mínimo 50% superior à remuneração da hora normal, conforme prevê o art. 7º, inciso XVI, da CF e parágrafo 1º, do art. 59 da CLT. (SANTOS, 2018, p. 30)

### **3 - A INFLUÊNCIA DA TECNOLOGIA CONTEMPORÂNEA NA JORNADA DE TRABALHO**

A globalização que afeta diversas camadas na relação de consumo e que tem influência da economia, da política e do industrialismo gerou um crescimento do sistema econômico, tendo então, uma correlação com as alterações em prol da adequação da lei. No entanto, tratar sobre o globalismo não é o objetivo do presente artigo. (BEDIN, 2018)

A influência das tecnologias na jornada de trabalho, demonstram o quanto ela pode ser benéfica e maléfica. Sabe-se que o direito material passou por diversos momentos para ganhar espaço na esfera jurídica e com isso a necessidade de uma legislação que evoluísse e se adequasse as mudanças que ocorre no meio social diante do impacto da informação e da tecnologia. (SANTOS, 2018)

O desenvolvimento tecnológico e os novos meios de ferramentas foram se tornando cada vez mais necessários e então sendo incluídos de maneira célere para a facilitação dos meios de laboração. No entanto, os artifícios do mundo virtual fazem com que os funcionários fiquem conectado à disposição do serviço causando uma hiperconectividade.

A dependência e a necessidade de ser o melhor ou alcançar metas e objetivos que grande parte não são devidamente recompensadas, gerando uma laboração extraordinária que é caracterizada pela competitividade extrema. No entanto, essa depreciação na laboração é tão forte por ser vivenciado um século em que grande parte dos trabalhos necessita da conectividade.

Segundo Maior (2003, p. 01), ao retratar sobre o tema o direito a desconexão do trabalho, o qual o faz de maneira muito pertinente, traçando um paralelo entre o avanço da tecnologia que é fator determinante da modernidade com o trabalho humano. Sendo o avanço desses meios caracterizado por ele como um “roubo” ao trabalho do homem, no qual o empregado por diversas vezes acaba por ser “escravizado” pela tecnologia.

Segundo este mesmo autor o direito a desconexão não é pra ser visto no sentido estrito de que não se deve trabalhar, mas sim de encontrar uma maneira equilibrada para a preservação da vida privada e da saúde, mediante a falta de dificuldade que as pessoas encontram por medo do desemprego.

E possível notar diante dos avanços da tecnologia que o meio virtual cada vez mais faz parte da vida cotidiana do homem, citando por exemplo o desuso daquelas agendas que eram usadas como lembretes já não tem o mesmo mercado e atualmente são substituídas por aplicativos, como o Evernote e o Google Agenda, do mesmo modo que os livros físicos são paulatinamente substituídos por e-books.

A substituição dos meios mais antigos pelas tecnologias contemporâneas cada vez mais ganha o seu espaço, pois reitera SILVA (2017, p.29):

É possível observar que o avanço tecnológico tem influenciado todas as áreas da vida do homem, e não é diferente nas relações laborais onde a presença de tantas ferramentas tecnológicas como *smartphones*, *notebooks*, *tablets*, redes sociais e aplicativos diversos acabam por criar um ambiente de constantes ordens e cobranças por parte do empregador.

Apesar de transparecer ao longo desse tópico que a tecnologia somente trouxe dificuldades ao ambiente laboral, é oportuno deixar claro que a tecnologia



fornece à sociedade diversos benefícios, como meios mais confortáveis de viver, diminuição da penosidade do trabalho através de estudos ergométricos e outros meios previstos em normas e indicados pela CIPA ou pela maior facilidade para busca de informações, despacho de documentos, facilitação de reuniões por meio de vídeo-chamadas ou até mesmo formação de grupos temporários em aplicativos de mensagens instantâneas, evitando um moroso e lento deslocamento.

### **3.1 - DEFINIÇÃO E CARACTERÍSTICAS DO TELETRABALHO**

O trabalho a distância é realizado fora do estabelecimento, ou seja, em qualquer lugar que caracterize a relação de vínculo empregatício entre o empregador e o empregado, para tal demanda é necessário o uso de meios informatizados e de aparelhos eletrônicos de comunicação dentro e fora do horário de serviço e acarretando a ausência de controle físico na execução das tarefas pelo empregador. (RODRIGUES, 2011)

As principais características para que se configure uma relação de emprego, segundo a legislação trabalhista em seu art. 3º da CLT, são: pessoa física, personalidade, subordinação, onerosidade e não eventualidade. Destarte para a relação à qualidade de pessoa física e empregador, sendo então a inexistência do vínculo para pessoa jurídica. (BRASIL, 1943)

O teletrabalho tem como caráter os elementos necessários que são a personalidade que é uma prestação de serviço *intuitu personae*, ou seja, a pessoa física terá uma obrigação mediante o contrato para prestar o determinado serviço não podendo então ser substituído quando lhe achar necessário. Subordinação que estará submetido às ordens de terceira pessoa. Onerosidade na qual a prestação deverá receber a devida contraprestação de maneira assalariada. E por último a não eventualidade no qual o trabalhador não deverá prestar o serviço de forma eventual, mas sim de maneira contínua. (BRITO, 2018) Ainda, de acordo com Leite (2018, p. 226):

O teletrabalho é uma espécie de trabalho a distância, e não de trabalho em domicílio. A razão é simples: o teletrabalho não se limita ao domicílio, podendo ser prestado em qualquer lugar. Na verdade, o teletrabalho ocorre em ambiente virtual e, como tal, é situado no espaço, não se alterando, portanto, a definição de localidade que, no direito do trabalho, é estabelecida segundo a eficácia da lei trabalhista no espaço.

Com o desenvolvimento da tecnologia em consequência a melhora da informática e o aperfeiçoamento das telecomunicações na relação de trabalho, este

tipo ganha cada vez mais espaço nos empreendimentos. O seu diferencial é a maneira por qual o trabalho é realizado, ou seja, a distância da forma que pode ser prestado fora do estabelecimento da empresa ou local de serviço, como também no domicílio do empregado, centro compartilhado, trabalho em campo entre outras locais.

Contudo, essa flexibilização e a influência da tecnologia no cotidiano das pessoas causa uma dificuldade para controlar as execuções das tarefas pelo empregador que possivelmente pode ser “vista” mediante os resultados, mas causando também uma laboração excessiva em busca de metas incompatível com o desgaste físico e mental.

Determinadas jornadas especiais são extensas mediante as exigências do empregador ou da empresa que evidentemente podem extrapolar o padrão diário fixado no mercado de trabalho que normalmente são de 8 horas diárias e 44 horas semanais, apesar disso esses trabalhadores que levam trabalho para casa ou qualquer outro local ficam submetidos às cobranças constantes e em consequência ao recebimento de um salário mínimo.

### **3.2 - TELETRABALHO AUTÔNOMO**

O contrato de prestação de serviço realizado com trabalhador autônomo é um vínculo de direito privado, no qual é regido pelo Código Civil de 2002. Destaca-se o fato de ser uma relação que o próprio trabalhador no qual se responsabiliza pelos riscos e qualquer atividade que desenvolver. Por isso, cabe a ele próprio definir a melhor maneira para executar cabendo somente ao contratante a qualificação do objeto da relação. (JOTA, 2019)

Segundo este mesmo autor, embora o contrato civil de prestações de serviços seja matéria civil, conforme a Reforma Trabalhista teve efeito com inserção, no texto da CLT em seu art. 442-B “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 seu art. 3º desta Consolidação”. (BRASIL, 1943)

O teletrabalho abrange outros elementos, que o trabalhador a distância não somente se prendia em domicílio, pois com os recursos proporcionados pelas diversas maneiras de comunicação devido a modernização. O teletrabalho pode ser exercido em qualquer lugar acordado pelos contratantes até por meios virtuais como webcam entre outros. (ALVES, 2007)

Portanto, dê de já não se pode dizer que quem trabalha a distância é considerado um autônomo, pois sabe-se que necessita de uma relação de trabalho

entre o empregado e o empregador no qual afasta as qualificações de um trabalhador autônomo que por si só se responsabiliza.

### **3.3 - TELETRABALHO SUBORDINADO**

Conforme Nascimento (2014, p. 222):

A subordinação, em sua teoria, consistia em pôr à disposição a própria força de trabalho a favor da outra parte contratante, endereçada segundo o próprio escopo pessoal do trabalhador, o que se identificou com o submetimento da prestação ao critério diretivo do empregador.

Segundo este mesmo autor, consiste na dependência do trabalhador as instruções de ordens no qual mesmo a distância o empregado está à disposição para resolver qualquer necessidade da empresa ou do empregador.

A submissão sendo algo necessário para o vínculo empregatício, mas pelo teletrabalho justamente por ter uma relação de informalidade, percebe-se que essa modalidade pode extrapolar a jornada de trabalho contratual. Na legislação brasileira em seu art. 6º da CLT diz que, desde que esteja caracterizado a relação de emprego não tem nenhuma distinção entre o trabalhador padrão e o executado em casa. (BRASIL, 1943)

Dentre as possibilidades normalmente mais comum são através das ligações por celulares como também *online*, pelo o computador pessoal ou o da empresa.

### **3.4 - TELETRABALHO EM SOBREVISO**

No que tange o art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho situa que: "considera-se empregada toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário." (BRASIL, 1943) Logo, a não eventualidade jurídica que está presente é que o assalariado mesmo a distância é submetida a prestação do serviço e a realização das atividades exigidas.

De acordo com Leite (2018, p.226) a dependência é efetivada por meio de câmeras, sistema de *logon* e *logoff*, computadores, relatórios, bem como ligações por celulares, rádios etc. Logo, então, para que não se configure trabalho sem intervalo para descanso, passou-se assegurar que nos casos de ofensa à desconexão caracteriza-se o pagamento de hora de sobreaviso conforme Súmula 428 do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

## **4 - O DIREITO À DESCONEXÃO**

O direito à desconexão é abordado, principalmente, diante da inserção dos meios de tecnologias atuais no âmbito particular do empregado. Vivencia-se uma era da tecnologia diante da modernização e da facilidade de estar conectado à praticamente todo o momento. (RESEDÁ, 2007)

Segundo este mesmo autor, os novos sistemas de comunicação já estão se adequando na judicialização brasileira e gerando o chamado novo Direito. O teletrabalho cada dia mais está ganhando o seu espaço na relação entre empregado e empregador e se ajustando a qualquer ambiente tanto nacional quanto internacional.

Entretanto, esses trabalhos por home office tem os seus direitos já angariados, diante da Reforma Trabalhista, mas vem a questão e o empregado comum que vivencia as duas modalidades, pois no momento que de lazer está conectado a serviço da empresa.

A necessidade de diminuir a conexão excessiva pelos trabalhadores em momentos que deveriam estar em repouso se confirma, pois reitera Maior (2003, p.01):

A pertinência situa-se no próprio fato de que ao falar em desconexão faz-se um paralelo entre a tecnologia, que é fator determinante da vida moderna, e o trabalho humano, com o objetivo de vislumbrar um direito do homem de não trabalhar, ou, como dito, metaforicamente, o direito a se desconectar do trabalho.

A tecnologia proporciona ao homem o poder de laborar em qualquer lugar, desde que conectado por algo via internet e faz com que esteja informado e atualizado a qualquer momento do tempo. Por outro lado, é esta mesma tecnologia, que acarreta a dependência e a dificuldade de desconexão e com isso o prazer de informação transforma-se em submissão, para então não perder espaço no mercado de trabalho. (MAIOR, 2003)

Os direitos conquistados pelos trabalhadores são protegidos em vários âmbitos jurídicos, sejam eles nacionais ou internacionais. Deste modo, é cabível o direito a desconexão quando o tempo de duração da jornada de trabalho foi excedido. Segundo a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948, p. 13) por meio do artigo XXIV: “toda pessoa tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas”.

No Brasil, esse direito é constituído pela Carta Magna no artigo 1º, incisos III e IV, que protegem a dignidade da pessoa humana e os valores sociais e do trabalho. Deste modo, o trabalhador ao ser contratado traz consigo direitos tutelados que devem ser protegidos pelo empregador, como a vida e a saúde. (SILVA, 2017)

O chefe que exige do seu funcionário que fique a disposição a qualquer momento está violando os direitos inerente ao indivíduo. Vale ressaltar, que provavelmente a saúde está sendo atingida e com isso gerando o sobrecarregamento físico e mental, desta forma observa-se o liame entre a necessidade de desconexão para melhor qualidade da saúde, nesse sentido são as palavras de MAIOR (2003, p.17):

Os períodos de repouso são, tipicamente, a expressão do direito à desconexão do trabalho. Por isto, no que se refere a estes períodos, há de se ter em mente que descanso é pausa no trabalho e, portanto, somente será cumprido, devidamente, quando haja a desvinculação plena do trabalho. Fazer refeição ou tirar férias com uma linha direta com o superior hierárquico, ainda que o aparelho não seja acionado concretamente, estando, no entanto, sob a ameaça de sê-lo a qualquer instante, representa a negação plena do descanso.

Portanto, esse tempo usado do empregado a disposição da empresa de maneira imprópria e que ocorra com frequência deve ser, no mínimo, remunerado como se hora extra fosse. Diante disso, a legislação trabalhista deve refletir sobre a necessidade ou não da regulamentação do direito à desconexão.

## 5 - CONCLUSÃO

A tese defendida tem como matéria um estudo recente na esfera trabalhista por ser atual e ainda em desenvolvimento. O que se pretendeu demonstrar com esta abordagem, sobre a influência das tecnologias contemporâneas na jornada de trabalho, com enfoque ao direito à desconexão, é que a tecnologia nos últimos tempos tem influenciado no melhoramento do direito e em consequência tem provocado jornadas extraordinárias.

O ser humano conseguiu criar, desenvolver e implantar novas ideias e com toda essa modernização que está em volta é cada vez mais forte o poder que a tecnologia tem sobre as pessoas, com isso a natureza do trabalho foi significativamente modificada, com decorrência dessas mudanças os funcionários acabaram se sobrecarregando e exigindo cada vez mais o melhor de si, por exemplo, laborando de forma excessiva mediante as exigências que normalmente as

companhias fazem que são respondendo e-mail de negócios, levando trabalho para casa, recebendo ligações comercial por metas que não são realmente compensada de forma proporcional no salário e sim uma forma de iludir o empregado.

O presente tema aborda também alguns aspectos da jornada de trabalho frente a reforma trabalhista pela Lei nº 13.467/2017. Além disso, tem o intuito de evidenciar a nova modalidade laboral com propriedade tecnológica, como o *home office*. Contudo, o teletrabalho é regulamentado em lei devido a reforma e a partir de então foi constituído uma maior segurança para quem labora por meio da distância, no entanto, para um empregado que vivencia as duas modalidades, como fica?

Sabe-se que ferramentas atuais fazem com que o funcionário fique conectado com o trabalho de maneira quase permanente e acaba intervindo na sua qualidade de vida, em momentos que são destinados ao descanso, à família e a preservação da saúde física e mental e assim ocasionando jornadas extraordinárias. No entanto, de que maneira essa hiperconectividade vai continuar influenciando na forma de laboração do empregado e causando possíveis problemas no seu desempenho.

Portanto, a análise conclui que o acelerado desenvolvimento tecnológico acarreta à ocorrência no ambiente de laboração uma demanda, além do que é devido e o empregado acaba se sujeitando a um processo excedente devido a obrigação que lhe é estabelecida. E vale ressaltar, que as novas tecnologias nasceram para facilitar a vida das pessoas e não para torná-las mais difícil, o direito ao descanso é valido e estabelecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Constituição Federal, no entanto falta a conscientização das pessoas para que lhe sejam garantidos o direito real à desconexão.

## 6 - REFERÊNCIAS

ALENCAR, Marcos. **A clt e a definição de empregado**. [S. l.: s. n.], 2016. Disponível em: <<https://www.trabalhismoemdebate.com.br/2016/05/25/a-clt-e-a-definicao-de-empregado/>>. Acesso em: 26 nov. 2019.

ALVES, Rubens Valtecides. **Teletrabalho**: um conceito complexo no direito brasileiro. Uberlândia: Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia, 2007. 385-394 p. v. 35.

BEDIN, Barbara. **Direito à desconexão do trabalho frente a uma sociedade hiperconectada**. Disponível: <<https://www.indexlaw.org/index.php/revistadtmat/article/view/4680/pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2019.



BRASIL. [Constituição (1988)]. Diário Oficial da União: **Constituição da república federativa do brasil**. 191-A. ed. Brasília, DF: D.O.U, 1988. 1-32 p. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho (CLT). **Consolidação das Leis do Trabalho**, Brasília, DF: DOFC, p. 11937, 9 ago. 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRITO, Iasmin. **Teletrabalho e suas implicações nas relações de trabalho**. [S. l.: s. n.], 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63858/teletrabalho-e-suas-implicacoes-nas-relacoes-de-trabalho>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

DESLANDES, Suely Ferreira. **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. 21. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994. Disponível em: <<https://wp.ufpel.edu.br/franciscovargas/files/2012/11/pesquisa-social.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2019.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal Superior do Trabalho. **Conheça as particularidades da jornada de trabalho no Brasil**. [S. l.], 15 mar. 2019. Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset\\_publisher/NGo1/content/conheca-as-particularidades-sobre-a-jornada-de-trabalho-no-brasil?inheritRedirect=false](http://www.tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset_publisher/NGo1/content/conheca-as-particularidades-sobre-a-jornada-de-trabalho-no-brasil?inheritRedirect=false)>. Acesso em: 23 nov. 2019.

DUDH, Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso: 12 fev. 2020.

FREITAS, Ernani Cesar de; PRODANOV, Cleber Cristiano. **Metodologia do trabalho científico: Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico**. 2. ed. Novo Hamburgo - RS: Feevale, 2013. 277 p. Disponível em: <<http://www.feevale.br/Comum/midias/8807f05a-14d0-4d5b-b1ad-1538f3aef538/E-book%20Metodologia%20do%20Trabalho%20Cientifico.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2019.

GOETTERT, Jones Dari. Programa de Formação da CNTE: **Programa de Formação da CNTE: um novo conceito de atuação sindical**, Brasília - DF, p. 123, 2014. Disponível em: <[https://www.cnte.org.br/images/stories/esforce/pdf/programaformacao\\_eixo01\\_fasciculo04\\_historiamovimentosindical.pdf](https://www.cnte.org.br/images/stories/esforce/pdf/programaformacao_eixo01_fasciculo04_historiamovimentosindical.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2019.

JOTA, Lilian katusca. **O trabalho autônomo sob a perspectiva reformista.** [S. l.: s. n.], 2019. Disponível em: <<http://www.granadeiro.adv.br/clipping/2019/03/01/o-trabalho-autonomo-sob-a-perspectiva-reformista>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição federal comentada e legislação constitucional.** 4. ed. rev. atual. e aum. [S. l.]: Revista dos Tribunais, 2013.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho.** 10. ed. São Paulo - SP: Saraiva, 2018.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Do direito à desconexão do trabalho.** Disponível em:

<[https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do\\_direito\\_%C3%A0\\_0\\_desconex%C3%A3o\\_do\\_trabalho...pdf](https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_0_desconex%C3%A3o_do_trabalho...pdf)>. Acesso em: 23 nov. 2019.

MARTINS, Sergio Pinto. **Do Direito do Trabalho.** 28. Ed.- São Paulo: Atlas 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho.** 24. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2014.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. Disponível: <<https://www.ilo.org/brasilia/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang--pt/index.htm>>. Acesso em 30 nov. 2019.

RESEDÁ, Salomão. **O direito à desconexão:** uma realidade no teletrabalho. Revista Ltr, São Paulo - SP, 2007. Disponível em: <[https://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao\\_fevereiro2007/convidados/con1.doc](https://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_fevereiro2007/convidados/con1.doc)>. Acesso em: 23 nov. 2019.

RODRIGUES, Ana Cristina Barcellos. **Teletrabalho:** a tecnologia transformando as relações de trabalho. Orientador: Prof. Titular Sergio Pinto Martins. 2011. 142 p. Dissertação de Mestrado (Mestre em Direito do Trabalho e da Seguridade Social) - Universidade de São Paulo, São Paulo - SP, 2011. Disponível em: <[https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-14062012-112439/publico/TELETRABALHO\\_A\\_tecnologia\\_transformando\\_as\\_relacoes\\_de\\_trabalho\\_Integral.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-14062012-112439/publico/TELETRABALHO_A_tecnologia_transformando_as_relacoes_de_trabalho_Integral.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2019.

SÁ, Maria Auxiliadora Diniz de; SOUTO, Álvaro José Braga do. **Evolução do trabalho tecnológico:** impactos sobre recursos humanos na indústria. Disponível em:

<<http://www.anpad.org.br/admin/pdf/enanpad2002-grt-302.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

SANTOS, Hélia Rosa dos. **Direito do trabalho:** jornada de trabalho e o reflexo da reforma trabalhista. Orientador: Angélica Gouveia Lima. 2018. 45 p. Monografia (Bacharel em Direito) - Faculdade Raízes, Anápolis - GO, 2018. Disponível em: <<http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/399/1/H%C3%89LIA%20ROSA%20DOS%20SANTOS.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

SILVA, Gabriela Rangel. **As novas tecnologias no direito do trabalho: Direito à desconexão.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=41b0db49fd10d959>>. Acesso em: 30 de abril de 2020.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico.** 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2016.

## **A INSUFICIÊNCIA DA TUTELA PENAL DECORRENTE AOS MAUS-TRATOS DE ANIMAIS DOMÉSTICOS**

**LORENA BOLDIN PAULINO:**

Bacharelada em Direito no IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru . Atualmente auxiliar jurídico em Escritório advocatício

**ANDRÉA LUIZA ESCARABELO SOTERO**

**(orientadora)**

**RESUMO:** O presente artigo aborda as várias formas de maus tratos sofridas pelos animais domésticos, e traz as possíveis penalidades para quem praticar tais atos. Com isto, abordaremos o artigo 32, da Lei Federal n.º 9.605/1998, Lei dos Crimes Ambientais, que regula as condutas de maus tratos cometidos e menciona as punições impostas aos infratores. Prioriza-se discutir se, as penalidades impostas são adequadas, bem como eficazes e podem surtir efeitos positivos para o impedimento de tais atos. Assim como a eficácia da intervenção da sociedade em defender esses seres que não podem falar e muitas vezes não podem se defender; necessária também foi a análise do bem jurídico que é tutelado no direito penal, para que se pudesse chegar ao ponto principal do trabalho: qual o bem jurídico tutelado quando se trata de animais de estimação e a possibilidade e indispensabilidade das mudanças das penas a serem aplicadas àqueles que cometem crime de maus tratos contra os animais, sendo que no trabalho em questão, o questionamento principal são os maus tratos cometidos contra os animais de estimação

**Palavras-Chave:** Maus tratos; Animais; Punições.

**ABSTRACT:** This article addresses the various forms of mistreatment suffered by domestic animals, and brings the possible penalties for those who practice such acts. This article deals with article 32 of Federal Law No. 9,605/1998, the Environmental Crimes Law, which regulates the conduct of mistreatment committed and mentions the penalties imposed on offenders. Priority is given to discussing whether the penalties imposed are adequate as well as effective and may have positive effects on the prevention of such acts. As well as the effectiveness of the intervention of society in defending these beings who cannot speak and often cannot defend themselves. It was also necessary to analyze the legal good that is protected under criminal law, in order to reach the main point of the work: what is the legal good protected when it comes to pets and the possibility and indispensability of changes in penalties to be applied to those who commit the crime of mistreatment against animals, and in the work in question, the main question is the mistreatment committed against pets.

**Keywords:** Mistreatment; Animals; Punishments.

## 1 INTRODUÇÃO

A mentalidade do homem até pouco tempo, não era focada em dar a devida prioridade aos animais, por simplesmente pensarem que eles não possuíam direito à liberdade, integridade física e à vida. Os animais não conseguem se comunicar de forma compreensiva com os humanos de maneira a expressar seus medos, angustias, dores e com isso, reivindicar seus direitos, e por isso é importante que alguém lute a favor de seus direitos. Justifica-se ainda pela grande importância que possui os temas sobre a responsabilidade por erro médico, em especial devido ao fato de que profissionais médicos lidam com o maior bem jurídico tutelado pelo Direito: a vida.

Diante desta situação, a sociedade passou a se sensibilizar com o sofrimento dos animais e se conscientizar, lutando para que fossem impostas leis mais severas com o intuito de proteção e com a finalidade de proteger animais e o meio ambiente.

Com o advento da Lei 9.605/1998, Lei dos Crimes Ambientais, o crime ambiental passou a ser tipificado, com possibilidade de sanção a quem pratica os atos de maus-tratos. Verifica-se que, apesar dos avanços propiciados pela Lei 9605/1998, essa ainda não está sendo aplicada em sua totalidade, pois não há reparação ou recuperação comparável a inocorrência do dano pela ação preventiva, já que impõem pequenas penas, que na totalidade de casos pesquisados acaba se convertendo em prestação de serviços à comunidade, ou em casos mais graves que em poucos meses o autor do crime, cumprirá sua pena, dando a impressão de impunidade àqueles que cometem crueldade contra os animais.

Espera-se que este trabalho possa contribuir para realçar a igualdade e o dever de proteção que temos para com os animais, demonstrando ao leitor que a vida animal vale tanto quanto a de qualquer pessoa.

## 2 ANIMAL DOMÉSTICO

Animal doméstico é um ser irracional, mas possui sensações de dor, fome e sede. Trata-se de um ser muito vulnerável, pois para a sua sobrevivência depende dos seus donos para viver, e a estes confiam sua vida. É muito carinhoso e fiel, possuindo uma característica peculiar: a gratidão. O seu habitat natural é ao lado do seu dono, almejando a proteção e o carinho de todas as formas.

De acordo com as palavras de GRIMALDI, Monica e CRUZ, Guilherme Durante, op.cit. (2010, p.37)

Já os animais domesticados, são aqueles que são animais selvagens, entretanto ao serem adestrados pelo homem, passam a se harmonizar à convivência doméstica, não conseguindo retornar à natureza e viverem de forma independente sem um processo de readaptação.

Estes animais de companhia tem função diversa, como o cão de guarda, onde habitualmente arrisca a sua própria vida para proteger os seus donos; quando estes dormem, o cão fica acordado para garantir a segurança de seu sono; cães que são guias de deficientes que não podem enxergar; há, ainda, também os que exercem função social, ou seja, vão aos hospitais, levando alegrias para aquelas pessoas necessitadas de carinho e atenção; os gatos que ficam o tempo todo do seu lado e se for preciso se torna caçador para deixar a sua casa limpa e livre de roedores e outros animais.

### **3 A TUTELA JURÍDICA DOS ANIMAIS NO DIREITO BRASILEIRO**

A eclosão da proteção animal em âmbito constitucional trouxe ao Direito uma nova proporção do direito fundamental à vida. A Constituição Federal de 1988, apesar de não ter sido a primeira norma brasileira a proteger a fauna, é um avanço para as doutrinas sobre os direitos animais no Brasil. Ao proibir a crueldade, a Constituição reconhece aos animais o direito de ter respeitado o seu valor intrínseco, sua integridade e sua liberdade.

Conforme preceitua Fernanda Luiza Medeiros (2017, p.72 - 73)

O ordenamento jurídico brasileiro, ainda enraizado a ideias e tradições ultrapassadas, enfrenta dificuldades em refletir sobre as mudanças sociais, considerando, por vezes, apenas os desejos dos donos dos animais.

Essa visão arcaica e incoerente também afeta primeiramente a tutela penal dos animais, que possui previsões específicas, principalmente na Lei de Crimes Ambientais. Isto posto, quando não acata a dignidade da vida animal, sobram empecilhos para garantir a eficácia da Lei. O debate referente à proteção animal, no entanto, tem sido mais visado dentre todas as repartições que mencionam o meio ambiente, uma vez que a interação entre espécies de animais e o ser humano tem ocorrido cada vez mais, de diversos aspectos e intensidades.



Dentro do assunto, chama atenção a evolução da comoção e empatia pelos animais domésticos, tendo em vista que, estes estão cada vez mais presentes na vida e convívio com os seres humanos e, em decorrência dessa proximidade, tornam-se totalmente indefesos aos abusos e maus tratos, tema que será abordado ao decorrer do trabalho.

#### **4 A SOCIEDADE COMO SUJEITO PASSIVO DO DELITO**

O surgimento do Direito, de um modo geral, está profundamente inerente ao antropocentrismo, aspirando que as ciências jurídicas surgiram com o objetivo de corrigir os comportamentos e as relações humanas, o que pode se dizer, preliminarmente, que as leis são criadas por seres humanos para seres humanos.

Segundo Frederico Augusto Di Trindade Amado (2016, p.5):

Assim sendo, assim como nos outros ramos do Direito, a área antropocêntrica foi utilizada pelo direito ambiental brasileiro, na medida em que a proteção do ambiente prioriza o interesse humano, pois se entende o homem como ser dependente do meio ambiente e de tudo que o compõe, e a natureza como algo dotado de um valor instrumental.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado integra o rol de direitos humanos fundamentais, indispensável à sobrevivência da espécie humana. A partir dessa análise, é fácil entender que o meio ambiente é protegido com a finalidade de preservar a vida humana, não havendo, portanto, proteção das vidas não humanas em razão de sua condição de seres vivos.

Romeu Thomé Faria da Silva discorre (2002, p. 58-59):

A Constituição Federal de 1988, assim como a grande maioria das normas ambientais nacionais e internacionais, adota o antropocentrismo protecionista, o qual crê que o ambiente não se restringe à mera concepção econômica ou à sujeição direta a interesses humanos.

A proteção aplicada, entretanto, estaria longe daquela defendida pela corrente egocêntrica, que defende a não instrumentalização do meio ambiente e a proteção de cada ser vivo. Portanto conclui-se que na teoria a legislação visa a proteção ambiental, porém na prática tal instituto não possui tanta eficácia.

##### **4.1 Quanto as sanções**

O abandono de animais ou promover rinha de luta entre eles incorre em pena de três a cinco anos de detenção. Expor a vida, a saúde ou a integridade de um animal á perigo será de dois a quatro anos. A penalidade para aqueles que mantêm animais presos e acorrentados, amordaçados em casa, em propriedade particular é de um a três anos de detenção.

Destarte nos ditames da lei de crimes ambientais Lei Federal nº. 9.605:

“Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º. Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 2º. “A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.”

#### **4.2 Da alteração da lei**

O Plenário da Câmara aprovou no mês de Dezembro de 2019, o projeto de lei que aumenta para até cinco anos de reclusão a pena de quem abusa, fere ou mutila cães e gatos. O PL, que corre em tramitação de urgência, será encaminhada ao Senado.

O texto aprovado é o substitutivo da comissão especial para o Projeto de Lei 1095/19, de autoria do deputado Fred Costa (Patriota-MG).

A pena proposta pelo relator é de reclusão de dois a cinco anos, além de multa e proibição de guarda do animal, para pessoas que ferirem apenas cães e gatos. É uma pena mais severa do que a atual, que é de três meses a um ano de detenção, além de multa para casos de violência contra animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos. Para os demais animais, a pena continua a mesma.

No Projeto de Lei original, o deputado destaca casos recorrentes de violência e maus-tratos aos animais, como o crime ocorrido, em novembro do ano passado, em uma rede de supermercados de São Paulo. "Recentemente, a forma brutal como um cachorro foi morto dentro de um supermercado Carrefour, em Osasco, São Paulo, chocou o País. O animal foi espancado e envenenado por um

segurança do local, no dia 28 de novembro passado, e acabou não resistindo aos ferimentos", lembrou o deputado, justificando a importância da matéria.

Na ementa, o novo projeto altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 para estabelecer pena de reclusão a quem praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos; e instituir penas para estabelecimentos comerciais ou rurais que concorrerem para a prática do crime.

## **5 PROTEÇÃO SIMBÓLICA DO CRIME DE MAUS-TRATOS AOS ANIMAIS**

Como reiteradamente mencionado, a Constituição Federal de 1988 preocupou-se em prever o dever de proteção aos animais e criou mecanismos para garantir que esse dever fosse cumprido, por meio da tutela penal. Porém, a Lei de Crimes Ambientais parece não ser a mais adequada à tutela penal dos animais, considerando que a fixação de penas excessivamente brandas pode não atingir o resultado preventivo esperado pelo direito penal, o qual, diga-se de passagem, não é a função principal assumida pelo direito penal ambiental, como já destacado.

Segundo Alex Fernandes Santiago (2015, p.25):

Cabe ao Direito a difícil decisão de tornar mais rigorosa a legislação penal, como forma de tentar aplicar com efetividade o Direito Penal Ambiental, o qual hoje é tido como simbólico. Caso contrário, deve ser retirada a matéria ambiental do campo da proteção penal, pois inútil. Como efeito, pode-se dizer que a Lei de Crimes Ambientais protege os animais de forma simbólica, principalmente os domésticos, tendo em vista que não se vislumbra real repressão contra a prática do crime de maus-tratos, uma vez que a pena é extremamente baixa e como já tratada, possibilita diversas substituições que visam a reparação do dano ambiental.

Contudo, essa proteção simbólica não está unicamente relacionada à finalidade da Lei considerando que há, também, uma série de causas interligadas que fragilizam a aplicação da pena prevista no dispositivo.

## **6 CONCLUSÃO**

Podemos concluir que, no presente trabalho, é urgente a necessidade de uma mudança de protótipo com relação à proteção e direito dos animais nas normas previstas do direito brasileiro, principalmente no que diz respeito à aplicação da

norma constitucional prevista no art. 225, §1º, inciso VII, a manifesta a existência de preocupação com a vida e a integridade física dos animais, uma vez que impede práticas desumanas, desejando não os submetes a crueldade prorrogando seu sofrimento.

Tendo em vista esse intuito, compactuado à disposição do art. 225, §3º da Constituição de 1988, que classificou o meio ambiente – e nele incluiu a fauna – com bem jurídico penal, é que foi editada a Lei de Crimes Ambientais, e sobretudo, o art. 32 da referida Lei.

Não obstante, o que se verifica na prática imposta na sociedade, é que o emprego da Lei Penal não segue o traçado imposto pela Carta Magna, tendo em vista que não privilegia de maneira adequada nem a integridade física, nem a vida do animal, pois prevê uma pena baixa para a prática do delito, bem como proporciona diversas substituições à principal finalidade do Direito Penal: a aplicação da punição mais gravosa, a pena privativa de liberdade. Tudo isso se torna totalmente prejudicial à tutela animal, pois não havendo penas rígidas e gravosas, ocasionará condenações muito baixas e brandas, o que dificulta o exercício punitivo e socioeducativo que é imposto pelo Direito Penal. Já quanto a lei nº 9.605/98, constatamos que em seu artigo 32 que não há clareza quanto a determinação das práticas entendidas como maus-tratos, o que pode parecer uma lacuna normativa (norma penal em branco), e que acaba frustrando as tentativas de repressão penal sobre as condutas cruéis e abusivas contra os animais.

Verifica-se ainda que, conforme já exposto, o caráter excessivamente brando e a falta de rigorosidade, onde grande parte das vezes são realizados apenas serviços sociais e os benefícios despenalizantes previstos, impedem uma defesa penal coerente, capaz de afastar à prática delitiva. E ainda, confirmou-se que a visão antropocêntrica que ainda influencia os âmbitos normativos do direito ambiental brasileiro, não compete, acima de tudo na repartição penal, para uma tutela palpável sobre os animais considerados, já que dificultam que se reconheça o animal como vítima do delito.

Podemos deixar os debates doutrinários de lado, entendendo que, a Proteção sobre os animais no direito Penal brasileiro tem como um de seus fatores, uma imagem simbólica, como sendo uma carga, tendo em vista que as garantias protetivas andam de contra a estes seres, impossibilitando maior efetivação do respeito aos mandamentos constitucionais de proteção redigidos a eles. Por este motivo, devemos ser repetitivos quanto ao pedido de mudanças dessas penalizações impostas, pois se o principal objetivo é proteger os animais do sofrimento e crueldade de forma justa, pois estes são seres vivos passíveis de dores e emoções,

bem como merecedores de uma tutela penal coerente, pois não havendo modificações em todos os pontos revistos neste estudo, ficarão os animais fadados a uma injusta e infeliz simbologia protecionista.

Nesse seguimento, o Poder Judiciário deverá buscar melhorias tanto para a proteção, quanto para a qualidade de vida dos animais, pois é significativa a valoração dos direitos dos animais, e importante que toda a sociedade busque essa qualidade e evolução de direitos a eles, adotando novas leis com o intuito de conscientização das pessoas a zelarem por seres que não conseguem se proteger sozinhos.

O primordial a ser feito é o combate a violência contra os animais, que com ela, desencadeia a insegurança e o má qualidade de vida urbana das cidades brasileiras. A meta é manter o ambiente e o convívio harmonioso em sociedade e barrar comportamentos violentos e suspeitos entre as pessoas e os animais.

Já há hoje um novo projeto de lei aguardando apreciação do Senado, que visa uma alteração na lei já criada, lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, em que aumenta as penas cometidas ao crime de maus-tratos animais quando se tratar de cão ou gato, o que se for aprovada, é um grande avanço para esta causa, e em que pese a eficácia da lei poderá evoluir, pois para quem tem o hábito de crueldade com a convicção de que não será penalizado ou não terá reclusão extensa, a PL manifestará decisão diversa.

Para mudarmos este cenário, serão necessárias tentativas, mesmo que sejam inúmeras, com o intuito de diminuir os quadros de maus-tratos, denunciando e bloqueando atitudes semelhantes, pois com a denúncia a tendência é diminuir a impunidade, sendo responsabilidade do Estado a tutela do meio ambiente, principalmente os animais.

Em relação ao respeito a tudo que vive e possui sentimentos, é imperioso valorizar sobre os direitos dos animais, empenhando-se no fim dos crimes de maus-tratos. Tendo a expectativa da sociedade sobre a melhoria nas leis impostas sobre esse fato.

Destarte, partiremos à um caminho que parte de um principal objetivo: fortalecer os laços de amor, respeito e generosidade em nosso convívio sociocultural.

## REFERÊNCIA

ALMEIDA, Elga Helena de Paula. Maus tratos contra animais. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVII, n. 122, mar 2014.

BECHARA, Erika. A proteção da fauna sob a ótica constitucional. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2003.

GRIMALDI, Monica e CRUZ, Guilherme Durante. Guia do Universo Animal, Editora Suprema Cultura, Ed: 1ª (19 de maio de 2010)

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Novo CP: abandono de animais é criminalizado e maus-tratos terão pena quatro vezes maior. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/3131635/novo-cp-abandono-de-animaiscriminalizadoemaus-tratos-terao-pena-quatro-vezes-maior>>. Acesso em: 27 jun. 2019.

SINGER, P. Ética Prática. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2.ª ed. São Paulo: Editora Martins - Fontes, 1998.

Libertação Animal. Tradução de Marly Winckler. Ed.rev.- Porto Alegre, São Paulo: Editora Lugano, 2004.

MEDEIROS, Fernanda Luiza, Fontoura de; WEINGARTNER NETO, Jayme; PETTERLE, Selma Rodrigues. Animais não-humanos e vedação de crueldade: o STF no rumo de uma jurisprudência intercultural. Canoas, RS: Ed. Unilasalle, 2017.

SANTIAGO, Alex Fernandes. Fundamentos de Direito Penal Ambiental. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2015.

SILVA, Romeu Faria Thomé da. Manual de direito ambiental. 6ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2016.

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192978>. Acesso em: 10 Abril. 2020

<https://congressoemfoco.uol.com.br/legislativo/camara-aprova-aumento-da-pena-de-maus-tratos-a-caes-e-gatos/>. Acesso em: 10 de Abril.2020



## A LEGISLAÇÃO E OS PROBLEMAS NOS DIREITOS CONTRATUAIS, DE IMAGEM E DE ARENA DOS ATLETAS JOGADORES DE FUTEBOL

**MARCOS LUAN DE OLIVEIRA PRADO:**

Discente do curso de Direito pelo IESB  
Instituto de Ensino Superior de Bauru

CARLOS ALBERTO MARTINS JUNIOR [1]

(orientador)

**RESUMO:** O concernente artigo foi desenvolvido com base em análise bibliográficas e fatos ocorridos no mundo futebolístico, visando a apresentação dos direitos trabalhistas e os contratos de imagem e arena dos atletas profissionais do futebol, demonstrando a evolução da legislação brasileira e as peculiaridades distintas de cada contrato apresentado. Em seguida, demonstração sobre a problemática das práticas abusivas e fraudulentas das entidades esportivas para se esquivar do sistema tributário e dos encargos trabalhistas devidos aos jogadores profissionais, e a apresentação de soluções preventivas através e enrijecimento da legislação, e das fiscalizações para sanar este tipo de problema.

**Palavras-chave:** Contrato do jogador de futebol. Direito de imagem. Direito de arena.

### LEGISLATION AND PROBLEMS IN CONTRACTUAL IMAGE AND ARENA RIGHTS OF FOOTBALL PLAYERS

**ABSTRACT:** This article was developed based on bibliographical analysis and facts that occurred in the soccer world, aiming at the presentation of labor rights and the image and arena contracts of professional soccer athletes, demonstrating the evolution of the Brazilian legislation and the distinct peculiarities of each contract presented. Then the demonstration on the problem regarding the abusive and fraudulent practices of sports entities to evade the tax system and labor charges due to professionals players, and the presentation of preventive solutions through tightening legislation, and inspections to remedy this kind of problem

**Keywords:** Contract soccer player. Right image. Law arena

### 1 INTRODUÇÃO

O futebol é notadamente o esporte que mais possui adeptos ao redor do mundo, com uma legião de fãs que por onde passam fica demonstrado o poder desta modalidade esportiva. A grande maioria das pessoas possuem um time de coração,

e muitas vezes, até mesmo aqueles que não gostam ou não acompanham, param pra assistir de perto em algum momento, nem que seja apenas uma partida entre seleções, um amistoso de estrelas, ou um jogo beneficente.

Porém, o grande fato deste esporte, é o seu poder aquisitivo financeiro, que através de patrocinadores ou investidores, encontraram uma imensa fonte de renda e retorno de dinheiro.

Desta forma surgiram as criações de entidades esportivas com um funcionamento a altura de empresas de grandes portes, com diretoria, investidores, tesoureiros e até mesmo presidentes, veio também, a profissionalização dos envolvidos, dos jogadores e seus representantes. Daí vieram a existir os grandes contratos milionários. Porém, começaram-se os surgimentos das lides e os conflitos, fazendo com que fosse necessário a implementação de legislações específicas e ordenamento jurídico para regularização desta prática.

O assunto decorrente deste artigo, é destinada a algumas destas lides que surgiram devidos aos grandes contratos onerosos, abordando assuntos como os direitos de imagem e arena e também o contrato trabalhista dos jogadores e a averiguação das práticas fraudulentas das grandes equipes para “driblar” o sistema tributário e as leis trabalhistas em território nacional.

## **2 A ORIGEM DO FUTEBOL NO BRASIL: CHARLES MILLER, O PAI DO FUTEBOL BRASILEIRO.**

É de fato notória a bela história que o Brasil conquistou no âmbito futebolístico, tornando-se assim, uma das maiores referências no esporte, com grande destaque através de excelentes jogadores e conquistando os mais cobiçados títulos de campeonatos. Porém o que pouco se sabe é a origem desta modalidade em território nacional.

A chegada deste esporte no Brasil, ocorreu através de Charles Miller, um garoto filho de pai escocês e de mãe brasileira com ascendência inglesa, que aos 9 (nove) anos de idade foi mandado para a Inglaterra para que pudesse estudar e obter as melhores formações. Foi lá onde Charles teve seu primeiro contato com o futebol em sua escola, atuando de várias formas dentro do esporte, sendo jogador, arbitro e até mesmo dirigente, apaixonando-se cada vez mais pela modalidade.

Em fevereiro de 1894, Miller retornou ao Brasil para que pudesse trabalhar na São Paulo Railway, que assim como seu pai, tornou-se mais tarde, o correspondente da Inglaterra com o Brasil. Ocorre que, em seu retorno Charles trouxe consigo em

sua bagagem um conjunto de regras, uniformes, uma bomba de encher e uma bola de futebol.

Através de sua experiência adquirida em solo inglês, o entusiasta organizou a primeira partida oficial de futebol, que ocorreu em 14 de abril de 1895, sendo disputada entre os funcionários da companhia de Gás de São Paulo (*Gas Company Of São Paulo*) e da companhia ferroviária de São Paulo (São Paulo Railway), partida está que foi vencida pela equipe de Miller pelo placar de 4 a 2.

Mais tarde Charles seria peça fundamental para a criação da primeira liga Paulista de Futebol, está que é considerada a primeira liga no Brasil. Miller também teve envolvimento direto na formação do setor futebolístico do time São Paulo Athletic Club, também conhecido como SPAC, time este que foi o ganhador do campeonato da liga São Paulo em seus três primeiros anos, sendo eles em 1902, 1903 e 1904, tendo Charles Miller como principal artilheiro., porém, o pai do futebol, atuou como jogador até o ano de 1910 e quando encerrou sua carreira ainda atuou um tempo como arbitro, porém ao se afastar dos gramados ele nunca abandonou sua grande paixão e posteriormente foi o grande responsável pela propagação do esporte, vindo um dia a ser chamado de o pai do futebol. (MILLS 2005; MAGALHÃES 2010)

### **3 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

O Brasil passou a estimular o desporto tardiamente e de forma não profissional, com o surgimento de algum regramento na década de 30. O incentivo veio através do decreto de lei 527/38, que estimulou a pratica de esportes ao incluir a educação física nas instituições culturais, conforme previsto em seu artigo 5º, alínea I.

**Art. 5º** A subvenção federal será concedida às instituições culturais que tenham por objetivo:

- a) a produção filosófica, científica e literária;
- b) o cultivo das artes;
- c) a conservação do patrimônio cultural;
- d) o intercâmbio intelectual;
- e) a difusão cultural;

- f) a propaganda ou campanha em favor das causas patrióticas ou humanitárias;
- g) a organização da juventude;
- h) a educação cívica;
- i) a educação física;
- j) a recreação.

Entretanto o desporto teve seu ponto chave para a legislação brasileira no ano de 1941, através do decreto lei 3.199/1941, criado na ditadura na época de Getúlio Vargas, que diante desta lei, criou-se o Conselho Nacional de Desportos, cujo suas funções seria a organização, o desenvolvimento e a regulamentação das diretrizes do esporte brasileiro. Nesta senda, é possível observar o conceito de Roberto José Pugliese Junior:

“Após a criação do CND, este deu poderes ao Estado para ingerir, criando normas desportivas de forma bastante autoritária e até conferindo a si próprio, poderes para intervir nas entidades que não cumprissem suas determinações. Ainda, esclarece que tal decreto se mostrava cópia fiel da legislação esportiva italiana, onde como no Brasil, o esporte era dominado pelo Estado, que praticamente não cedia espaço à livre iniciativa.” (PUGLIESE JUNIOR, 2000, p.16)

Diante disto, com o passar dos anos e a grande evolução do futebol brasileiro, o retorno financeiro, o surgimento de novos clubes com investimentos no esporte e a profissionalização dos atletas, começaram-se a surgir os problemas em relação as leis e o direito desportivo. Então, os legisladores, enxergaram a necessidade de legislar de forma mais incisiva, com o intuito de sanar algumas dúvidas e solucionar alguns problemas frequentes dos direitos dos profissionais do futebol, houve então o surgimento de novas leis.

### **3.1 Lei nº 6.354/76 – Lei do Passe**

Esta lei foi promulgada em 1976, que de certa forma, a lei que deu início a profissão do atleta de futebol, com o intuito de proteger os atletas, trazendo para eles as benesses trabalhistas, como férias remuneradas, assinatura da carteira de trabalho, entre outros benefícios.

Porém, a lei sofreu diversas críticas, uma vez que, ela trazia prejuízos para os atletas devido ao seu funcionamento, como por exemplo, o direito de transferência do jogador era unilateral, onde o atleta poderia sair do clube somente através de decisão de seu empregador, ou seja, o clube responsável e detentor do seu passe, como se ele fosse uma propriedade.

A disposição do passe do atleta, constava no artigo 11 da referida lei, com o seguinte dizeres:

“A importância devida por um empregador a outro, pela cessão do atleta durante a vigência do contrato ou depois de seu término, observadas as normas desportivas pertinentes”. O passe era tido como uma indenização estipulada pelo clube que investiu no jogador, ou seja, o clube que o projetou.”

As críticas a referida lei, gerou grande debate entre os doutrinadores, alguns destacando que a extinção imediata do passe, conforme destacado por Jayme Eduardo Machado:

“[...]A extinção do ‘passe’ é uma necessidade peremptória e inadiável para os atletas profissionais. O referido vínculo desportivo escraviza o atleta, não possuindo qualquer amparo jurídico, ético ou moral. Com efeito, a Constituição Federal, no art. 5º, inciso XIII, assegura a todos o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão. Dessa forma, a existência do ‘passe’ configura uma afronta à dignidade e a liberdade humana” (E.M. nº 22/GMEE, de 15 de setembro de 1997)

O atleta, deste modo, mantinha-se preso ao clube detentor de seu passe até que outro clube pagasse o valor devido para a sua liberação, com isso, ele adquiria o direito de posse ao passe do atleta. Portanto, essa transação era vista mais como um contrato de compra e venda do que um contrato de trabalho, desta forma, Amauri Mascaro Nascimento, apresenta a seguinte análise:

Nesse sistema em matéria de direito do trabalho, não existe nada mais obsoleto o trabalhador é reduzido à condição de res, e como tal submetido a poder arbitrário e despótico de deliberação do empregador. O direito do passe ou direito de transferência unilateral coloca o atleta sob a deliberação soberana do empregador, que decide a seu respeito como decide a respeito das coisas de sua propriedade”. (NASCIMENTO, 1996, p. 361-365).

Portanto, diferente dos contratos atuais, o jogador permanecia no clube mesmo com o seu contrato de trabalho extinto, através da lei do passe, sendo coagido a renovar seu contrato até que outro clube o comprasse.

### **3.2 Lei nº 8.672/93 – Lei Zico**

Em um momento de debate e transformações no futebol, surgiu a Lei Zico, na qual foi responsável por vias alternativas no que tange a participação do Estado nas entidades desportivas e na prática do desporto propriamente dita, proporcionando a possibilidade de independência dos clubes, deixando-os que contratassem sociedades comerciais (patrocinadores) visando fins lucrativos para a gestão de suas atividades, transformando assim, os clubes em empresas com mais direitos e deveres para os dirigentes e diretores das equipes.

A denominada Lei Zico criou normas gerais de direito desportivo, democratizando as relações entre os atletas e os dirigentes dos clubes, com isso, os jogadores de futebol deixaram de ser apenas um produto do mercado desportivo e passaram a possuir condições profissionais mais adequadas. (MAGALHÃES, 2010; NUNES, 2000)

A referida lei foi responsável por trazer garantias tanto para os clubes quanto para os atletas, como por exemplo, a implementação da garantia dos direitos dos clubes em relação aos jogadores com formação em sua base, através de celebração de primeiro contrato com duração máxima de 4 (quatro) anos e o contrato de trabalho do atleta profissional com duração de no máximo 3 (três) anos, conforme demonstrado em seu artigo 23:

**Art. 23.** O contrato de trabalho do atleta profissional terá prazo determinado, com vigência não inferior a três meses e não superior a trinta e seis meses.

**Parágrafo único.** De modo excepcional, o prazo do primeiro contrato poderá ser de até quarenta e oito meses, no caso de atleta em formação, não-profissional, vinculado à entidade de prática, na qual venha exercendo a mesma atividade, pelo menos durante vinte e quatro meses

A lei Zico instituiu também, os direitos dos atletas em até 20% do valor sobre o direito de arena e 35% devido ao comércio referente a justiça do desporto.

Vale ressaltar que um dos principais objetivos da referida lei foi o de revogar a Lei do Passe, oferecendo a opção de vínculo contratual dos atletas profissionais,



criando novas formas de fiscalização, assegurando mais autonomia das entidades esportivas com menor intervenção estatal, visando participação efetiva da iniciativa privada, e manter a sua representação nos órgãos competentes (MELO FILHO).

Apesar da mudanças trazidas através da Lei Zico, ela ainda não foi bem vista e nem tão satisfatória, devido a grandes problemas apresentados e repercussões negativas, as mudanças reais do ordenamento jurídico, começaram a surgir somente com a chegada da Lei Pelé.

### **3.3 Lei nº 9.615/98 – Lei Pelé**

Após as negativas das leis anteriores, e pressão sob o ordenamento jurídico, por parte dos dirigentes de clubes e dos atletas profissionais, houve a instituição da Lei Pelé, que foi considerada uma grande conquista para o desporto brasileiro, regulamentando de melhor forma o passe dos jogadores e os direitos contratuais.

Como ministro do desporto, Edson Arantes do Nascimento, mais conhecido como Pelé, entrou em uma luta contra os cartolas do futebol, e consigo trouxe uma nova legislação ao ordenamento jurídico, no qual favoreceria os direitos dos atletas profissionais, sem lesar os dirigentes e os clubes, revolucionando o cenário do futebol.

Um dos pontos destaques da referida lei, foi a adequação do contrato do jogador profissional, tornando-o em um contrato especial de trabalho responsável pela proteção e maiores benefícios ao atleta, como por exemplo, o direito de encerrar o vínculo com determinado clube ao fim de seu contrato, evitando assim, que o jogador ficasse preso a uma determinada equipe até que ele fosse negociado com uma nova instituição, além de outras grande melhorias (PUGLIESI JR. 2000), conforme demonstrado em seu artigo 28 e §5º:

**Art. 28.** A atividade do atleta profissional é caracterizada por remuneração pactuada em contrato especial de trabalho desportivo, firmado com entidade de prática desportiva, no qual deverá constar, obrigatoriamente:

I - cláusula indenizatória desportiva, devida exclusivamente à entidade de prática desportiva à qual está vinculado o atleta, nas seguintes hipóteses:

a) transferência do atleta para outra entidade, nacional ou estrangeira, durante a vigência do contrato especial de trabalho desportivo;

b) por ocasião do retorno do atleta às atividades profissionais em outra entidade de prática desportiva, no prazo de até 30 (trinta) meses;

II - cláusula compensatória desportiva, devida pela entidade de prática desportiva ao atleta, nas hipóteses dos incisos III a V do § 5º..

**§5º** O vínculo desportivo do atleta com a entidade de prática desportiva contratante constitui-se com o registro do contrato especial de trabalho desportivo na entidade de administração do desporto, tendo natureza acessória ao respectivo vínculo empregatício, dissolvendo-se, para todos os efeitos legais:

I - com o término da vigência do contrato ou o seu distrato;

II - com o pagamento da cláusula indenizatória desportiva ou da cláusula compensatória desportiva;

III - com a rescisão decorrente do inadimplemento salarial, de responsabilidade da entidade de prática desportiva empregadora, nos termos desta Lei;

IV - com a rescisão indireta, nas demais hipóteses previstas na legislação trabalhista;

V - com a dispensa imotivada do atleta.

Apesar de mudanças significativas, principalmente em relação a proteção dos atletas, alguns doutrinadores defendem a ideia de que a lei Pelé é apenas uma cópia da lei Zico, entre eles, temos Álvaro Melo Filho, que apresenta a seguinte tese:

[...] dotada de natureza reativa, pontual e errática, que, a par de fazer a 'clonagem jurídica' de 58% da 'Lei Zico', trouxe como inovações algumas 'contribuições de pioria': o fim do 'passe' dos atletas profissionais resultando numa predatória e promíscua relação empresário/atleta; o reforço ao 'bingo' que é jogo, mas não é desporto, constituindo-se em fonte de corrupções e de 'lavagem de dinheiro', geradoras inclusive de CPI; e, a obrigatoriedade de transformação dos clubes em empresas, quando mais importante que a roupagem jurídica formal é a adoção de mentalidade empresarial e profissional

dos dirigentes desportivos. Ou seja, a 'Lei Pelé', produto de confronto e não de consenso, com ditames que usaram a exceção para fazer a regra, restabelece, de forma velada e sub-reptícia, o intervencionismo estatal no desporto, dissimulada pela retórica da modernização, da proteção e do 'elevado interesse social' da organização desportiva do País. (MELO FILHO, 2006, p.66)

De fato, a lei Pelé não apresentou nada inovador, porém, trouxe sim grandes melhorias consigo, sendo a grande responsável pela extinção da forma em que o passe do jogador era conduzido, onde o mesmo era coercitivo e prendia o atleta ao seu clube, sendo tratado apenas como um produto e sem muitas benesses e direitos protetivos. Por isso, a referida lei ainda vigora no dias atuais, sofrendo apenas modificações em seu texto original, conforme a modernização do futebol e alteração de sua legislação.

#### **4 DOS CONTRATOS DE TRABALHO DOS JOGADORES PROFISSIONAIS**

A contratação, firmada através de acordo formal, estabelecida entre a entidade esportiva e o jogador profissional, é compreendida pelo legislativo como contrato de trabalho especial, pela posição do sujeito, da natureza do tipo de trabalho prestado e também do local de suas prestações de serviços. Cabe ressaltar, que um contrato de trabalho é o que formaliza a concretização de comum acordo entre entidade e o profissional contratado, com isso, temos o seguinte raciocínio de Sérgio Pinto Martins:

“Representa o contrato de trabalho um pacto e atividade, pois não contrata um resultado. Deve haver continuidade na prestação de serviços, que deverão ser remunerados e dirigidos por aquele que obtém a referida prestação. Tais características evidenciam a existência e um acordo de vontades, caracterizando a autonomia privadas das partes”. (MARTINS, 2005, p. 82)

O contratação dos jogadores é subsidiada pela CLT por preencher os requisitos estipulados, sendo eles: Prestação de trabalho realizado por pessoa física, pessoalidade, subordinação, onerosidade, continuidade e alteridade. Ficando assim, demonstrado que um contrato de um atleta profissional não se difere do contrato de um trabalhado comum.

##### **4.1 As contrações dos atletas profissionais**

Primeiramente é válido demonstrar que o contrato do jogador de futebol, e muito bem conceituado por Zainaghi, que o define da seguinte forma:

“Deverá conter os nomes das partes contratantes, devidamente individualizadas e caracterizadas; o modo e a forma da remuneração, especificados o salário, os prêmios, as gratificações e, quando houver, as bonificações, o valor das luvas; a menção de conhecerem os contratantes os códigos, os regulamentos e estatutos técnicos, os estatutos e as normas disciplinares da entidade a que estiverem vinculados e filiados; os direitos e obrigações dos contratantes, os critérios para a fixação do preço do passe e as condições para a dissolução do contrato.” (ZAINAGHI, 1998, p.60)

O contrato em questão, refere-se a uma atividade prática desportiva com fins lucrativos, sendo praticado e devidamente organizado de forma profissional, e para isso, José Martins Catharino traz a seguinte definição: “Aquele pelo qual uma (ou mais) pessoa natural se obriga, mediante remunerá-lo, a prestar serviços a outra (natural ou jurídica) sob a prestação desta”.

Sabendo disto, é preciso compreender que nos dias atuais, a prestação de atividade profissional no futebol é estabelecida através da Lei Pelé, tendo como subsidiária a lei em vigor disposta na CLT.

A duração do contrato de trabalho prestado pelo jogador para a entidade esportiva, é apresentada pelo artigo 30 da Lei 9.615/98 (Lei Pelé), no qual especifica que o mesmo terá prazo determinado, com vigência mínima de três meses e máxima de cinco anos, podendo posteriormente ser renovado conforme a vontade das partes. Jayme Eduardo Machado conceitua esta ideia da seguinte maneira:

“Ora, é inegável que o contrato de trabalho de futebol profissional apresenta características especialíssimas que lhe dão uma feição sui generis exigindo do legislador um tratamento diferenciado. Desse modo, e em primeiro lugar, é indispensável que vigore sempre por prazo determinado. Não fosse assim, os clubes de repente poderiam ser privados de seus atletas, que, se não estivessem sujeitos a um contrato a termo, poderiam rescindi-lo em meio a um campeonato, mediante, no máximo, simples notificação, a exemplo do que exigem as disposições trabalhistas consolidadas”.(MACHADO, 2000. P. 44)

O referido artigo foi criado com o intuito de revogar os de suas legislações antecessoras, que diziam que o contrato poderia ser inferior a três meses e não superior a 2 anos.

Deste modo, evita que o clube ou jogador venha ser prejudicado, caso alguém resolva rescindir o contrato sem a aprovação da outra parte, uma vez que tal atitude acarretará em pena de multa.

#### **4.2 As remunerações dos atletas profissionais**

A lei nº 9.615/98, conforme já dito, trouxe diversas melhorias para os jogadores profissionais, entre elas está a remuneração. Estabelecida em seu artigo 31, §1º, a lei descreve a remuneração da seguinte forma

**Art. 31. § 1º** São entendidos como salário, para efeitos do previsto no caput, o abono de férias, o décimo terceiro salário, as gratificações, os prêmios e demais verbas inclusas no contrato de trabalho

É possível notar a verossimilhança com o estabelecido na CLT, com apenas diferenciação no que se refere as gratificações e premiações, afirmando isto, vale destacar o entendimento de Zainaghi no tocante a remuneração:

Vê-se, pois, que ao vocábulo remuneração foi dada aplicação mais ampla, igual à lei trabalhista geral. Difere, entretanto, da norma celetizada, no ponto em que naquela as gratificações e os prêmios, por exemplo, são entendidas como salário, ao passo que na lei do atleta profissional de futebol, esses pagamentos integram a remuneração, sendo salário somente a parte fixa previamente ajustada

A proximidade do direito desportivo com as legislação trabalhista, foi de suma importância, uma vez que trouxe direitos aos jogadores, como por exemplo, a decisão de rescindir o contrato caso o clube atrase, em um período igual ou superior a três meses, seus salários ou o seu direito de imagem e arena, permitindo que o atleta fique livre para transferir-se para outro clube de sua escolha e ainda e exigir a cláusula compensatória desportiva e os haveres devidos.

#### **5 DO DIREITO DE IMAGEM E ARENA DOS JOGADORES PROFISSIONAIS**

Atualmente, um atleta profissional não recebe apenas o seu salário ou bônus por gratificação devido as suas conquistas individuais e coletivas. Pois, no momento

em que um jogador acerta um acordo de forma contratual com um clube, fica acertado também a prática de vinculação publicitária, na qual é utilizada a imagem do atleta, podendo render grandes ganhos para o mesmo.

### 5.1 Dos direitos de imagem

O direito de imagem encontra-se disposto e protegido através da Constituição Federal de 1988, reconhecida como um direito de personalidade autônoma, estabelecendo o direito sobre a disposição de sua imagem, podendo a personalidade, autorizar ou rejeitar a sua utilização. Para isto, demonstra-se o estabelecido pela Constituição Federal de 1988 da seguinte forma.

**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:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas

O direito de imagem é inalienável e intransmissível, mas pode ser disponibilizada, o que significa que ela não poderá ser vendida, renunciada ou cedida de maneira definitiva, porém, poderá ser objeto de contratação. No que tange sobre os direitos de imagem, é possível observar a conceituação de Maria Helena Diniz:

“Reprodução de uma pessoa ou coisa obtida pela fotografia, escultura, desenho, etc., que gera responsabilidade civil quando não autorizada pelo titular. Está proibida a exibição e divulgação pública de retrato sem consentimento do fotografado, salvo se tal publicação se relacionar com fins científicos, didáticos, isto é, culturais, ou com eventos de interesse público ou que aconteceram publicamente.” (DINIZ, 1998, p.761)



A utilização indevida da imagem não autorizada pela personalidade detentora, poderá acarretar em eventual ação indenizatória, que não haverá necessidade de comprovação do prejuízo, conforme disposto na súmula 403 do Supremo Tribunal de Justiça:

**STJ Súmula nº 403 - 28/10/2009 - DJe 24/11/2009:** Prova do Prejuízo - Indenização pela Publicação de Imagem de Pessoa - Fins Econômicos ou Comerciais Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.

No que tange ao direito de imagem e o direito de arena, a jurisprudência estabelece que estes direitos não se confundem, estabelecendo que ambos os contratos possuem naturezas jurídicas diferentes, na qual, o direito de arena pertencerá a esfera trabalhista e o direito de imagem caberá ao âmbito jurídico do direito civil, distinguindo até mesmo com relação as cargas tributarias em cada um deles.

Conforme especificado, o direito de imagem é personalíssimo e deverá ser negociado diretamente entre o contratante e o contratado, neste caso, entre a entidade esportiva e o jogador profissional.

É habitual a prática de estabelecer uma licença do uso a imagem, porém, não significa que o contratante terá direito absoluto da imagem do atleta, entretanto, cria-se um acordo em que a entidade esportiva possui o direito de utilizar a imagem do profissional para fins específicos pré-estabelecidos em contrato.

Nesta senda, afirma Álvaro de Melo Filho:

O contrato de cessão do direito de imagem do jogador de futebol é de natureza civil, não se prestando a registro na entidade nacional de administração desportiva, despido, portanto, de qualquer repercussão na relação laboral-desportiva. Já o contrato de trabalho desportivo profissional, de evidente natureza trabalhista, deve ser obrigatória e cogentemente registrado na respectiva entidade nacional de administração do desporto, consoante dispõe a novel redação do art. 33 da Lei nº 8.615/98." (MELO FILHO, 2000, p.124)

Portanto, a licença do uso de imagem, estabelece um vínculo com fins determinados, como por exemplo, a utilização em propagandas, produtos licenciados do clube, entre outros. Neste mesmo contrato, o jogador também poderá

ceder ao seu clube, que através de patrocinadores, vincule a sua imagem aos seus produtos.

## 5.2 Dos direitos de arena

Inicialmente faz-se necessário a compreensão sobre o que se refere o direito de arena, desta forma, é possível observar que Maria Helena Diniz conceitua o direito de arena da seguinte maneira:

Direito do atleta profissional de usufruir, se participante de espetáculo desportivo, de parte do quantum recebido pela associação desportiva não só para autorizar a fixação, transmissão ou retransmissão por quaisquer meios, obedecidas as convenções e contratos firmados, como também para comercializar imagens. A autorização da entidade a que se filia o atleta também é necessária para transmissão ou a retransmissão, por qualquer meio, de espetáculo desportivo público com entrada paga. (DINIZ, 1998, p. 150)

O direito de arena está disposto na lei 9.615/98, denominada de Lei Pelé, em seu artigo 42, §1º, com o seguinte dizeres.

**Art. 42.** Pertence às entidades de prática desportiva o direito de arena, consistente na prerrogativa exclusiva de negociar, autorizar ou proibir a captação, a fixação, a emissão, a transmissão, a retransmissão ou a reprodução de imagens, por qualquer meio ou processo, de espetáculo desportivo de que participem

§ 1º Salvo convenção coletiva de trabalho em contrário, 5% (cinco por cento) da receita proveniente da exploração de direitos desportivos audiovisuais serão repassados aos sindicatos de atletas profissionais, e estes distribuirão, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo, como parcela de natureza civil

Neste modo, é possível compreender que o atleta possui direitos pelos jogos nos quais ele atua, nos valores obtidos pela entidade esportiva através da venda de transmissão ou retransmissão. Porém, ao analisar de forma concreta o referido artigo é possível observar que o titular do direito de arena é o clube, pois neste caso, o que está em mais evidencia é a equipe e não o jogador de forma individual, cabendo a

entidade o direito de negociar, proibir, e autorizar a transmissão e retransmissão de eventos dos quais participem.

O direito de arena, diferentemente do direito de imagem, possui natureza jurídica remuneratória, conforme a seguinte jurisprudência:

"RECURSO DE REVISTA. DIREITO DE ARENA. NATUREZA JURÍDICA. A jurisprudência desta Corte tem atribuído natureza jurídica remuneratória à parcela paga ao atleta decorrente do denominado direito de arena. De outro lado, não corresponde a uma parcela paga diretamente pelo empregador, aproximando-se do sistema das gorjetas. Portanto, em face de sua similaridade com as gorjetas, aplica-se, por analogia, o artigo 457 da CLT e a Súmula nº 354 do TST, o que exclui os reflexos no cálculo do aviso-prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal e autoriza repercussão em gratificação natalina, férias com o terço constitucional e FGTS. Precedentes. Não conhecido. (...)" (RR - 2960-19.2012.5.02.0036 , Relator Ministro: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 11/2/2015, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/2/2015.)

Em consonância, Zainaghi discorre a respeito da seguinte forma:

[...] forçoso é concluir que o direito de arena, quanto à parte do pagamento ao jogador de futebol, tem natureza jurídica de remuneração, pois guarda similitude com as gorjetas previstas no art. 457 da CLT

Sendo assim, devido a previsão legal, o direito de arena deverá ser cumprido obrigatoriamente pelo clube quando houver a celebração contratual entre o atleta e a entidade, enquanto o direito de imagem, depende da livre negociação entre o jogador e a equipe de futebol.

## **6 DAS VIOLAÇÕES RECORRENTES AO DIREITO DE IMAGEM E DIREITO DE ARENA DOS JOGADORES**

Conforme discorrido anteriormente, os contratos de direito de imagem e o contrato de trabalho, no qual será acertado o direito de arena, são de natureza jurídicas distintas, aonde o primeiro possui relação no âmbito jurídico civil e segundo possui relação trabalhista, cujo, contratos deverão conter peculiaridades específicas dentro das normas da legislação que as rege. Porém, a existência de clubes que vêm praticando manobras ilegais para burlar o sistema, na qual o clube elabora um

contrato de trabalho pagando salário muito abaixo do ideal para o atleta profissional, compensando o valor devido através de valor alto no direito de imagem.

Esta conduta possui o intuito de reduzir os gastos com tributos das entidades esportivas, como por exemplo, o pagamento de INSS, FGTS, férias e 13º salário, entre outras verbas trabalhistas.

Um caso fatídico de tentativa de fraude, foi no qual o ex-jogador Luiz Carlos Goulart, conhecido como Luizão, moveu ação em face da entidade esportiva Sport Clube Corinthians Paulista, para o reconhecimento de valores pagos estabelecidos pelo contrato de direito de imagem, como de natureza salarial. Utilizando-se do artigo 9º da CLT, que preceitua: *“Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”*, o juiz da 12ª vara do trabalho de São Paulo, deu provimento ao pedido, reconhecendo a natureza salarial dos valores recolhidos como títulos de licença de uso de imagem, constatando ainda, o que dizia respeito a férias, FGTS, 13º salário e outros tributos. Portanto, demonstra-se que os contratos deverão ser desvinculados, estabelecendo que o que é pago pelo contrato de direito de imagem não constitui em verba salarial.

Ocorre que casos como estes não acontecem de forma isolada, recentemente ficou identificado que os principais clubes do país possuem cerca de três bilhões em dívidas trabalhistas, com aproximadamente quatro mil processos na justiça, entre estes processos, a grande maioria dá-se ao motivo de fraude nos contratos de direito de imagem e o contrato de trabalho, conforme ocorrido no caso do jogador Luizão.

### **6.1 Soluções cabíveis para prevenção de fraudes contra os jogadores profissionais**

Conforme observado, o contrato de trabalho celebrado com os atletas profissionais do futebol é matéria de pouco estudo por parte da doutrina, e devido a grandes brechas em sua legislação e pouca fiscalização por parte de órgãos competentes é facilmente fraudado. Portanto, para que isso seja evitado, faz-se necessário, o devido acompanhamento do ministério do esporte, da justiça trabalhista e também da CBF no que tange a elaboração dos contratos de trabalho, direito de arena e direito de imagem, e que estes, sejam redigidos da melhor forma escrita, através de profissionais qualificados, seguindo as normas previstas na legislação brasileira. Caberá também, a criação de regras para que seja observado de forma objetiva e clara os valores dos contratos de trabalho e dos direitos de imagem dos jogadores, para evitar que o segundo contrato prevaleça e seja tão superior sobre os valores do primeiro. Pois Mesmo diante de grandes alterações da Lei Pelé

no que se refere ao trabalho do atleta, os clubes assinam com os jogadores o contrato de trabalho com valor muito inferior ao contrato de licença de imagem, desta forma fraudando o sistema tributário e também os direitos trabalhistas de seus profissionais, camuflando a prestação devida pelo trabalho do funcionário na forma de um contrato civil. Como é possível notar, esta prática é utilizada para que as entidades esportivas possam se isentarem dos impostos e contribuições devidas para fins trabalhistas, por isso, a modificação da legislação, implementação de novos institutos regradadores e também maiores fiscalizações, é de extrema necessidade para o fim das fraudes aos direitos trabalhistas, direitos de arena e direitos de imagens dos jogadores de futebol.

## **7 CONCLUSÃO**

O presente artigo teve como escopo apresentar os direitos dos jogadores profissionais de futebol, redigindo sobre os contratos trabalhistas, o contrato de direito de arena e o contrato de direito de imagem, demonstrando as falhas jurídicas e as práticas fraudulentas das entidades esportivas para burlar o sistema tributário e também as taxas de remuneração devida aos atletas.

Podemos observar também, que apesar da proteção aos jogadores oferecida através da Lei Pelé, muitos atletas ainda são prejudicados, principalmente nos grandes clubes do país, que através de falhas jurídicas, estabelecem uma contraprestação muito maior pelos contratos de uso de imagem, para burlar a contraprestação de natureza salarial, pois os encargos são menores desta forma, porém, cabe ressaltar que tal ato não é ilícito, tendo em vista que é muito utilizado no meio futebolístico, mas ainda assim, parte da doutrina considera um ato imoral e defende a tese de que é um meio fraudulento para que os clubes não venham arcar com os tributos previstos em lei e a tese de fraude vem sendo adotada por diversos tribunais, dando ganho de causa para os jogadores que exigem a composição remuneratória de vínculo trabalhista. Portanto, frisa-se, que esta prática deve ser analisada cuidadosamente, para verificar se realmente está configurada a fraude, que caso seja comprovada, deverá repassar os valores de contraprestação de natureza jurídica civil para o âmbito jurídico trabalhista, no formato de remuneração salarial com o intuito de ressarcir os jogadores e efetuar o recolhimento dos tributos exigidos por lei devido ao vínculo empregatício.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

CATHARINO, José Martins. Contrato de emprego desportivo no direito brasileiro. São Paulo: Ltr, 1969

DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico. São Paulo: Saraiva, 1998.

GOLIM, José Alexandre Odir. Artigo: O contrato de trabalho do atleta profissional de futebol e a fraude no direito de imagem. Pesquisa disponível em: <https://josegolim.jusbrasil.com.br/artigos/620907145/o-contrato-de-trabalho-do-atleta-profissional-de-futebol-e-a-fraude-no-direito-de-imagem>, visualizado em 30-03-2020

LEI Nº 6.354, DE 2 DE SETEMBRO DE 1976. Dispõe sobre as relações de trabalho do atleta profissional de futebol e dá outras providências. Acessível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6354.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6354.htm), visualizado em 30-03-2020

LEI Nº 8.672, DE 6 DE JULHO DE 1993. Institui normas gerais sobre desportos e dá outras providências: Acessível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8672.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8672.htm) visualizado em 30-03-2020

LEI Nº 9.615, DE 24 DE MARÇO DE 1998. Institui normas gerais sobre desporto. Acessível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19615consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19615consol.htm), visualizado em 30-03-2020

MACHADO, Jayme Eduardo. O novo contrato desportivo profissional. Sapucaia do Sul: Notadez Informação, 2000.

MAGALHÃES, Lívia Gonçalves. Histórias do futebol. Arquivo Público do Estado, São Paulo, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005

MELO FILHO, Álvaro. Novo ordenamento jurídico - desportivo. ABC Fortaleza: 2000

MILLS, John. Charles Miller: o pai do futebol brasileiro. São Paulo: Panda Books, 2005.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 12 ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

NUNES, Inácio. Lei Pelé x Lei Zico - Comentada e Comparada - Apresentado por Francisco Horta. Inácio Nunes, São Paulo

PINTO, Matheus Silva: direito de imagem e direito de arena do atleta profissional: Acessível: <http://repositorioinstitucional.uea.edu.br/bitstream/riuea/953/1/Direito%20de%20imagem%20e%20Direito%20de%20arena%20do%20atleta%20profissional.pdf> visualizado em: 30-03-2020



PUGLIESE JR., Roberto José – O Direito Desportivo à luz da lei Pelé. 2000

TREVISAN, Marcio. A História Do Futebol Para Quem Tem Pressa. 12 ed., Rio de Janeiro, 2019

ZAINAGHI, Domingos Sávio. Os atletas profissionais de futebol no direito de futebol no direito do trabalho. 1998.

NOTA:

[1] Docente em Direito Aplicado ao Esporte. - IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru – E-mail: carlos.martins@freitasmartinho.adv.br

## AUXÍLIO ACIDENTE

**LAÉRCIO MORETTI:** Discente do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO <sup>[1]</sup>

WILMAR ANDOLFATO SCAVASSA <sup>[2]</sup>

(orientadores)

**RESUMO:** O auxílio acidente é benefício previdenciário de condição indenizatória, sendo devido ao segurado acidentado, quando, após a consolidação das lesões consequentes de acidente de qualquer natureza, procederem sequelas que provoquem redução da capacidade para a atividade laborativa habitual, inclusive acidente de trabalho, resultar sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia. O trabalhador tem o direito de receber o auxílio acidente mesmo que retorne ao trabalho, já que a indenização é devida pela redução da capacidade laboral. O trabalho tem o foco de mostrar de maneira clara e objetiva quais são os benefícios para a pessoa que sofre o acidente e indicar o seu enquadramento quanto ao benefício. Nesse contexto, o objetivo do presente estudo será uma pesquisa bibliográfica qualitativo de acordo com a legislação mais recente de acordo com a última atualização vigente. Entende-se que o auxílio acidente é um direito de todas as pessoas, e muitos segurados da previdência social não têm ideia da sua aplicação.

**Palavras-Chaves:** Auxílio Acidente. Previdência Social. Incapacidade. Seguridade Social.

**ABSTRACT:** Accident aid is a social security benefit of indemnification condition, being due to the insured injured, when, after the consolidation of injuries resulting from accidents of any nature, there are sequelae that cause a reduction in the capacity for habitual work activity, including work accidents, resulting in sequelae that imply a reduction in the capacity for the work that usually performed. The worker has the right to receive the accident aid even if he returns to work, since the compensation is due to the reduction of work capacity. The work focuses on clearly and objectively showing what are the benefits for the person who suffers the accident and indicate its framework for the benefit. In this context, the objective of the present study will be a qualitative bibliographic research according to the most recent legislation according to the latest current update. It is understood that accident aid is a right of all people, and many social security policyholders have no idea of its application.

**Key words:** Accident aid. Social Welfare. Inability. Social security.

## 1 INTRODUÇÃO

Esta nota decorre do entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal, onde se firmou entendimento de que os benefícios previdenciários devem ser concedidos de acordo com a legislação vigente na época da concessão ou da Adversidade (para o caso de o benefício não ter sido concedido ainda).

*O auxílio acidente consiste em um benefício previdenciário pago mensalmente ao segurado empregado (exceto o doméstico), ao trabalhador avulso e ao segurado especial, conforme art. 18, § 1 da Lei nº. 8.213/91, como indenização pela incapacidade ao trabalho, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza resultar em sequelas definitivas que impliquem a redução da capacidade de trabalho que habitualmente exercia. O Anexo III do Regulamento da Previdência Social (Decreto nº. 3.048/99) discrimina, de forma meramente enunciativa, as situações que dão ensejo ao pagamento do auxílio acidente pelo INSS. (ALVARENGA, 2010)*

O Auxílio-Acidente é um benefício de natureza indenizatória pago ao segurado do INSS quando, em decorrência de acidente, apresentar sequela permanente que reduza sua capacidade para o trabalho. Essa situação é avaliada pela perícia médica do INSS. Como se trata de uma indenização, não impede o cidadão de continuar trabalhando.

Se você sofreu qualquer limitação para o seu trabalho decorrente de um acidente, saiba que há a possibilidade de você receber uma renda complementar todos os meses pelo resto de sua vida.

Não se trata de algum tipo de ilegalidade, pelo contrário, a legislação previdenciária garante para você esse direito. Benefício que muitas pessoas do Brasil recebem mensalmente. Neste artigo, iremos explicar a respeito do auxílio-acidente.

## 2 AUXÍLIO-ACIDENTE

É um benefício pago pelo INSS para os segurados que perderam a capacidade produtiva no trabalho em virtude de um acidente. Ele integra os chamados benefícios

incapacitantes do INSS, que, em outras palavras, significa dizer que o segurado receberá um valor do INSS porque possui algum tipo de incapacidade.

Um ponto importante a ser salientado é que a lei não faz distinção do tipo de acidente. Assim sendo, o segurado pode requerer o benefício ainda que o acidente não tenha relação com o trabalho, conhecido como, acidente de qualquer natureza.

De acordo com (ALVARENGA, 2010), conta que:

*O auxílio-acidente constitui benefício que será concedido ao segurado quando de lesões decorrentes de qualquer que seja o acidente resultar sequelas que reduzam a capacidade para o trabalho que habitualmente exercia, conforme o art. 86 da Lei 8.213/91, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social.*

*Por acidente de qualquer natureza, de acordo com o parágrafo único do art. 30 do RPS, entende-se como "aquele de origem traumática e por exposição a agentes exógenos (físicos, químicos e biológicos), que acarrete lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte, a perda, ou a redução permanente ou temporária da capacidade laborativa".*

Nos casos em que os danos funcionais ou a redução da capacidade funcional não repercuta na capacidade laborativa ou nos casos em que a empresa, diante do dano ocorrido, proceda à readaptação profissional do acidentado, não há que se falar na possibilidade de recebimento do auxílio-acidente, de acordo com o que consta no parágrafo quarto do art. 104, do RPS. Isso porque, nesses casos, ele estará hábil para desempenhar suas atividades.

No que tange à necessidade de ser a tutela irreversível, tem o STJ se posicionado no sentido de que tal característica não é imprescindível, não se constituindo um requisito para que o auxílio tratado aqui seja concedido.

## 2.1 Renda mensal do benefício

O auxílio acidente está previsto no Artigo 86 da Lei nº. 8.213/91: "O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente, resultarem sequelas que

impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia, conforme situações discriminadas no regulamento. "

*§ 1º O auxílio-acidente mensal corresponderá a 50% (cinquenta por cento) do benefício de aposentadoria por invalidez a que o segurado teria direito e será devido somente enquanto persistirem as condições de que trata o caput.*

*§ 1º-A. Na hipótese de manutenção das condições que ensejaram o reconhecimento do auxílio-acidente, o auxílio será devido até a véspera do início de qualquer aposentadoria ou até a data do óbito do segurado.*

*§ 2º O auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado, vedada sua acumulação com qualquer aposentadoria.*

*§ 3º O recebimento de salário ou concessão de outro benefício, exceto de aposentadoria, observado o disposto no § 5º, não prejudicará a continuidade do recebimento do auxílio-acidente.*

*§ 4º A perda da audição, em qualquer grau, somente proporcionará a concessão do auxílio-acidente, quando, além do reconhecimento de causalidade entre o trabalho e a doença, resultar, comprovadamente, na redução ou perda da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.*

*§ 6º As sequelas a que se refere o caput serão especificadas em lista elaborada e atualizada a cada três anos pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, de acordo com critérios técnicos e científicos.*

E também Artigo 104 do Regulamento da Previdência Social (Decreto nº. 3.048/99):

*O § 2 do art. 201 da Constituição Federal de 1988 estabelece, como princípio de Previdência Social, a garantia de renda mensal não inferior ao valor do salário mínimo, no que tange aos benefícios substitutivos do salário de contribuição ou do rendimento do trabalho – aposentadoria, pensão por morte, salário maternidade, auxílio reclusão (Lei nº. 8.213/91, art. 2, VI). Em razão disso, a renda mensal do auxílio acidente pode ser paga em valor inferior ao salário mínimo, pois não é benefício substitutivo do salário de contribuição, mas, sim, complementar, em decorrência da redução da capacidade laboral do segurado.*

## 2.2 Data de início do benefício

De acordo com (ALVARENGA, 2010), conta que:

*O auxílio acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio doença, ou da data do requerimento quando não houver concessão de auxílio doença, até a véspera de início de qualquer aposentadoria, ou até a data do óbito do segurado.*

*Contudo, o segurado o recebe trabalhando até o início do recebimento da sua aposentadoria. O seu recebimento independe de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado, vedada, apenas, sua acumulação com qualquer aposentadoria.*

*O recebimento de salário ou concessão de outro benefício, exceto de aposentadoria, não prejudicará a continuidade do recebimento do auxílio acidente.*

*A renda mensal total do auxílio acidente integra o salário de contribuição para fins de cálculo do salário de benefício de qualquer aposentadoria, limitando-se a soma ao máximo do salário de contribuição. Logo, não há possibilidade de se acumular o auxílio acidente com qualquer espécie de aposentadoria,*



*pois os valores recebidos como auxílio acidente são incluídos no cálculo do salário de contribuição.*

*Não é possível a acumulação do auxílio acidente com o auxílio doença, pois o § 2 do art. 86 da Lei n.º 8.213/91 estipula que é com a cessação deste que se inicia o pagamento daquele. Entretanto, o auxílio acidente poderá ser recebido em conjunto com auxílio doença decorrente de outro evento. A cumulação entre os dois auxílios (doença e acidente) somente é vedada, quando ambos decorrerem da mesma causa.*

*Também não é permitido acumular o recebimento de mais de um auxílio acidente (art. 124, V, da Lei n.º 8.213/91). Desse modo, se o segurado empregado (exceto o doméstico) possui mais de um vínculo empregatício, ele fará jus a um único auxílio acidente. Ocorrendo novo acidente e outra seqüela que incapacite o segurado para o trabalho para que se encontre reabilitado, não poderá haver o pagamento de outro auxílio acidente. Assim, caso o segurado, em gozo de auxílio acidente, faça jus a um novo auxílio em virtude da ocorrência de outro evento, serão comparadas as rendas mensais dos dois benefícios e será verificada, pelo INSS, a renda do benefício em maior valor para que seja garantido o auxílio acidente mais vantajoso ao segurado.*

*De acordo com o § 7, art. 104 do Decreto n.º 3.048/99, cabe a concessão de auxílio acidente oriundo de acidente de qualquer natureza ocorrido durante o período de manutenção da qualidade de segurado, desde que atendidas às condições inerentes à espécie.*

### 2.3 Da carência

Conforme dispõe o art. 24 da Lei n. 8213/91, carência é o número mínimo de contribuições mensais necessárias para que o segurado tenha direito ao benefício, consideradas a partir do decurso do primeiro dia dos meses de suas competências.

A concessão de benefício do auxílio acidente independe de carência, basta que seja qualificado como segurado na data do acidente. Tem fundamento no art. 26, III da lei supracitada.

Em seu art. 86, § 2º sustenta:

*“O auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado, vedada sua acumulação com qualquer aposentadoria. (Lei nº 9.528, de 1997).”*

Se o segurado não tiver gozado auxílio doença, o benefício será concedido após a constatação da consolidação de lesão parcial e definitiva, pela perícia médica. (Horvath, 2011)

O art. 23 da Lei 8.213 considera como dia do acidente:

*“[...]no caso de doença profissional ou do trabalho, a data do início da incapacidade laborativa para o exercício da atividade habitual, ou o dia da segregação compulsória, ou o dia em que for realizado o diagnóstico, valendo para este efeito o que ocorrer primeiro.”*

O diagnóstico previsto no aludido artigo é o parecer do perito feito administrativamente pelo INSS.

O Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência pacificada de que o termo inicial do auxílio-acidente concedido judicialmente é a data da juntada do laudo pericial.

#### 2.4 Da cessação do auxílio acidente

De acordo com (ALVARENGA, 2010), conta que:

*O benefício de auxílio acidente é extinto, quando da implantação do benefício de aposentadoria ou quando do óbito do segurado. Por isso, não compreende um benefício vitalício.*

*Na hipótese de reabertura de auxílio doença por acidente de qualquer natureza que deu origem a auxílio acidente, este será suspenso até a cessação do auxílio doença reaberto, oportunidade em que será reativado. O auxílio acidente suspenso será restabelecido após a cessação do auxílio doença reaberto. Assim, se ocorrer novo afastamento de trabalho em razão do mesmo evento que deu origem ao auxílio acidente, este será suspenso, e será restabelecido o auxílio doença enquanto perdurar a incapacidade laboral.*

*Entretanto, se houver novo afastamento de trabalho do segurado por novo evento, o auxílio doença poderá acumular com o auxílio acidente desde que sejam provenientes de eventos distintos.*

### 3 DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA OBTER O BENEFÍCIO

Conforme o art. 86. Caput, da Lei n. 8213/91, temos que:

*“O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente, resultarem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia, conforme situações discriminadas no regulamento.”*

A partir dele, mostra-se necessária a presença dos seguintes requisitos:

- A) Qualidade de segurado;
- B) Acidente de qualquer natureza, isto é, seja acidente de trabalho ou não;
- C) Lesões resultadas do acidente;
- D) Consolidação das lesões decorrentes desse acidente e redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.

Importante dizer que para requerer um benefício, é preciso agendar o atendimento pelo portal da Previdência Social, no site ou através da Central 135.

Através do site do INSS, o segurado encontra o que é necessário ter em mãos para realizar o agendamento: nome, data de nascimento e número de Identificação do Trabalhador – NIT ou PIS/PASEP ou, para agendamento de benefício assistencial ao portador de deficiência, o CPF; número de telefone para contato.

Para concessão do auxílio-acidente, é feita uma avaliação por perito médico oficial, do INSS. Se comprovada a incapacidade parcial ou definitiva através da constatação de uma sequela definitiva, resultada de acidente, que se enquadre no citado art. 86, isto é, com redução da capacidade para o trabalho habitual, o trabalhador receberá a indenização referente ao benefício.

O perito médico, quando emite parecer contrário ao benefício, com base na legislação, não sugere que inexistente doença, mas apenas que o segurado consegue realizar suas atividades habituais no trabalho.

O anexo III do Regulamento da Previdência Social (Decreto 3.048/99) estabelece de maneira exemplificativa as situações que geram o direito ao benefício em questão. Entre elas, podemos citar a “redução da força e/ou da capacidade funcional da mão, do punho, do antebraço ou de todo o membro superior em grau sofrível ou inferior da classificação de desempenho muscular”; “perda da audição no ouvido acidentado”; “perda de segmento ao nível ou acima do carpo”; entre outros.

O § 4º do art. 104 do Decreto 3.048/99 dispõe que não será concedido o benefício nos seguintes casos:

“I - que apresente danos funcionais ou redução da capacidade funcional sem repercussão na capacidade laborativa;

II - de mudança de função, mediante readaptação profissional promovida pela empresa, como medida preventiva, em decorrência de inadequação do local de trabalho.”

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo, que tem por objetivo trazer a luz do conhecimento o benefício previdenciário de auxílio-acidente. Está amparado tanto no texto constitucional, como em legislação específica. Embora não se tenha aprofundado o tema, subentende-se que o auxílio-acidente, bem como os demais benefícios previdenciários são um direito do trabalhador brasileiro e que deve ser de conhecimento de todos os seus direitos.

Além disso o benefício previdenciário prova sua eficiência já que o trabalhador pode trabalhar e receber o auxílio acidente, já que o trabalhador não terá as mesmas oportunidades de crescimento profissional se a categoria do mesmo for em cima de ganhos por produtividade.

Com a entrada em vigor da medida provisória 905/2019, a nova redação retira o termo de “qualquer natureza”, dando a entender que ele se restringirá a eventos profissionais, além da limitação das hipóteses de concessão. Por fim o auxílio acidente vai ser concedido com base numa lista de sequelas que serão atualizadas a cada três anos.

#### REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **O auxílio acidente no Direito Previdenciário**. Em: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 78, jul 2010. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-previdenciario/o-auxilio-acidente-no-direito-previdenciario/>>. Acesso em 15 jun. 2019.

BRASIL. Lei n. 8213, de 24 de Julho de 1991. Dos Planos de Benefícios da Previdência Social.

\_\_\_\_\_. Decreto 3.048 de 06 de Maio de 1999. Do Regulamento da Previdência Social.

\_\_\_\_\_. Artigo 104, Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 20 nov. 2019.

#### NOTAS:

[1] Docente mestre do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru – e-mail: [andrea.escarabelo@universidadebrasil.edu.br](mailto:andrea.escarabelo@universidadebrasil.edu.br)

[2] Docente mestre do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru – e-mail: [wascavassa@hotmail.com](mailto:wascavassa@hotmail.com)

## **A INCLUSÃO DA MULHER TRANSEXUAL NO ESPORTE E AS CONSEQUÊNCIAS DESPORTIVAS PARA O CONTEXTO FEMININO**

**LAURA ANDRADE:** Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário Católica do Tocantins.

LEONARDO NAVARRO AQUILINO[1]

(orientador)

**RESUMO:** Este artigo é um estudo sobre a necessidade de uma nova análise equitativa quanto a inclusão das atletas transexuais no contexto profissional desportivo, tendo em vista que está afetando o profissionalismo, mérito, conquistas, títulos e medalhas de todas as atletas, o que inclui, portanto, as mulheres transexuais. Trata-se, também, de um trabalho de observação do contexto histórico da mulher, que apresenta, de forma contextualizada, e baseado em bibliografias e pesquisas diversas, princípios e direitos presentes nas Constituições da República Federativa do Brasil desde 1824 a 1988, em conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana. Demonstra que, desde os primórdios, as mulheres sofrem com a sua representatividade cerceada pelos interesses masculinos e as pessoas transexuais enfrentam preconceitos em seu contexto social e científico.

**Palavras-Chave:** Transexual; equitativo; profissional; Comitê Internacional Olímpico; entidades esportivas; testosterona.

**ABSTRACT:** This article is a study about the need of a new analysis regarding the inclusion of transsexual athletes in the professional sporty context, considering that it is affecting the professionalism, merit, achievements, titles and medals of all athletes, which therefore includes women transsexuals. It is also an compilation of observations regarding the women historical context, bringing, in a contextualized way and based on literature, principles and rights present in the Constituion of the Federative Republic of Brazil, from 1824 to 1988, considering the principle of human being dignity. It shows that, since the beginning, women have suffered from their representativeness, limited by male interests and transsexual people have their social and scientific context harmed.

**Keywords:** Transexual; equitable; professional; Internacional Olympic Committe; Sporting entities; testosterone.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1. TRANSEXUALIDADE E A CIÊNCIA. 2. TRANSEXUALIDADE E A CONSEQUÊNCIA NO ESPORTE. 3. ANÁLISE DE IGUALDADE



POR MEIO DA EQUIDADE. 4. DESEMPENHO DE ATLETAS TRANSEXUAIS NO ESPORTE FEMININO. 5. A MULHER TRANSEXUAL NO CONTEXTO SOCIAL. 6. MULHERES NO CONTEXTO SOCIAL E ESPORTIVO. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

## **INTRODUÇÃO**

Analisando o contexto contemporâneo social, nota-se que há, como fuga das consequências do sistema progressista, a escolha da decisão prática ao invés da necessária. A impulsividade e o radicalismo nas escolhas que buscam uma engenharia social estão atingindo a categoria feminina.

No cenário desportivo, nota-se a inclusão das transexuais apenas em 2004 pela Diretriz do Comitê Olímpico Internacional (COI), após incansáveis e exaustivas lutas sociais em busca dos mesmos direitos daquelas que se enquadram em seu gênero sexual, as mulheres. Não tão distante quanto, o sexo feminino ganhou notoriedade no mundo do esporte exclusivamente no ano de 1900 e, como se não bastasse, apenas extraoficialmente, não sendo consideradas atletas e não ganhando premiações, mas sim meros certificados (CAPITAL, 2019).

Atualmente, vê-se um anseio e pressão social para a não exclusão das transexuais no âmbito profissional esportivo, jurídico e social. Entretanto, deixam de analisar as consequências que a inclusão no esporte traz perante a identidade biológica masculina que a transexual carregava anteriormente à mudança de seu corpo para adequação do seu gênero. Ou seja, a influência que estes fatores tiveram em seu corpo e resultados em quesitos como força, velocidade, resistência, além de outras características que podem ser mais vantajosas para estas no contexto esportivo, mas indiferentes no contexto social.

Diante do alto índice de violência contra transexuais no Brasil, especialmente em relação as mulheres, principalmente no âmbito doméstico, nota-se a necessidade de inclusão da mulher transexual no rol de vítimas da Lei Maria da Penha (11.340/2006), como pretende o Projeto de Lei do Senado nº 191/2017 que, no momento, aguarda deliberação do Senado Federal. A Lei 11.340/2006 é considerada a medida ideal de política pública de combate à violência contra a mulher. Portanto, vislumbra-se que a necessidade de inclusão da transexual na Lei Maria da Penha não está associada à carga hormonal masculina que esta recebeu antes da mudança de seu gênero sexual, mas sim à violência que sofre pelo simples fato de serem mulheres.

Desse modo, observa-se que a análise do enquadramento da mulher transexual no esporte não deve ser restrita à observância do seu contexto social, uma vez que, diante desta ótica, já é evidente o seu reconhecimento como mulher.

## 1. TRANSEXUALIDADE E A CIÊNCIA

No dia 18 de junho de 2018, a Organização Mundial de Saúde (OMS) divulgou a nova Classificação Internacional de Doenças (CID 11). Em 2019, especificadamente no dia 20 de maio, foi apresentada para adoção dos Estados Membros. Já a entrada em vigor ocorrerá dia 1º de janeiro de 2022. A Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS), afirma que esse período entre “divulgação” e “entrada em vigor” é para uma pré-visualização, o que permitirá que os países planejem seu uso, preparem traduções e treinem profissionais da saúde (BRASIL, 2018).

A partir do dia 20 de maio de 2019, os Estados Membros tomaram conhecimento que a transexualidade não é mais considerada um transtorno, mas sim um processo de saúde sexual, tendo em vista que se enquadra na HA-61 (incongruência de gênero detectada na infância, adolescência e fase adulta). Assim, pessoas que se encaixam nesta categoria não são mais consideradas possuidoras de transtorno mental (R-64), e poderão fazer uso de terapia hormonal e procedimentos cirúrgicos, além de assistência psicológica para uma melhor condição de saúde.

Destaca-se que a homossexualidade também era considerada como um transtorno psicológico desde 1973. Entretanto, diferente da transexualidade, a temática foi retirada em 17 de maio de 1990. No Brasil, o Conselho Federal de Psicologia já havia deixado de considerar a opção sexual como doença em 1985 (PSICOLOGIA, 2019). Com essa conquista social, o dia 17 de maio ficou marcado como o Dia Internacional Contra a Homofobia.

Observando este marco histórico, nota-se o que o psicanalista Jacques Lacan afirmou em seu estudo da psicanálise, “nós não somos um corpo, nós temos um corpo”. Para melhor entendimento, o professor, médico psiquiatra e escritor Marco Antonio Coutinho Jorge e a psicanalista e escritora Natália Pereira Travassos (2018), afirmam no livro “O corpo entre o sujeito e a ciência”, que há uma distância impossível de ser preenchida entre o sujeito e seu corpo. Após inúmeros anos de estudo, conseguiram compreender que a transexualidade não é um distúrbio mental, mas sim uma disforia de gênero; ou seja, inadequação da sua identidade de gênero ao seu corpo.

Ocorre que a ciência está em fase de transição, tendo em vista que os Países Membros da OMS estão adequando suas pesquisas quanto aos transexuais para a área de condição de saúde e não mais patologia. Logo, os estudos estão sendo desenvolvidos neste novo contexto científico.

Portanto, com esta notória necessidade de adequação da ciência, decisões estão sendo tomadas de maneira precipitada, uma vez que utilizam o discurso de

tolerância para disfarçar a intolerância que possuem com o sexo feminino e optam por ações momentâneas, não voltadas ao longo prazo, e que estão trazendo consequências significativas às mulheres, grupo em que se inclui as transexuais.

A escassez de investimento em estudo para comprovar os benefícios que a testosterona teve no corpo da mulher transexual antes do tratamento hormonal está afetando a categoria profissional esportiva feminina. Isso porque aquelas que passaram pela ação deste hormônio podem estar sendo beneficiadas.

De acordo com Gooren e Bunck (2004, tradução nossa), ao analisar a massa óssea em crianças pré-púberes, explicou que a fisiologia humana até a puberdade não se difere quanto à estatura, massa óssea e massa muscular entre os garotos e as garotas. Entretanto, com a exposição ou não aos hormônios do seu sexo biológico, há variações que diferenciam quanto a força, massa muscular, massa óssea e estatura, que em homens adultos é, em média, 12-15cm maior quando comparada a mulheres adultas.

Logo, as mulheres transexuais, que realizaram a terapia hormonal após a puberdade, podem ter mais vantagens quanto ao desempenho físico, uma vez que têm maior período de ação do hormônio no desenvolvimento de seu corpo.

Certamente, existem alguns efeitos da testosterona que não podem ser revertidos, incluindo (principalmente) seu efeito sobre altura pós-puberal em homens. Os homens são, em média, mais altos que as mulheres, com o crescimento puberal responsável pela maior parte da diferença de gênero. Essa discrepância de gênero em altura pode ser interpretada como uma forma de vantagem injusta no desempenho dos atletas transexuais masculinos e femininos que participarem de esportes cuja altura é considerada importante, como vôlei, basquete e netball (REESER, 2005, pag. 698, tradução nossa).

## **2. TRANSEXUALIDADE E A CONSEQUÊNCIA NO ESPORTE**

É certo que o esporte possui um papel importante para a promoção da atividade física como forma de promover desenvolvimento social e inclusão de grupos minoritários, como mulheres, refugiados, deficientes físicos e transexuais.

Porém, quando se observa pela ótica do profissionalismo esportivo, não se pode levar apenas pelo viés do contexto social, uma vez que afeta a carreira profissional e envolve, principalmente, a sobrevivência econômica frente ao mundo capitalista, em que o resultado de competições é a renda de subsistência de cada atleta.

As mulheres, ao entrarem no esporte de alto rendimento, são submetidas a testes rigorosos de controle antidoping por todas as entidades esportivas, incluindo a Agência Mundial Antidoping (WADA), para provar que os seus corpos não estão sendo construídos em nenhum momento pelo hormônio testosterona.

Esses testes buscam identificar, não somente o uso artificial do hormônio masculino, mas também o produzido naturalmente, como o caso das atletas velocistas cisgêneras Dutee Chand e Caster Semanya, que, conforme a coluna de esportes da revista El País (2019), foram impedidas de competir por possuírem um Transtorno do Desenvolvimento Sexual (DSD), o que aumenta a produção do hormônio testosterona de forma natural no organismo.

Conclui-se que existem mulheres que não passaram por terapia hormonal e que produzem maior nível de testosterona pelo seu próprio corpo. Entretanto, estas são penalizadas, pois perdem todas as premiações, medalhas e títulos que conquistaram com o auxílio desse hormônio, tendo em vista a responsabilidade objetiva dos atletas que são flagrados em exames antidoping (PANISA, DORIGON, 2017).

Assim, para melhor elucidação, caso o Comitê Internacional Olímpico suspeitasse de uma atleta mulher de alto rendimento que tenha desenvolvido um Transtorno do Desenvolvimento Sexual (DSD) em determinada data, iria refazer o exame de antidoping. Caso fosse detectada anormalidade no nível de testosterona, ela perderia conquistas, títulos e medalhas que puderam ter auxílio do hormônio da testosterona. Tal procedimento é para evitar disputas desleais quanto ao desempenho das atletas.

O esporte deve ser considerado um grande mecanismo de conquistas femininas, em que sempre revelou o mérito das mulheres àqueles que tentaram impor limites aos sonhos de todas que lutaram e lutam para mostrar o seu verdadeiro valor, talento, capacidade de superação e mérito. Entretanto, a forma como tem sido feita a inclusão das mulheres transexuais não está baseada na equidade para com as mulheres cisgêneras (mulheres que nasceram com o seu corpo compatível à sua identidade de gênero).

Assim, quando existirem testes que descubram a quantidade de hormônio da testosterona presente no corpo daquela profissional transexual de alto rendimento anteriormente a terapia hormonal, esta atleta também poderá perder conquistas, títulos e medalhas, como o que ocorre com as atletas que possuem Transtornos de Desenvolvimento Sexual e que tiveram a testosterona contribuindo para seu desenvolvimento corporal.

Segundo Reserva de Atleta (1996, p. 12) , citado por Bernabé e Quirino (2020, p. 14), A atleta brasileira de judô Edinanci Fernandes Silva, nos Jogos Olímpicos de Atlanta, “descobriu, quando se submeteu ao teste de feminilidade, que tinha órgãos genitais externos femininos e testículos internos. Em abril de 1996, foi submetida a uma cirurgia de retirada de testículos e extirpação do clítoris” para se adequar aos parâmetros do COI, uma vez que, nascida mulher, apresentava características masculinas.

Uma mulher transexual que realizou o início da sua terapia hormonal aos 30 anos, possuiu 29 anos da sua vida com a produção hormonal de testosterona muito maior do que a produção hormonal feminina. Isso acaba influenciando o tamanho dos órgãos, coração, pulmões, parte óssea (GOOREN, BUNCK, 2004, tradução nossa), ou seja, componentes do aparelho locomotor e cardiopulmonar frente as mulheres que não realizaram terapia hormonal para adequação ao seu gênero.

A Diretriz do Comitê Olímpico permitiu por Carta Olímpica (Documento que rege o movimento olímpico internacional) que para aqueles homens biológicos que querem fazer a transição, não é mais obrigatória a cirurgia de redesignação sexual, bastando, para tal, que estejam 12 meses com valores de testosterona abaixo de 10 nanomols/litro (COMMITTE, 2016).

A Associação Internacional de Federações de Atletismo (IAAF) vem alertando sobre uma possível vantagem das mulheres transexuais frente as cisgêneros, tendo em vista que acreditam que mulheres transexuais que fizeram terapia hormonal após a puberdade já sofreram a influência mais decisiva do hormônio da testosterona.

A IAAF, na reunião da Federação Internacional de Atletismo, realizada em Doha, no Catar, no ano de 2019, decidiu que mulheres transexuais e as cisgêneros que produzem naturalmente o hormônio da testosterona, devem ter concentração sérica deste hormônio inferior a cinco nanomols/litro, reduzindo o limite que antes era de 10 nanomols (TESSAROLO, 2019).

É válido destacar que esta mesma federação exigiu que as participantes do sexo feminino no Campeonato Europeu de Atletismo no ano de 1966 desfilassem nuas diante de médicas, a fim de confirmarem sua “feminilidade”. Todas as 243 atletas foram submetidas a esta humilhação aprovada pelo órgão (PRADO, 2014).

### **3. ANÁLISE DE IGUALDADE POR MEIO DA EQUIDADE**

A vida coletiva cada vez mais impõe a necessidade de conceder o espaço para a individualização. As sociedades contemporâneas têm presado pelo princípio da igualdade, embasado nos direitos humanos, que asseguram condições de vida e de

dignidade para as pessoas. A igualdade não é necessariamente “ser o mesmo”, uma vez que deve ser entendida como um princípio que admite o convívio e o respeito das diferenças, prezando pela resolução de conflitos referentes às desigualdades.

A partir do estudo da Teoria da Justiça, realizado por John Rawls (1971), e citado por Branco (2008, p. 6), “a justiça começou a ser identificada com igualdade política e social, referindo-se ao ideal de uma sociedade justa que proporciona um tratamento equitativo e uma justa distribuição dos benefícios sociais (a ideia de justiça distributiva)”.

O direito de acesso à justiça de maneira equitativa é um direito humano fundamental, com expressão na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1940) e na Convenção para Proteção dos Direitos do Homem das Liberdades Fundamentais (1950).

Artigo 6.º - “1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça” (CONVENÇÃO PARA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS, 1950).

A justiça e o direito estão intimamente ligados, já que, de acordo com Hoecke (2002, p. 59) e citado por Branco (2008, p. 6), o direito tem a pretensão de conter um mínimo de justiça e de equidade. Um sistema jurídico completamente injusto entraria em colapso, já que ninguém o aceitaria. Portanto, para se buscar a equidade, há necessidade da aproximação das mudanças sociais, através da redução da complexidade e do formalismo (BRANCO, 2008), observando o cenário de transição que a ciência está passando em relação ao conceito de transexualidade.



Diante da notória transição que os Países Membros da Organização Mundial da Saúde estão se adequando desde o dia 20 de maio de 2019, as regularizações sobre a participação de mulheres transexuais no esporte de alto rendimento devem ser observadas sobre o viés do direito à equidade, uma vez que não se deve permitir a possibilidade de qualquer tipo de benefício. Observa-se que, tanto as mulheres transexuais, quanto as cisgêneros possuem este direito garantido, cabendo ser reconhecido na instância ou entidade à qual se reconheça legítima, sendo esta responsável de dirimir a eventual temática hormonal e fisiológica.

#### **4. DESEMPENHO DE ATLETAS TRANSEXUAIS NO ESPORTE FEMININO**

Como consequência de conclusões precipitadas, embasamento científico limitado e perante a “novidade” da temática para a ciência, decisões radicais estão sendo tomadas, tendo em vista que não estão sendo analisadas de forma equitativa. As consequências estão sendo escancaradas com exemplos marcantes. Para melhor elucidação, serão citadas cinco atletas transexuais a seguir.

Mary Gregory, praticante do esporte de levantamento de peso. Conquistou quatro recordes mundiais femininos em um único dia no evento *Raw Powerlifting Federation*, sendo eles: *Masters World Squat*, *Open Word Bench Press*, *Masters World Deadlift* e *Masters World Total*.

Fallon Fox, lutadora de MMA que ficou conhecida por causar uma concussão de fratura orbital, que requer grande força, e sete pontos na cabeça de sua oponente Tamikka Brents no ano de 2014.

Terry Miller, atleta velocista de Connecticut (EUA), que quebrou recordes locais no campeonato estudantil nas corridas de 100 e 200 metros feminino, ganhando em primeiro lugar, ficando em segundo lugar a Andraya Yarwood, outra atleta transexual.

Cece Telfer, que anteriormente à terapia hormonal competia nos 100 metros masculino na liga universitária da segunda divisão dos Estados Unidos, sendo ranking 200 no ano de 2016; em 2017 sua classificação caiu para ranking 390 na liga masculina; em 2018 realizou a transição, em que ficou um ano com bloqueador de testosterona como recomendado pelo Comitê Olímpico Internacional e em 2019 foi campeã NCAA de atletismo na modalidade feminina.

A corredora americana cisgênero de 100 metros, Flores Grif Joiner, detém até hoje o recorde mundial olímpico feminino de 100 metros rasos, sendo de 10, 49 segundos (desde 1988). Rudolph Blaze Ingram, corredor cisgênero de 100 metros, ficou conhecido por participar de uma competição infantil aos 7 anos e bater o tempo de 13,48 segundos. Caso Blaze fosse uma criança transexual e realizasse a terapia

hormonal aos 16 anos de idade, com os treinos e os efeitos pretéritos do hormônio da testosterona em seu corpo, possuiria grandes chances de bater o recorde olímpico feminino ao participar futuramente de competições de alto rendimento.

“É muito frustrante e sofrido quando as meninas estão na linha de largada e já sabem que esses atletas vão vencer, por mais que elas se esforcem”, disse Selina ao Daily Signal. “Eles tiraram vagas de meninas, atletas que mereciam... entre elas, eu (BOLAR, 2019, documento eletrônico).

Outra consequência grave é que o esporte depende de patrocínio; logo, empresas querem atletas que dão resultados e carreguem suas marcas em pódios e chegadas. Assim, mulheres transexuais que estão ganhando destaque em competições femininas acabam recebendo maior atenção do que as mulheres cisgêneros, diante dos rendimentos demonstrados (FISHER, KNUST, JOHNSON, 2013, tradução nossa).

De acordo com a Doutora Ramona Krutzik, endocrinologista californiana que estuda os hormônios humanos há 19 anos, existem diferenças fisiológicas que dão vantagem ao sexo masculino quando se trata de densidade óssea e massa muscular. Assim como muitos outros profissionais da área, ela também defende que um ano de terapia hormonal não é suficiente e que seria necessário aproximadamente 15 anos para começar a notar mudanças significantes na densidade óssea (CHELLA, 2019).

Para Edésio Fernandes (2005, p. 24), no seu artigo “Direito e Gestão na Construção da Cidade Democrática no Brasil”: “a proposta progressista é o reconhecimento dos direitos coletivos”. Ou seja, deve-se garantir todos os direitos daqueles que estão inseridos em um contexto social. Entretanto, a questão paira sobre a ausência de equidade na distribuição desta igualdade de direitos das mulheres transexuais.

Infelizmente nota-se novamente um grave descaso perante as mulheres, tendo em vista que estas sofrem a anos com a falta de preocupação tanto no contexto social, quanto no político e esportivo. Mesmo que a sociedade lute cada dia mais para impor o respeito, equidade, inclusão social e esportiva das mulheres, ainda há bastante desdém em decisões que se contrapõem com a agenda político-ideológica que visa uma engenharia social. Ocorre, então, um experimento em nome de uma suposta tolerância, travestida de intolerância com as mulheres.

## **5.A MULHER TRANSEXUAL NO CONTEXTO SOCIAL**

Para a ciência, até o dia 20 de maio de 2019, o tema transexualidade era encarado como patologia, como está incluso a histeria, por exemplo. Diante do 'Estudo Sobre Histeria', realizado pelos médicos neurologistas Sigmund Freud e Josef Breuer em 1895, esta patologia apresenta como pontos fundamentais: que existe um trauma que causa esta doença, fazendo com que os sintomas histéricos fizessem sentido. Assim, estes traumas tinham ligação com impulsos libidinais que haviam sido reprimidos. Portanto, para a cura, seriam necessárias lembranças desse trauma, fazendo com que a catarse fosse o caminho para a cura. Com a lembrança das histórias que estavam por trás dos sintomas, estes seriam eliminados através de sugestão (MOURA, 2009). Logo, a transexualidade se curaria da mesma forma.

Freud, no século XIX, foi aluno do médico e cientista Jean Martin Charcot, que defendia a histeria como sendo um transtorno fisiopático do sistema nervoso. Ainda que o professor e psicanalista conseguisse compreender que existe diferença entre histeria e epilepsia, por exemplo, não conseguia depreender ainda a diferença entre uma patologia do sistema nervoso com a psicossomática, em que se encontra a histeria (MOURA, 2009). Logo, demonstrava-se a escassez científica do estudo sobre comportamento humano e muito distante da compreensão de uma futura disforia de gênero, que se inclui as pessoas transexuais.

Portanto, só no ano de 2019, a ciência apresentou para os Estados Membros que as pessoas transexuais não possuem uma patologia, como tal a histeria e a epilepsia. Este novo tópico está sendo debatido há anos por sociólogos, filósofos, educadores, grandes empresas, pais e médicos de várias áreas que investiram em estudos iniciais para ajudar esta pauta tão importante, motor principal para a inclusão das pessoas transexuais no contexto social, aceitando-as como pessoas normais, assim como qualquer ser humano.

De acordo com o Conselho Federal de Medicina (CFM) em sua resolução 2.265/2019, a idade mínima para realizar a terapia hormonal de transição de gênero é de 16 anos. Antes dessa idade, os adolescentes e crianças transgêneros devem ser acompanhados por psicólogos. Foi liberado, em caráter experimental, medicamentos que fazem o bloqueio hormonal da puberdade em jovens menores de 16 anos. Neste caso, deverão ser seguidos os protocolos definidos pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conesp) e realizados em hospitais de referência, sendo que para a intervenção em crianças depende de avaliação médica para cada paciente, feita com base em um método científico (PEBMED, 2020).

O projeto americano chamado *TransYouth Project E Gender Development*, convidam pais que tenham crianças transexuais para incluírem seus

filhos em observações comportamentais, para que seja realizado estudos que facilitem no entender do desenvolvimento de gênero nas crianças.

Este projeto foi criado em 2013, em que se iniciou com crianças entre 3 a 12 anos, que já eram assumidas publicamente como transgênero, tendo um grupo controle de crianças cisgênero. O resultado que pretendia encontrar era a comparação entre as crianças cisgêneros e transexuais.

O estudo chamado "*Early Findings From the TransYouth ProjeCT: Gender Development In Transgender Children*", publicado em 2017 e embasado no projeto acima citado, concluiu que crianças transgêneros assemelham a crianças cisgênero. Ao mesmo tempo, foram comparadas crianças transgêneros e seus irmãos cisgênero. O resultado foi que estes irmãos demonstraram que há menos probabilidade de crianças que estereotipem de acordo com o gênero e de haver maior tolerância a não conformidade de gênero em outras pessoas, uma vez que entendem que a experiência de gênero possa variar. Ou seja, conseguem entender que no futuro, uma pessoa que não está em conformidade com o seu corpo, possa mudá-lo ao longo da vida (OLSON, GULGOZ, 2017, tradução nossa).

O estudo comprovou que as visões de gênero sugerem que não é preciso ser transexual para pensar com flexibilidade. Portanto, afirmam que a educação sexual e de gênero irá ser o facilitador para a inclusão das pessoas transexuais no contexto social desde a infância (OLSON, GULGOZ, 2017, tradução nossa). As escolas deveriam ser o principal meio de aprendizado dessa tolerância, tendo em vista que possuem diversas educações, tal como a física, entretanto não possui a emocional.

Caso esta pauta fosse inserida, poderia facilitar a diminuição de problemas psicopatológicos em pessoas transexuais, como ansiedade, depressão e pânico e melhoraria a sua expectativa de vida, que no Brasil, é de 35 anos (BORTONI, 2017).

Em meio a tanta diversidade sociosexual faz parte da história pessoas homofóbicas que não compreendem e não respeitam o diferente, por isso o preconceito e a intolerância ainda se impõem como barreiras ao respeito às diferenças, inclusive na abertura de outras oportunidades para esse segmento na vida em sociedade (RIBERTI, BOSSO, SOUZA, 2012, documento eletrônico).

A questão de elevada necessidade da inclusão das mulheres transexuais no rol de vítimas da Lei 11.340/2006 (Maria da Penha) está em grande parte subordinada a proteção destas referente aos preconceitos que vivem, tanto por serem mulheres quanto por serem transexuais. Esta parcela feminina carrega a transfobia somada ao

machismo que, duplamente, não aceita o fato de poderem conviver em sociedade, com segurança e respeito à sua dignidade e à escolha do seu próprio corpo.

O Projeto de Lei nº 191 de 2017 do Senado Federal que está em tramitação, pronto para deliberação do plenário desde 10 de junho de 2019, pretende alterar a redação do art. 2º da Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha, para assegurar à mulher as oportunidades e facilidades para viver sem violência, **independentemente de sua identidade de gênero** (SENADO FEDERAL, 2017, documento eletrônico). Isto é, estabelecer e garantir direitos às mulheres cisgêneros e transgêneros.

É válido destacar que essa lei foi aprovada em 2006, ou seja, mais de 19 anos após o início da necessária e emblemática luta judicial que motivou sua criação (Maria da Penha Maia Fernandes, mulher, vítima de violência doméstica e tentativa de homicídio realizada pelo seu ex-marido, em 1983).

Observa-se que a possibilidade da inclusão da Lei 11.340/2006 no ordenamento jurídico brasileiro se deu ao fato da Comissão Interamericana de Direitos Humanos ter recebido denúncia da vítima Maria da Penha Maia Fernandes; do Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL) e do Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), o qual alegava a tolerância da República Federativa do Brasil para com a violência cometida por Marcos Antônio Heredia Viveiros contra até então sua esposa Maria da Penha Maia Fernandes (HUMANOS, 2001).

Conclui-se que, diferentemente da inclusão da mulher transexual no contexto profissional esportivo, a alteração da Lei 11.340/2006, que visa garantir a proteção de TODAS as mulheres, não está associada à carga hormonal masculina que a transexual recebeu antes da terapia hormonal, mas sim à violência que sofrem pelo simples fato de serem mulheres.

Toda mulher, independentemente, da orientação sexual, raça, classe, renda, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa, sendo-lhe asseguradas medidas de proteção em situação de violência e, principalmente, no seu reconhecimento como mulher no mercado de trabalho.

Segundo a Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA), 90% das mulheres transexuais e travestis são acometidas pela prostituição compulsória, grande parte relacionado ao fato que abandonam o ensino médio entre os 14 e 18 anos em função da discriminação na escola e da falta de apoio familiar (TRANSEXUAIS, 2020).

Ainda hoje as travestis não são reconhecidas, nem respeitadas, trabalham em péssimas condições, com poucos recursos e são vistas como objetos de uso sexual. Encontram-se ainda acuadas pelo vandalismo e os mais diversos tipos de agressões, traduzindo em condições humilhantes de trabalho (RIBERTI, BOSSO, SOUZA, 2012, documento eletrônico).

Frente a um mundo agraciado com a tecnologia e o fácil acesso à informação, a realidade aos poucos está sendo mudada, tendo em vista que empresas de grande renome, tal como a rede de hipermercados Carrefour, estão incentivando a inclusão das pessoas transexuais no mercado de trabalho.

Outro exemplo são as companhias multinacionais, como Basf e Dow, que buscam profissionais transexuais no início do processo de formação, seja no ensino médio, seja no começo da faculdade. Estas companhias utilizam o Programa Jovem Aprendiz para a captação, pois 80% dos transexuais sequer concluem o Ensino Médio ou ingressam em universidades; por tal motivo, não conseguem atender os requisitos das vagas ofertadas (VEJA, 2018).

Conclui-se que é inegável que as transexuais são mulheres e, para que sejam cada vez mais aceitas, deve-se educar toda a população, de crianças a idosos, sobre esta temática, permitindo e promovendo inclusão, tanto na sociedade quanto no âmbito profissional.

Ocorre que esta inclusão profissional associada a biologia humana, qual seja o esporte, necessita da observância da equidade, uma vez que vem acarretando consequências significativas quanto os resultados esportivos apenas para as mulheres, que se inclui, portanto, as transexuais, haja vista a influência da testosterona no corpo da atleta transexual ao longo da sua vida até o momento que é realizado a terapia hormonal.

## **6.MULHERES NO CONTEXTO SOCIAL E ESPORTIVO**

A desídia da política nacional e brasileira em temas que envolvam assuntos ligados à mulher é notória na evolução do tempo, devido às mudanças exteriores e ao progresso natural das pessoas. Desde os princípios da sociedade, a mulher é enquadrada como pessoa de 2º classe, que possuem sua representatividade cerceada pelos interesses masculinos. Para melhor entendimento, uma breve exposição da realidade das mulheres no contexto social brasileiro e esportivo será feita a seguir.



Anteriormente à Constituição Federal do Brasil de 1988, a mulher possuía uma posição de inferioridade e submissão em relação aos homens. A ferramenta mais poderosa para a luta igualitária entre os sexos foi dada às mulheres, até então na colônia extrativista de Portugal, apenas no ano de 1822, qual seja o reconhecimento ao direito à educação da mulher, isto ainda durante o império (FAHS, 2016). A partir da primeira constituição do Brasil, em 1824, não era explícito quanto a possibilidade de exercício das mulheres nos direitos políticos, somente sendo introduzido no artigo 2º do Código Eleitoral de 1932 (ELEITORAL, 2013).

No ano de 1916 passou a vigor o Código Civil Brasileiro. Neste, a mulher era vista como incapaz ao lado dos filhos menores de idade, a qual se sujeitava ao domínio do marido. Não podia, sem a autorização do marido, ser tutora, curadora, litigar em juízo cível ou comercial, não sendo também permitido exercer profissão, contrair obrigações ou aceitar mandato. Portanto, era poder do homem a administração legal dos bens do casal e dos filhos, sendo inerente ao pátrio poder masculino o direito de usufruir destes bens (DAVID, 2010).

Para uma melhor contextualização, o Código Civil Brasileiro vinha em um formato de “Ordenações Filipinas” que vigorou no Brasil até o ano de 1916. Neste, o marido tinha o direito de aplicar castigos físicos em sua companheira, inclusive dando a oportunidade de tirar-lhe a vida caso desconfiasse ou tivesse conhecimento de um possível adultério, não precisando prová-lo (VIEIRA, 2015). Este ato, repugnante e criminalizado no artigo 121, parágrafo 2º, inciso sexto do atual Código Penal, antigamente, era visto como “proteção à honra” do homem.

É sabido que até o ano de 1932, diante uma cultura patriarcal, a mulher não podia votar e, até um passado não muito distante, em 1977, 43 anos atrás, a mulher era obrigada a adotar o patronímico do marido, lidando com a imposição de “abrir mão” do seu próprio nome para adotar o do seu cônjuge. Também não possuía escolha no regime de bens, devendo obrigatoriamente se casar no sistema de comunhão universal de bens.

Destaca-se que na Constituição Federal de 1946, houve um retrocesso para as mulheres ao eliminar a expressão “sem distinção de sexo” quando diz que todos são iguais perante a lei. Fato é que, apenas na Constituição de 1988, após o “Conselho Nacional dos Direitos das Mulheres” (CNDM) coordenar a campanha nacional “Mulher Constituinte”, que uniu mulheres de diversos setores da sociedade para debater quais direitos a Constituição deveria contemplar, as mulheres puderam enxergar uma possível “igualdade” entre os sexos (MODELLI, 2018).

Esta importante campanha nacional que durou de 1985 até a promulgação da Constituição em 1988, recebeu cartas de milhares de mulheres de diversas regiões do Brasil, com cerca de 80% das propostas incluídas na Constituição Federal de 1988 (MODELLI, 2018).

As mulheres conseguiram conquistas em várias áreas, como por exemplo no capítulo IV do Código Civil de 2005, que abrange o direito de família, em que foi eliminado a figura do homem como chefe da relação conjugal. No âmbito da violência, nota-se o dever do Estado coibir a violência intrafamiliar, o que forneceu a base para que se formulasse a Lei Maria da Penha (MODELLI, 2018).

No contexto esportivo o sexo feminino ganhou notoriedade exclusivamente no ano de 1900 em Paris nas competições como golfe e tênis, em que não havia contato físico e eram considerados esportes esteticamente belos. Entretanto, esta participação se deu de forma extraoficial, não sendo consideradas atletas e não ganhando premiações, apenas meros certificados. Similar ao que aconteceu com a grega Stamati Revithi, nos jogos olímpicos de 1816 na Grécia, que participou extraoficialmente do percurso de uma das maratonas dos jogos, percorrendo no outro dia a última volta fora do estádio, já que a entrada não lhe foi permitida (OLIVEIRA, CHEREM, TURBINO, 2009).

Em 1917, a francesa Alice Melliat fundou a *Fédération Sportive Féminine Internationale* (Federação Esportiva Feminina Internacional – FEFI), que buscava promover a inclusão feminina no esporte e, principalmente, nas Olimpíadas. Tal conquista apenas foi possível nos congressos de 1924 e 1926, quando o Comitê Olímpico Internacional integrou a mulher as Olimpíadas (OLIVEIRA, CHEREM, TURBINO, 2009).

A partir de 1936, jogos de Berlim, fica evidente o crescente número de mulheres nas Olimpíadas, saindo de uma soma inferior a 10% do total de atletas, naquela ocasião, para cerca de 41% do total de atletas nas últimas olimpíadas em 2004 (Atenas) (OLIVEIRA, CHEREM, TUBINO, 2008, pag. 5).

No Brasil, a primeira mulher a representar o país e a América do Sul nos Jogos Olímpicos foi a atleta Maria Lenk, na modalidade de natação, no ano de 1932 (OLIVEIRA, CHEREM, TURBINO, 2009). Apesar do marco histórico, é observado um retrocesso da inclusão das mulheres no esporte no ano de 1941, no período da ditadura militar, quando a legislação brasileira (Decreto-Lei nº 3.199, de 14 de abril de 1941, em seu artigo 54) proibiu diretamente as mulheres de participar de esportes

“incompatíveis com as condições de sua natureza”, como por exemplo o jiu-jitsu. Veja-se:

“Art. 54. Às mulheres, não se permitirá a prática de desportos incompatíveis com as condições de sua natureza, devendo, para este efeito, o Conselho Nacional de Desportos baixar as necessárias instruções às entidades desportivas do país” (DECRETO-LEI Nº 3.199, DE 14 DE ABRIL DE 1941).

Em 1965, O Conselho Nacional de Desportos, através do Deliberação nº 7/65, determinou que não era permitida às mulheres a prática de lutas de qualquer natureza, futebol, futebol de salão, futebol de praia, polo-aquático, pólo, rugby, halterofilismo e baseball (OLIVEIRA, CHEREM, TURBINO, 2009).

Com o passar dos anos, vários movimentos foram realizados para que mulheres participassem do esporte sem restrições. Por exemplo o Joaquim Mamede, presidente da Confederação Brasileira de Judô, que, em 1979, inscreveu suas filhas no campeonato sul-americano de Judô na Argentina, e utilizou apenas seus sobrenomes, tendo em vista que era proibido no Brasil a participação de mulheres neste tipo de competição (OLIVEIRA, CHEREM, TURBINO, 2009).

Após ser descoberto, foi chamado para prestar esclarecimentos do ato, até então ilegal, levando as meninas de quimono com as suas medalhas no peito, demonstrando que elas auxiliaram o Brasil ser campeão na contagem geral de pontos, tendo em vista que a equipe feminina conseguiu o terceiro lugar em três categorias e, somadas as medalhas masculinas, levaram o Brasil a conquistar o título de campeão. Futuramente, este fato contribuíra para a revogação desta proibição através da Deliberação nº 10 em 1979 (OLIVEIRA, CHEREM, TUBINO, 2008).

Conclui-se que a inclusão da mulher no contexto social e esportivo sempre foi cerceada pelos interesses masculinos. Infelizmente, as entidades esportivas continuam impondo limitadores para a participação das mulheres no esporte, tendo em vista que não estão se atentando quanto a realização de decisões equitativas referente a inclusão das mulheres transexuais no esporte de alto rendimento.

A Diretriz do COI, que permite mulheres transexuais participarem das competições após a realização de terapia hormonal durante 12 meses para reduzir sua testosterona abaixo de 10 nanomols/litro, põe em xeque a performance da mulher transexual diante a cisgênero, observando uma diferenciação de tratamento, vez que prepondera o seu desempenho dentro do novo contexto profissional esportivo. Por mais que tenha a redução do nível da testosterona, observa-se que, as

mulheres transexuais, têm maior período de ação deste hormônio no desenvolvimento do seu corpo.

É certo que as críticas quanto a inclusão das transexuais no esporte feminino de alto rendimento não está voltado ao contexto social, mas sim a ciência, tendo em vista que ela é uma mulher que nasceu em um corpo diverso diante uma divisão cromossômica que não houve compatibilidade com a sua identidade de gênero.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Nota-se que, atualmente, para que se tenha um convívio social igualitário, há necessidade de equidades legislativas para as mulheres serem respeitadas e terem, ao menos, proteção (integridade física, psíquica e moral), como na Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006). As transexuais, por serem mulheres, ainda possuem maior sofrimento, pela somatória da transfobia ao machismo. Assim, todas as mulheres vêm sofrendo com o decorrer da história, principalmente no contexto profissional esportivo, tendo em vista que são alvos de decisões precipitadas que afetam diretamente e indiretamente suas carreiras profissionais.

Sob a ótica de uma atleta transexual feminina, pode ser estressante e desestimulante ter que competir entre homens, apesar de ser uma mulher. O mesmo se dá as mulheres cisgêneros que, ao chegarem em competições, observam que ao competir com as transexuais, percebem suas desvantagens biológicas hormonais. Portanto, a política atual do COI ainda precisa ser aprimorada, pois pode estar evitando preconceito por meio de exclusão.

Conclui-se, que para que maiores consequências não acometam às mulheres que lutaram e lutam incansável e exaustivamente para impor a sua posição frente ao esporte, os órgãos regulamentadores devem investir em pesquisas científicas para comprovar as vantagens e desvantagens da testosterona em mulheres transexuais frente as cisgêneros, utilizando a pauta da ciência, tendo em vista que, no contexto social, é por óbvio que devem ser consideradas mulheres.

É importante a realização de pesquisas bem formuladas que provem a existência de vantagens e desvantagens da participação de transexuais nas competições esportivas. A discussão poderia ser mais produtiva e ética por meio de embasamento científico, **o que também teria o objetivo de cessar os ataques e perseguições sofridos pelos críticos que se manifestam publicamente sobre o tema.** As questões a serem debatidas são estritamente fisiológicas, e a responsabilidade deve ser destinada aos órgãos

regulamentadores dos esportes, que **devem estipular condições justas e com base científica** para competições esportivas. Os questionamentos em relação às decisões **“impulsivas”** desses órgãos são urgentes e necessárias, dada a situação atual: **faltam estudos que embasem as decisões e regras estipuladas para a participação de atletas transexuais em competições esportivas** (CHELLA, 2019, documento eletrônico). Grifo não original.

Diante a não aplicação da análise equitativa quanto aos estudos voltados à hormonioterapia, decisões precipitadas estão sendo tomadas para adequar uma ideologia político-partidária radicalista, que desconsidera estudos pretéritos realizados por diversos profissionais da saúde, tais como os doutores Mauras, Dwyer e Ramona Krutzik citados neste artigo, fazendo com que estas mulheres passem por humilhações, subordinações masculinas e inúmeras consequências esportivas, como a perda de conquistas, títulos e medalhas, além de afetar diretamente a sua subsistência como atleta de alto rendimento.

Com isso, uma das formas para a inclusão equitativa das transexuais na profissão esportiva feminina de alto rendimento, é a realização de investimentos pelas entidades esportivas em estudos de métodos científicos sobre os efeitos da testosterona desde o início da vida, até a fase que é permitido a realização da terapia hormonal, para que, com o resultado, possam observar e comparar as vantagens e desvantagens frente a uma mulher cisgênero. Facilitando decisões e regras estipuladas para a participação das transexuais em competições esportivas femininas.

Durante os processos das pesquisas, também é viável o incentivo a inclusão de crianças, adolescentes e jovens adultos transexuais em esportes nos colégios, universidades e clubes esportivos, para que, com a observação e estudos investidos nesta área, possam colher dados empíricos e teóricos frente a esta questão. Além disso, realizarão investimentos em educação, fundamental para redução das taxas de homicídios e da marginalização das pessoas transexuais.

Portanto, este artigo é concluído com a reafirmação de que as entidades esportivas devem investir em estudos científicos voltados aos hormônios para que a inclusão das mulheres transexuais no esporte feminino seja analisada de forma mais realista e menos ideológica, uma vez que as transexuais são mulheres desde o seu nascimento, em que apenas buscam adequar seu corpo a sua identidade de gênero. Logo, não deve ser o radicalismo político-partidário a pautar a inclusão das mulheres transexuais no esporte feminino, mas sim a inclusão equitativa, analisando-

se as consequências biológicas naturais no corpo das atletas transexuais que, por não serem suportadas por estudos determinantes, acabam culminando em deslealdade nas competições femininas de alto rendimento.

## REFERÊNCIAS

BERNABÉ, Ester Gomes; QUIRINO, Raquel. **Divisão sexual do trabalho e esporte: reflexões sobre o campo das lutas e artes marciais**. 2020. 18 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020.

BOLAR, Kelsey. **8º Lugar: a vida de uma atleta após a invasão dos transgêneros no esporte**, 2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/ideias/8o-lugar-a-vida-de-uma-atleta-apos-a-invasao-dos-transgeneros-no-esporte/>. Acesso em: 14 de nov. de 2019.

BORTONI, Larissa. **Expectativa de vida de transexuais é de 35 anos, metade da média nacional**, 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/expectativa-de-vida-de-transexuais-e-de-35-anos-metade-da-media-nacional>. Acesso em: 12 de nov. de 2019.

BRANCO, Patrícia. **O acesso ao direito e à justiça: Um direito humano à compreensão**. Revista Crítica de Ciências Sociais. Coimbra, Oficina do CES nº 305, mai. 2008.

BRASIL, Opas. **OMS divulga nova classificação internacional de Doenças (CID 11)**, 2018. Disponível em: [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5702:oms-divulga-nova-classificacao-internacional-de-doencas-cid-11&Itemid=875](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5702:oms-divulga-nova-classificacao-internacional-de-doencas-cid-11&Itemid=875). Acesso em: 16 de abr. de 2020.

CAPITAL, Carta. **A luta pela inclusão de todas as mulheres nos esportes**, 2019. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/blogs/sororidade-em-pauta/a-luta-pela-inclusao-de-todas-as-mulheres-nos-esportes/>. Acesso em: 09 de out. de 2019.

CHELLA, Bianca. **Qual o problema de transexuais nos esportes femininos?**, 2019. Disponível em: <https://medium.com/qg-feminista/transexuais-nos-esportes-como-a-inclus%C3%A3o-prejudica-mulheres-e-o-esporte-feminino-a380329d0fb6>. Acesso em: 18 de nov. De 2019.



COMMITTEE, International Olympic. **IOC Consensus Meeting on Sex Reassignment and Hyperandrogenism November 2015**, 2016. Disponível em: [https://stillmed.olympic.org/Documents/Commissions\\_PDFfiles/Medical\\_commission/2015-](https://stillmed.olympic.org/Documents/Commissions_PDFfiles/Medical_commission/2015-11_ioc_consensus_meeting_on_sex_reassignment_and_hyperandrogenism-en.pdf)

[11\\_ioc\\_consensus\\_meeting\\_on\\_sex\\_reassignment\\_and\\_hyperandrogenism-en.pdf](https://stillmed.olympic.org/Documents/Commissions_PDFfiles/Medical_commission/2015-11_ioc_consensus_meeting_on_sex_reassignment_and_hyperandrogenism-en.pdf).

Acesso em: 24 de fev. de 2020.

DAVID, Roberta Maria Fernandes de Moura. **Mulher custe o que custar: vanguarda, transgressão e evolução legislativa**, 2010. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/21844/mulher-custe-o-que-custar-vanguarda-transgressao-e-evolucao-legislativa>. Acesso em: 23 de abril de 2020.

DEPUDADOS, Câmara dos. **Decreto-Lei nº 3.199, de 14 de abril de 1941**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3199-14-abril-1941-413238-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 18 de nov. De 2019.

DWYER, T; JOGES, G. **Bone mass in prepubertal children: gender differences and the role of physical activity and sunlight exposure**. Journal of Clinical Endocrinology and Metabolism, Oxford, v. 83, n. 12, p. 4274-4279, dez. 1998.

ELEITORAL, Tribunal Superior. **Há 80 anos mulheres conquistam o direito de votar e ser votadas**, 2013. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2013/Marco/ha-80-anos-mulheres-conquistaram-o-direito-de-votar-e-ser-votadas>. Acesso em: 26 de abr. de 2020.

FAHS, Ana C. Salvatti. **Movimento feminista**, 2016. Disponível em: <https://www.politize.com.br/movimento-feminista/>. Acesso em: 20 de abr. 2020.

FERNANDES, Edésio. **Direito e Gestão na Construção da Cidade Democrática no Brasil**. Oculum Ensaios Revista de Arquitetura e urbanismo, Campinas, n. 4, p. 16-33, 2005.

FISHER, Leslee; KNUST, Susannah; JOHNSON, Alicia. **Theories of Gender and Sport**. Gender Relations in Sport, Huntsville, v. 1, p. 21-38, jan. 2013.

GOOREN, Louis; BUNCK, Mathijs. **Transsexuals and competitive sports**, European Journal of Endocrinology, Amsterdam, v. 151, n.4, p. 425-429, Out. 2004.

HUMANOS, Organização Mundial de Direitos Humanos. **Organização dos Estados Americanos; Relatório nº 54/01; Caso 12.051; Maria da Penha Maia Fernandes; Brasil**, 2001. Disponível

em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 29 de abr. 2020.

JONES, Bethany Alice; BOUMAN, Walter Pierre; HAYCRAFT, Emma. ***Sport and Transgender People: A Systematic Review of the Literature Relating to Sport Participation and Competitive Sport Policies***. Systematic review, Switzerland, v. 47, p. 701-716, abr. 2017.

JORGE, Marcos Antonio Coutinho; TRAVASSOS, Natália Pereira. **Transexualidade, o corpo entre o sujeito e a ciência**. 1º ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

PANISA, Aline Fernandes; DORIGON, Alessandro. **A lei antidoping e os direitos fundamentais do atleta**, 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-lei-antidoping-e-os-direitos-fundamentais-do-atleta/>. Acesso em: 29 de abr. de 2020.

MONDELLI, Laís. **Constituição de 1988 foi avanço nos direitos das mulheres**, 2018. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/constituicao-de-1988-foi-avanco-nos-direitos-das-mulheres/>. Acesso em: 14 de nov. de 2019.

MOURA, Joviane Aparecida. **Introdução ao conceito de histeria**, 2009. Disponível em: <https://psicologado.com.br/abordagens/psicanalise/introducao-a-histeria>. Acesso em: 11 de abr. De 2020.

OLIVEIRA, Gilberto; CHEREM, Eduardo H.L; TUBINO, Manoel J.G. **A inserção histórica da mulher no esporte**. Revista brasileira de ciência e movimento, Brasília, v. 16, n. 2, p. 125-133, jun. 2009.

VIEIRA, Hugo Otavio Tavares. **As ordenações Filipinas: O DNA do Brasil**. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 104, n. 958, p. 748, ago. 2015.

OLSON, Kristina R; GULGOZ, Selin. ***Early Findings From the TransYouth Project: Gender Development in Transgender Children***. Child Development Perspectives, Washington, v. 12, n. 2, nov. 2017.

PAÍS, el. **Caster Semeya é obrigada a se medicar para competir como mulher**, 2019. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/01/deportes/1556703586\\_534718.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/01/deportes/1556703586_534718.html). Acesso em: 14 de abr. de 2020.

PEBMED, portal. **Idade mínima para cirurgia de transição de gênero é reduzida para 18 anos**, 2020. Disponível em: <https://pebmed.com.br/idade-minima-para->

[cirurgia-de-transicao-de-genero-e-reduzida-para-18-anos/](#). Acesso em: 16 de abr. de 2020.

POLÍTICA, conexão. **Levantadora de peso transgênero bate recordes mundiais femininos e incomoda competidoras**, 2019. Disponível em: <https://conexaopolitica.com.br/mundo/levantadora-de-peso-transgenero-bate-recordes-mundiais-femininos-e-incomoda-mulheres-competidoras/>. Acesso em: 18 de abr. de 2020.

PRADO, Vagner Matias do. **Entre ditos e não ditos: a marcação social de diferenças de gênero e sexualidade por intermédio das práticas escolares da Educação Física**. 2014. 259 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Educação, Universidade Estadual Paulista, Presidente Prudente, 2014.

PSICOLOGIA, Conselho Federal de. **Transexualidade não é transtorno mental, oficializa OMS**, 2019. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/transexualidade-nao-e-transtorno-mental-oficializa-oms/>. Acesso em: 14 de abr. de 2020.

REESER, JC. *Gender identity and sport: is the playing field level?*. Sports Medicine, v. 3, n. 39, p. 695-699, set. 2005.

RIBERTI, Rebeca; BOSSO, Rogério; SOUZA, Luciana. **O Papel do Feminino em um Corpo Masculino: Proposta de Análise de Identidade Através de Relatos de Travestis**, 2012. Disponível em: <https://psicologado.com.br/psicologia-geral/sexualidade/o-papel-do-feminino-em-um-corpo-masculino-proposta-de-analise-de-identidade-atraves-de-relatos-de-travestis>. Acesso em: 13 de nov. de 2019.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo, SP: Cortez, 2007.

SILVEIRA, Viviane Teixeira. **TECNOLOGIAS E A MULHER ATLETA: Novas possibilidades de corpos e sexualidades no esporte contemporâneo**. 2013. 173 f. Tese (Doutorado) – Programa de Doutorado Interdisciplinar em Ciências Humanas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.

TESSAROLO, Gabriel Ricobello. **As controvérsias da inclusão de transgêneros no esporte**. 2019. 16 f. Artigo para obtenção de título de Bacharel em Direito, Centro Universitário de Maringá, Maringá, 2019.

TRANSEXUAIS, Associação Nacional de Travestis e. **Assassinatos de pessoas trans voltam a subir em 2020**, 2020. Disponível em: <https://antrabrazil.org/noticias/>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

VEJA. **Com metas de diversidade, empresas recrutam funcionários trans**, 2018. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/com-metas-de-diversidade-empresas-recrutam-funcionarios-trans/>. Acesso em: 16 de abr. de 2020.

NOTA:

[1] Orientador do presente artigo, mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília, professor do Centro Universitário Católica do Tocantins. E-mail: leonardo.navarro@catolica-to.edu.br.

## PROTEÇÃO DO DIREITO À IMAGEM NA INTERNET

**EDILSON SALES DE OLIVEIRA:**

Acadêmico de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

KARINE ALVES GONÇALVES MOTA<sup>[1]</sup>

(orientadora)

**RESUMO:** Os crimes de lesão a imagem cometidos na internet vêm aumentando exponencialmente. A Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012 veio para dispor sobre a tipificação penal de delitos virtuais, alterando o Código Penal quanto à matéria. O presente artigo a seguir traz à baila breves considerações sobre o que o ordenamento pátrio estabelece sobre o direito à imagem na internet. O direito à imagem está atrelado ao direito de personalidade e confere à pessoa a capacidade de usar a própria imagem, dispor dela e reproduzi-la, podendo haver caráter comercial ou não na sua utilização. O dano moral a imagem visto sob a perspectiva do crime virtual, é aquele que atinge o sujeito como pessoa, e a lesão recai especificamente sobre os direitos da personalidade, tais como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem e o bom nome. A pesquisa realizada e ora apresentado neste artigo foi por meio de revisão bibliográfica, dentre elas, doutrinas, jurisprudências, súmulas e artigos.

**Palavras-chave:** Direito à imagem; Meio virtual; Tutela Jurídica

**ABSTRACT:** The crimes of image injury committed on the internet have been increasing exponentially. Law No. 12,737, of November 30, 2012 came to provide for the criminal classification of virtual crimes, amending the Penal Code as regards the matter. The following article brings up brief considerations about what the national system establishes about the right to image on the internet. The right to the image is linked to the right to personality and gives the person the ability to use the image itself, dispose of it and reproduce it, with the possibility of having a commercial character or not in its use. The moral damage to the image seen from the perspective of virtual crime, is that which affects the subject as a person, and the injury falls specifically on the rights of the personality, such as honor, dignity, intimacy, image and good name. The research carried out and now presented in this article was through bibliographic review, among them, doctrines, jurisprudence, summaries and articles.

**Keywords:** Right to the image; Virtual medium; Legal Protection.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. Do direito a imagem – 2.1. A tutela dos direitos da personalidade – 3. Tipificação penal de delitos virtuais relacionados a imagem – 3.1. Reparação pelo dano moral por uso indevido da imagem no âmbito virtual – 4 Considerações finais – 5. Referências

## 1 INTRODUÇÃO

A proteção da imagem é intensa nos casos em que a utilização, sem autorização, tem fim comercial. Nesse sentido, a súmula 403 do Superior Tribunal de Justiça dispõe: “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”.

Mediante a informação acima, a problemática norteadora desse estudo partiu da seguinte indagação: o que o ordenamento pátrio estabelece sobre o direito à imagem na internet?

Com a evolução da tecnologia, novas ferramentas são desenvolvidas e, portanto, surgem novas formas de causar danos a pessoa exposta na internet. É possível destacar dentre os danos: a divulgação não autorizada de imagens íntimas e/ou de cenas de nudez em aplicativos e sites de compartilhamento de conteúdo, a criação de página com mensagens ofensivas a determinada pessoa ou com atribuição de características em desacordo com a atual personalidade do retratado e a exposição abusiva da imagem de uma determinada pessoa em notícia jornalística ou em quadro de humor.

O dano moral a imagem visto sob a perspectiva do crime virtual, é aquele que atinge o sujeito como pessoa, sem ofender o seu patrimônio material. A lesão recai especificamente sobre os direitos da personalidade, tais como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome e etc.

Dessa forma, em razão dessa complexidade de fatos pretende-se fazer um levantamento das fontes jurídicas que tratam da proteção do direito à imagem na internet.

O direito à imagem está atrelado ao direito de personalidade e confere à pessoa a capacidade de usar a própria imagem, dispor dela e reproduzi-la, podendo haver caráter comercial ou não na sua utilização. Não obstante, entende-se que o direito à imagem protege principalmente interesses existenciais da pessoa, sendo compreendido como um direito da personalidade por se encontrar ligado ao indivíduo na condição de ser, repercutindo a manifestação de sua existência.



Em relação aos Direitos da Personalidade estabelecidos no art. 20 do Código Civil é evidenciado que salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

## **2 DO DIREITO A IMAGEM**

As concepções históricas acerca da proteção do direito à imagem nos ensinamentos de Gonçalves (2017), resultou de um longo e gradativo trabalho pretoriano, visto não decorrer de texto expresso. À falta de melhor esteio, invocava-se o art. 666, X, do Código Civil de 1916, que focalizava, no entanto, antes uma limitação do direito do pintor e do escultor, em favor do proprietário de retratos ou bustos de encomenda particular e da própria pessoa representada e seus sucessores imediatos.

Ainda assim, três teorias buscaram explicar o fenômeno do “direito à imagem”. A primeira delas não admitia a existência desse direito. A segunda reconhecia sua existência, mas como reflexo de outro instituto jurídico (teorias afirmativas). Por fim, a terceira passou a reconhecer a imagem como direito autônomo, desvinculando de qualquer outro instituto jurídico (FACHIN, 1999).

O direito à imagem tem sua autonomia consagrada na própria Constituição Federal de 1988, “que o assegura independentemente de violação a outro direito de personalidade”. Não se torna necessário, assim, que a pessoa, cuja imagem foi captada ou publicada, “sofra dano em sua honra, por exemplo. O dever de indenizar impõe-se pelo simples fato de ter sido violado o direito à imagem (ARAÚJO, 2014).

No âmbito do direito à imagem, Gonçalves (2017), alude que, no Brasil, têm sido tutelados em leis especiais e principalmente na jurisprudência, a quem coube a tarefa de desenvolver a proteção à intimidade do ser humano, sua imagem, seu nome, seu corpo e sua dignidade.

Assim, o grande passo para a proteção dos direitos da personalidade foi dado com o advento da Constituição Federal de 1988, que expressamente a eles se refere no art. 5º, X, nestes termos, são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O direito à própria imagem íntegra, pois, o rol dos direitos da personalidade. No sentido comum, imagem é a representação pela pintura, escultura, fotografia, filme etc. de qualquer objeto e, inclusive, da pessoa humana, destacando-se, nesta, o interesse primordial que apresenta o rosto (GONÇALVES, 2017).

Do ponto de vista histórico, os direitos da personalidade estão atrelados ao direito a imagem e constituem herança da Revolução Francesa, que pregava os lemas liberdade, igualdade e fraternidade, nesse entendimento:

[...] a evolução dos direitos fundamentais, desse modo, costuma ser dividida em *três gerações* ou *dimensões*, que guardam correspondência com os referidos lemas. A primeira geração tem relação com a *liberdade*; a segunda, com a *igualdade*, dando-se ênfase aos direitos sociais; e a terceira, com a *fraternidade* ou *solidariedade*, surgindo os direitos ligados à pacificação social (direitos do trabalhador, direitos do consumidor etc.) Discorre-se, ainda, na doutrina, da existência de uma quarta geração, que decorreria das inovações tecnológicas, relacionadas com o patrimônio genético do indivíduo, bem como de direitos de uma quinta geração, que decorreriam da realidade virtual (GONÇALVES, 2017, p. 201).

Para Amaral (2002, p.123), os direitos da personalidade como “direitos subjetivos têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual”. Corroborando, Diniz (2004), considera os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física, a sua integridade intelectual e a sua integridade moral (honra, recato, segredo profissional e doméstico, identidade pessoal, familiar e social).

O mesmo tratamento é dado à exposição ou à utilização da imagem de uma pessoa, que o art. 5º, X, da Constituição Federal considera um direito inviolável. A reprodução da imagem é emanção da própria pessoa e somente ela pode autorizá-la.

Em relação ao direito à própria imagem, não pode ser aceita, segundo Chaves (2004), a definição segundo a qual seria o direito de impedir que terceiros venham a conhecer a imagem de uma pessoa, pois não se pode impedir que outrem conheça a nossa imagem, e sim que a use contra a nossa vontade, nos casos não expressamente autorizados em lei, agravando-se evidentemente a lesão ao direito quando tenha havido exploração dolosa, culposa, aproveitamento pecuniário, e, pior que tudo, desdouro para o titular da imagem.

Schreiber (2020), preceitua que o direito à imagem exprime o controle que cada pessoa detém sobre sua representação externa, abrangendo qualquer tipo de reprodução de sua imagem ou de sua voz. O autor ainda reforça que, o Código Civil, em momento infeliz, tratou da imagem conjuntamente com a honra (art. 20), deixando de reconhecer autonomia ao direito à imagem. De fato, uma interpretação literal do art. 20 sugere que uma pessoa somente poderia se insurgir contra os usos não autorizados da sua imagem se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

## **2.1 A tutela dos direitos da personalidade**

Precipuamente, é importante aclarar que na atualidade, devido aos avanços científicos e tecnológicos: internet, clonagem, imagem virtual, monitoramento por satélite, acesso imediato a notícias e manipulação da imagem e voz por computador, a personalidade passa a sofrer novas ameaças que precisarão ser enfrentadas, com normatização legal da sua proteção.

Nas considerações de Tartuce (2017), os direitos da personalidade são regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1.º, III, da Constituição. Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

Nesse contexto, o direito de personalidade vai, pois, além das prerrogativas catalogadas na Constituição e na legislação ordinária. O Código Civil, no referido capítulo, disciplina os atos de disposição do próprio corpo (arts. 13 e 14), o direito à não submissão a tratamento médico de risco (art. 15), o direito ao nome e ao pseudônimo (arts. 16 a 19), a proteção à palavra e à imagem (art. 20) e a proteção à intimidade (art. 21).

Contudo, Gonçalves (2017), aponta que o Código Civil, em momento infeliz, tratou da imagem conjuntamente com a honra (art. 20), deixando de reconhecer autonomia ao direito à imagem. Assim:

[...] A proteção da imagem ficaria, assim, dependendo da configuração de uma lesão à honra ou de uma finalidade comercial do uso da imagem. Muito ao contrário, nossa jurisprudência e doutrina já reconhecem, há muito, a autonomia do direito à imagem, como também o faz a própria Constituição da República (SCREIBER, 2020, p. 216).

Nesse óbice, a Súmula 403 do Superior Tribunal de Justiça, aprovada em 2009, segundo a qual independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais. “[...] Basta pensar no uso de imagem de pessoa famosa, sem autorização, em panfletos e materiais de campanha eleitoral” (BARROSO, 2013, p. 29), para entender que o uso não autorizado da imagem de alguém pode ser impedido mesmo que não haja uso para fins comerciais ou uma lesão à reputação do detentor da imagem.

Haja vista que, destinam-se os direitos da personalidade a resguardar a dignidade humana, por meio de medidas judiciais adequadas, que devem ser ajuizadas pelo ofendido ou pelo lesado indireto. “Estas podem ser de natureza preventiva, cautelar, objetivando suspender os atos que ofendam a integridade física, intelectual e moral”, ajuizando-se em sequência, a ação principal, ou de natureza cominatória, com fundamento nos arts. 497[2] e 536[3], do Código de Processo Civil, com vistas a evitar a concretização da ameaça de lesão (MORAES, 2016).

### **3 TIPIFICAÇÃO PENAL DE DELITOS VIRTUAIS RELACIONADOS A IMAGEM**

A Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o Código Penal, inseriu os seguintes arts. 154-A e 154-B. no Art. 154-A estabelecendo que, invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. Assim sendo a pena é detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Consideravelmente na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput do referido decreto-lei.

Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico. Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido, a pena é reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra:

- I - Presidente da República, governadores e prefeitos; II - Presidente do Supremo Tribunal Federal; III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia

Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou IV - dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal (Decreto-Lei nº 2.848, arts. 154-A e 154-B).

No Art. 154-B do decreto-lei supracitado nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos.

É importante trazer à baila neste tópico sobre a Lei 12737/2012 que trata da tipificação penal de delitos virtuais, alterando o Código Penal quanto a matéria. No artigo 154 A, do Código Penal, alterado pela mencionada Lei, estabelece a previsão de pena de três meses a um ano, e multa nos casos de invasão de dispositivo informático (incluindo tablets, notebooks, entre outros) alheio, conectado ou não à Internet, mediante a violação indevida de mecanismo de segurança com o objetivo de obter, alterar, ou inviabilizar dados ou informações sem autorização expressa do titular do dispositivo tecnológico.

Sobre o dispositivo informático, e sua amplitude, vale consignar os ensinamentos de Eduardo Luiz Santos Cabette:

[...] o objeto material da conduta é o “dispositivo informático alheio”. Estes são os computadores pessoais, industriais, comerciais ou institucionais. Além disso, hoje há uma infinidade de dispositivos informáticos, inclusive móveis, tais como os notebooks, tablets, netbooks, celulares com recursos de informática e telemática, Iphones, Smartphones ou quaisquer outros aparelhos que tenham capacidade de armazenar dados ou informações passíveis da violação prevista no tipo penal. É importante notar que o legislador optou por não apresentar uma lista exaustiva dos aparelhos e assim agindo foi sábio ao usar a locução “dispositivo informático” de forma genérica, possibilitou a criação adequada de uma norma para a qual é viável uma “interpretação progressiva” ou seja, o tipo penal do artigo 154-A, CP é capaz de se atualizar automaticamente sempre que surgir um novo dispositivo informático, o que ocorre quase que diariamente na velocidade espantosa da ciência da computação e das comunicações. Essa espécie de

redação possibilitada de interpretação progressiva é a ideal para essas infrações penais ligadas à informática nos dias atuais, já que, caso contrário, correr-se-ia o risco de que a norma viesse a tornar-se obsoleta no dia seguinte em razão do Princípio da Legalidade Estrita (CABETTE, 2014, p. 04).

Observa-se que, conforme lembra o autor, os computadores, tanto industriais quanto pessoais, além de uma infinidade de dispositivos, tais como celulares, smartphones entre outros, incluindo qualquer aparelho capaz de armazenar dados ou informações, estão tutelados pelo tipo penal em tela.

Ainda, conforme Cabette (2014), para que haja o crime é necessário que o dispositivo conte com “mecanismo de segurança” (antivírus, firewall), senhas etc. Assim sendo, o dispositivo informático despido de mecanismo de segurança não pode ser objeto material das condutas incriminadas, já que o crime exige que haja “violação indevida de mecanismo de segurança. Dessa maneira, a invasão ou instalação de vulnerabilidades em sistemas desprotegidos é fato atípico.

Em casos de prejuízos econômicos para a vítima, a pena poderá aumentar, de um sexto a um terço, conforme dosimetria do magistrado. Isso porque a tutela do patrimônio é a mais adequada nesses tipos de crime. A intimidade, conforme preceitua Morais (2016), se refere às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc.

Na Lei nº 12.737/2012, as penas previstas para os delitos expostos em seus artigos são consideravelmente brandas, ajustadas aos procedimentos realizados nos Juizados Especiais Cíveis, ainda é importante considerar que não é benéfico que se adicione um tipo penal de violação de dispositivos informáticos, se a polícia não estiver preparada para investigar e instruir devidamente o inquérito sobre tais crimes (VIANA 2013).

Dessa forma, a lei nº 12.735, de 30 de novembro de 2012 veio estabelecer que os órgãos da polícia judiciária estruturarão, nos termos de regulamento, setores e equipes especializadas no combate à ação delituosa em rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado.

A Lei 12737/2012 não resolveu de forma definitiva a questão dos delitos digitais, mas contribuiu consideravelmente, para a regulamentação e punição dos crimes que utilizam do uso indevido da imagem, bem como a reparação pelo dano causado.



### 3.1 Reparação pelo dano moral por uso indevido da imagem no âmbito virtual

Com a expansão do uso da Internet móvel e dos aplicativos para envio de texto e imagem pelo celular, o desafio de proteger a pessoa humana na Internet mostra-se ainda maior principalmente observando a complexidade que envolve a imagem no ciberespaço. O ciberespaço se caracteriza como um conceito emergente da pós-modernidade, que nasce da perspectiva do impacto das novas tecnologias e da conexão em rede na sociedade (LÉVY, 2007).

A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura-UNESCO (2020), afirma que o ciberespaço consiste em pessoas de todos os países, de todas as culturas e linguagens, de todas as idades e profissões fornecendo e requisitando informações; uma rede mundial de computadores interconectada pela infraestrutura de telecomunicações que permite à informação em trânsito ser processada e transmitida digitalmente.

Assim considera Levy (2007, p. 47):

[...] o ciberespaço é um “lugar” sem cara de lugar e sem espaço, pois não há em seu interior fronteiras ou corpos, apenas textos e imagens e sons feitos de bits e bytes; um espaço transnacional, um “lugar” que não tem os aspectos de espaço, sem fronteiras, representando um lugar de peregrinação, de andarilho. Este espaço oferece novas relações entre produtores e consumidores de conhecimentos, pois permitem aos sujeitos serem não apenas consumidores ativos ou passivos dos produtos de informação e da cultura global, mas agentes de seus próprios produtos culturais e também distribuidores desses elementos.

Diante as informações acima, é nesse contexto que o jurista moderno se encontra, pois no que envolve o uso indevido da imagem na Internet, os arquivos com conteúdo lesivos podem ser guardados em celulares e em outros utensílios tecnológicos de diversas pessoas, a qualquer momento, qualquer usuário poderá reinserir os arquivos na rede, causando danos a terceiros, o que torna a filtragem de conteúdo e a exclusão de informações atividades bastante complexas e árduas (BRANCO, 2014).

Ligado ao uso indevido de imagem encontram-se também práticas de intimidação e de agressão a terceiros na internet, como o cyberbullying e a chamada pornografia de vingança.

Nessa concepção, atualmente diante a expansão da rede mundial de computadores através da Internet, o aplicador do direito deve estar atento à evolução tecnológica, para não tomar decisões totalmente descabidas, “como a de determinar o bloqueio de todos à Internet, visando proteger a imagem individual de determinada pessoa” (TARTUCE, 2017, p. 54).

No que tange a reparação por danos morais por uso indevido da imagem, a Súmula 403 do Superior Tribunal de Justiça, aprovada em 2009, informa que independe de prova do prejuízo indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais. Ou seja:

“[...] o direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo: moral, porque direito de personalidade; patrimonial, porque assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia. Não há como negar a reparação à autora, na medida em que a obrigação de indenizar, em se tratando de direito à imagem, decorre do próprio uso indevido desse direito, não havendo, ademais, que se cogitar de prova da existência de prejuízo (TEIXEIRA, 2011, p. 05).

A reparação do dano é prevista desde os antigos princípios romanos do “*nem inem laedere*, não lesar a outrem” (GONÇALVES, 2017, p. 207). Dessa forma é, dever exigível do homem de respeitar seu semelhante.

O dano é a própria utilização indevida da imagem com fins lucrativos, sendo desnecessário perquirir-se a consequência do uso, se ofensivo ou não. Bittar (2015), preceitua que, a responsabilidade civil tem por fundamento a lesão que importe violação do dever de conduta pelo que surge o dever de indenizar como meio de compensar a ofensa perpetrada.

Destarte, quando a conduta vai de encontro com dever jurídico, este fatalmente implicará lesão em direito de outrem, resultando em responsabilidade civil por dano moral. Quando qualquer destes bens ideais é atingido, ocorre a caracterização do dano moral puro, quando há perda material, presente o dano misto.

Nesse sentido, cabe aqui elencar o seguinte julgado:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.  
INDENIZATÓRIA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.  
AFRONTA AOS ARTS. 128 E 460 DO CPC/73. AUSÊNCIA DE  
PREQUESTIONAMENTO. ADMISSÃO DE

PREQUESTIONAMENTO FICTO. NECESSIDADE DE INDICAÇÃO DE AFRONTA AO ART. 1.022 DO NCP. DIVULGAÇÃO DE IMAGENS COM FINS ECONÔMICOS. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CABIMENTO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Esta Corte de Justiça, ao interpretar o art. 1.025 do Código de Processo Civil de 2015, concluiu que "a admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei". 2. O eg. Tribunal de origem adotou posicionamento consentâneo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no que tange à indenização a título de dano material, que entende que a divulgação de imagem com fins econômicos, sem autorização do interessado, acarreta dano moral *in re ipsa*, bem como dano material, sendo devida a indenização e desnecessária a demonstração de seu prejuízo material ou moral. Precedentes. 3. Agravo interno a que se nega provimento (AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.346.273 – PR, Relator: Min. RAUL ARAÚJO, 2019).

No Agravo em Recurso Especial citado foi estabelecida a indenização a título de dano material, que entende que a divulgação de imagem com fins econômicos, sem autorização do interessado acarretou dano moral. A indenização por danos morais assume grande relevância, pois os direitos da personalidade formam toda a base dos danos morais.

A responsabilidade civil por danos morais está citada na edição 125 da Jurisprudência em Teses. No entendimento do Superior Tribunal de Justiça a fixação do valor devido a título de indenização por danos morais deve considerar o método bifásico, aquele que conjuga os critérios da valoração das circunstâncias do caso e do interesse jurídico lesado, minimizando eventual arbitrariedade da adoção de critérios unicamente subjetivos por parte do julgador, além disso, afasta eventual tarifação do dano (STJ, 2019).

A violação do direito da personalidade que causa dano à pessoa acarreta, pois, a responsabilidade civil extracontratual do agente, decorrente da prática de ato ilícito. O direito subjetivo à sua reparação é interpretado de acordo com os ditames constitucionais, pois a responsabilidade pela violação do direito de personalidade não permanece exclusivamente no nível civil (GONÇALVES, 2017).

Ainda pra Gonçalves (2017), pode-se afirmar que, além do próprio ofendido, quando este sofre o gravame, poderão reclamar a reparação do dano, dentre outros, seus herdeiros, seu cônjuge ou companheira e os membros de sua família a ele ligados afetivamente, provando o nexo de causalidade, o prejuízo e a culpa, quando não se tratar de hipótese de culpa presumida ou de responsabilidade independente de culpa.

No âmbito virtual, a licitude do uso da imagem alheia não se limita à simples anuência ou autorização. O direito moderno a recebe como um bem, cuja disposição assume, principalmente no mundo artístico, contrato expresso, dada a necessidade de disciplina detalhada dos direitos e obrigações às partes contratantes. Imagem é um direito que compõe a personalidade jurídica, o qual possui conotação patrimonial, especialmente com a expansão da Internet, um fenômeno global, assim:

[...] o ato ilícito, usurpar do domínio de imagem, à toda evidência, no mundo fático, é capaz de gerar, como já reconhecido, o dano material, e, simultaneamente dano moral, pois a simples exposição pública pode, à psique (Personificação da alma), causar a dor, que em nosso sistema jurídico, a partir da Carta de 1988, passou, de forma inquestionável, ser um direito subjetivo protegido juridicamente (TEIXEIRA, 2011, p. 05).

Sendo a imagem toda a expressão formal e sensível da personalidade e assim objeto de um direito subjetivo privado, espécie de direito da personalidade, dá ao seu titular o poder dizer de si mesmo. Vale aqui transcrever a fala do Ministro Ruy Rosado de Aguiar “a minha figura, sendo exclusivamente minha, só eu posso usá-la, desfrutá-la e dela dispor, bem assim impedir que qualquer outro a utilize” (AGUIAR, 2009, p. 13).

Se tratando da indenização, os reflexos pessoais e sociais da ação ou omissão, a possibilidade de superação física ou psicológica, assim como a extensão e duração dos efeitos da ofensa, se julgar procedente o pedido, o juiz fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos.

O valor estipulado pelo juiz para pagamento da indenização é complexo e um meio de definir o montante das indenizações por danos morais atualmente adotado no Superior Tribunal de Justiça (STJ) é o método bifásico. Costa (2019, p. 02), define o método bifásico assim:

[...] se apresentam duas etapas bem delineadas. Na primeira fase, arbitra-se um valor básico em conformidade com os

precedentes jurisprudenciais acerca da matéria, na segunda fase, alcança-se o *quantum* definitivo, ajustando-se o valor básico verificado na primeira fase às peculiaridades do caso concreto.

Na reincidência, ou diante da indiferença do ofensor, o juiz poderá elevar ao triplo o valor da indenização. Prescreve em 6 (seis) meses o prazo para o ajuizamento de ação indenizatória por danos morais, a contar da data do conhecimento do ato ou omissão lesivos ao patrimônio moral.

Na fixação do valor da indenização, o juiz levará em conta, ainda, a situação social, política e econômica das pessoas envolvidas, as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral, a intensidade do sofrimento ou humilhação, o grau de dolo ou culpa, a existência de retratação espontânea, o esforço efetivo para minimizar a ofensa ou lesão e o perdão, tácito ou expresso (FREITAS, 2016).

Visando proteger a imagem, o sistema jurídico chegou à conclusão que o uso indevido da imagem na Internet, por si só, gera direito à indenização por dano moral. Como já exposto no do art. 5.º, X, da CF/1988 são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com a ascensão da Internet o aumento dos casos noticiados na mídia envolvendo danos morais cometidos virtualmente aumentaram significativamente.

Nessa concepção, o ordenamento jurídico trouxe um dispositivo a tratar especificamente da lesão da imagem no âmbito virtual, a Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012 que dispõe em seus artigos sobre a tipificação penal de delitos virtuais, alterando o Código Penal quanto à matéria e, por força desta lei foi sancionada também a lei nº 12.735, de 30 de novembro de 2012 estabelecendo que, os órgãos da polícia judiciária estruturarão, nos termos de regulamento, setores e equipes especializadas no combate à ação delituosa em rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado.

Face as considerações aduzidas, o dano moral a imagem visto sob a perspectiva do crime virtual, é aquele que atinge o sujeito como pessoa, assim, em razão da complexidade desta matéria, a reparação do dano deverá ser proposta em conformidade com as regras gerais previstas na legislação processual civil e julgadas de acordo com a qualidade da relação entre o autor e o ofendido.

O estudo acima evidenciou o que o ordenamento pátrio estabelece sobre o direito à imagem na internet. A lesão a imagem independentemente de qual meio foi publicada recai especificamente sobre os direitos da personalidade, tais como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome e etc.

## 5 REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil**. Introdução. 5. ed. RJ: Renovar. 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BRANCO, Gerson Luiz. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Código Civil (2002). **Código civil brasileiro e legislação correlata**. Brasília: Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.

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

BRASIL. Lei nº 12.735, de 30 de novembro de 2012. altera o decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - código penal, o decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - código penal militar, e a lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para tipificar condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico, digital ou similares, que sejam praticadas contra sistemas informatizados e similares; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ Ato2011-2014/2012/Lei/L12735.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2011-2014/2012/Lei/L12735.htm). Acesso em maio de 2020.

BRASIL. Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm). Acesso em março de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.346.273-PR**, 2019. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-electronica-2019\\_254\\_2\\_capQuartaTurma.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-electronica-2019_254_2_capQuartaTurma.pdf). Acesso em maio de 2020.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 403**. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2014\\_38\\_capSumula403.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2014_38_capSumula403.pdf). Acesso em abril de 2020.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; **Invasão de dispositivo de informação e a Lei nº 12.737/2012**. São Paulo: Prática jurídica, Ano xx - nº 132-31 de março de 2013 Capez, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009.

COSTA, José Américo Martins da (2019). **Aplicação do método bifásico na quantificação da reparação do dano moral**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-26/jose-costa-uso-metodo-bifasico-reparacao-dano-moral>. Acesso em maio de 2020.

CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

DINIZ, Maria Helena (Coord.). **Atualidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, n. 5, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Trad. Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 2007.

MORAES, Walter. **Direito da personalidade**. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva. v. 26. 2016.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil: contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). **Manual de teoria geral do direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil interpretado** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

NOTAS:

[1] Doutora em Ciências pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela UNIMAR. Professora de Direito da Faculdade Serra do Carmo FASEC. Orientadora desse TCC. [prof.karinemota@fasec.edu.br](mailto:prof.karinemota@fasec.edu.br)

**[2] Art. 497: Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.**

[3] Art. 536: No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

## INSTRUMENTOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

**ACACIA REGINA SOARES DE SA:** Juíza de Direito Substituta do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Especialista em Função Social do Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL, Mestranda em Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB, Professora de Direito Constitucional e Administrativo da Escola de Magistratura do Distrito Federal – ESMA.

**RESUMO:** O presente artigo se propõe a analisar o consensualismo no direito administrativo, em especial alguns dos instrumentos inseridos nos últimos 20 (vinte) anos, a exemplo da possibilidade de negociação da fase de lances do pregão, da criação dos juizados especiais da fazenda pública, os quais permitem a solução de conflitos por meios consensuais, o acordo de não-persecução cível na ação civil por ato de improbidade administrativa, entre outros, tendência que vem crescendo em oposição ao modelo tradicional vinculado à estrita legalidade e a formas rígidas de atuação nosso modelo de direito administrativo ainda é prioritariamente centrado na unilateralidade das decisões da Administração Pública, a exemplo do que ocorre no processo administrativo, em especial o processo administrativo sancionador e disciplinar. Para tanto, serão analisadas posições de doutrinadores que tratam dos temas abordados, além de artigos científicos e dissertações que tratam do mesmo tema, utilizando-se do método dedutivo para se chegar a uma conclusão.

**Palavras-chave:** Consensualismo. Administração Pública. Evolução.

**ABSTRACT:** This article proposes to analyze the consensualism in administrative law, especially some of the instruments inserted in the last 20 (twenty) years, such as the possibility of negotiating the bidding phase of the auction, the creation of the special courts of the public farm, the which allow the resolution of conflicts by consensual means, the civil non-persecution agreement in civil action for act of administrative improbity, among others, a trend that has been growing in opposition to the traditional model linked to strict legality and rigid ways of acting our model administrative law is still primarily focused on the unilateral nature of Public Administration decisions, as is the case in the administrative process, in

particular the sanctioning and disciplinary administrative process. To this end, positions of doctrines that deal with the topics covered will be analyzed, in addition to scientific articles and dissertations that deal with the same topic, using the deductive method to reach a conclusion.

**Keywords:** Consensualism. Public administration. Evolution.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Alguns instrumentos de solução consensual de conflitos introduzidos no direito administrativo. 2. A utilização das soluções consensuais de conflito no direito administrativo. Considerações finais. Referências Bibliográficas

## **INTRODUÇÃO**

Com sua evolução, o direito administrativo passou a utilizar instrumentos de solução consensual de conflitos, a exemplo da realização de acordos nos juizados especiais da fazenda pública, da celebração de compromissos nos termos do art. 26, da Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro e do acordo de não persecução civil na ação civil os quais imprimem uma nova visão acerca dessa área do direito.

Dessa forma, é necessário analisar a consensualidade no direito administrativo, através de alguns dos seus instrumentos, dentro da dinâmica tradicional norteada pelo princípio da supremacia do interesse público.

### **1. Alguns instrumentos de solução consensual de conflitos introduzidos no direito administrativo.**

Tradicionalmente vinculado à unilateralidade, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, passaram a ser incluídos na seara do direito administrativo alguns instrumentos soluções.

Em 2002, a Lei n.º 10.520/02, a lei que instituiu a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, na qual prevê nos seus arts. 3º e 4º, que tratam das suas fases interna e externa, a realização de lances pelos seus participantes, que apesar de não se referir a uma solução consensual de conflitos, já aponta para a tendência de negociação e flexibilização da autoridade rígida da Administração Pública, como ocorre nas demais modalidade de licitação, isso porque o pregão permite a utilização de aspectos consensualistas no processo de aquisição pelos entes públicos.

A Lei n.º 12.153/09 que dispôs sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública prevê que os entes públicos podem conciliar causas cíveis de até 60 (sessenta) salários mínimos, ressalvas as causas dispostas no seu art. 2º, §1º. Tal previsão legal

foi um grande avanço para a administração pública, isso porque ao permitir a solução consensual de conflitos menos complexos, privilegiou os princípios da eficiência e da duração razoável do processo, previstos constitucionalmente e norteadores da função pública.

No mesmo caminho, a Lei n.º 13.140/2015 que tratou da mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, trouxe as disposições gerais para permitir a utilização da mediação judicial e extrajudicial e ainda a autocomposição, entre elas a criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos no âmbito dos órgãos da Advocacia Pública dos entes.

Em 2018, a Lei n.º 13.655/2018, que realizou alterações na Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro a fim de incluir disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, trouxe entre suas inovações, a possibilidade prevista no seu art. 26, a possibilidade da autoridade pública celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável e ouvido o órgão jurídico e realização de consulta pública, caso seja necessário, a fim de eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, abrangendo os casos de expedição de licença.

Nesse diapasão, o diploma legal acima referido trouxe no §1º do art. 26 as diretrizes para a celebração do compromisso, ressaltando que deverá buscar *“solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais”*[1].

Todos os diplomas legais acima mencionados, trazem em escalas diversas, previsões de solução consensual de conflitos na Administração Pública, sendo que em todos eles tratam, eminentemente, de questões patrimoniais. No entanto, em 24 de dezembro de 2019 foi sancionada a Lei n.º 13.964/19, mais conhecida como lei anticrime, que através do seu art. 6º alterou o § 1º, do art. 17 da Lei n.º 8.429/92 a fim de permitir a celebração de acordo de não persecução cível no âmbito da ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

Nesse diapasão, a lei passou a permitir até em casos onde o dano não seja eminentemente material, como ocorre na ação civil pública por ato de improbidade administrativa, onde há também a violação a princípio constitucional administrativo, o que demonstra uma clara evolução no consensualismo no âmbito da Administração Pública.

## **2. A utilização das soluções consensuais de conflito no direito administrativo.**

Conforme vimos no item acima, desde o ano de 2002 até a data atual foram incluídos no âmbito da Administração Pública instrumentos de solução consensual de conflitos.

O processo teve início de forma tímida, mas ao longo do tempo atingiu níveis de consensualidade equiparados ao setor privado, a exemplo das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos no âmbito dos órgãos da Advocacia Pública dos entes federados.

Dessa forma, vê-se que a utilização dos meios de solução alternativa de conflitos na administração pública quebrou com alguns paradigmas, como o da indisponibilidade e o da supremacia do interesse público, já que nos processos de conciliação dos juizados especiais da fazenda pública, na medição tanto judicial como extrajudicial e ainda na autocomposição, a administração pública, em alguns casos, celebra acordos, o que implica concessões mútuas, respeitados os limites legais.

Nesse diapasão, verifica-se o movimento em comento acabou por provocar a mitigação dos princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público, trazendo um viés mais consensualista para administração pública. No entanto, é importante observar que tal movimento não fere os princípios basilares da administração pública, isso porque ainda que sejam feitas concessões uma das bases das soluções consensuais de conflito, tais concessões observam os princípios constitucionais fundantes da Administração Pública previstos no art. 37, "caput" da Constituição Federal de 1988.

Corroborando com tal entendimento, podemos observar que em muitos casos a solução consensual adotada pela administração pública privilegia o princípio constitucional administrativa da eficiência, isso porque a questão é solucionada de forma mais rápida e com mais resolutividade, além de diminuir a judicialização.

Para tanto, a Administração Pública vem se estruturando para manejar de forma mais intensa as soluções alternativas de conflito, a exemplo das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos criadas no âmbito da Advocacia Geral da União, o que demonstra essa mudança de paradigma da Administração Pública.

## **CONCLUSÃO**

Diante da análise dos instrumentos consensuais de solução de conflito introduzidos na Administração Pública desde os anos 2000 até a presente data, é possível observar que tal movimento provocou a mitigação de alguns princípios do



direito administrativo, a exemplo da supremacia do interesse público e da indisponibilidade, o que demonstra a evolução do direito administrativo, que passa a se adequar conceitos e técnicas mais avançados no direito, a exemplo da solução consensual dos conflitos, coadunando com as tendências mundiais do direito e já internalizada em nosso sistema jurídico, especialmente pelo Código de Processo Civil de 2015, que privilegia a solução consensual dos conflitos.

Dessa forma, vemos que o direito administrativo segue, observando seu ritmo, acompanhando as mudanças no cenário nacional e internacional, o que pode ser observado através da introdução, cada vez mais incisiva de meios de soluções alternativas de conflito, e com isso, dando-lhe uma nova roupagem mais moderna, com a mitigação da unilateralidade e, com isso, materializando os princípios constitucionais administrativos previstos no art. 37, "caput" da Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos. **A consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos**. Revista de Informação Legislativa, v. 42, n. 167: Brasília, 2005. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/850> > Acesso em 06.06.2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: O Estado a que chegamos**. In: Retrospectiva dos 20 Anos da Constituição Federal. AGRA, Walber de Moura (coord.). São Paulo: Saraiva, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, março/abril/maio, 2008. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp> >. Acesso em 06.06.2020.

DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz e outros – **Lei Anticorrupção – Apontamentos sobre a Lei n. 12.846/13**. 2ª. Ed., Editora Contracorrente. 2015.

DALLARI, Adilson de Abreu. Carlos Valder do Nascimento. Ives Gandra da Silva Martins. **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo. Ed. Saraiva. 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BONFIM, Daniela Santos. **A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan/mar. 2017; DOI: 10.21056/AEC.V17I67.475. Acesso em: 01.08.2019.

DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 6ª ed. Buenos Aires. Ediciones Ciudad Argentina. 1997.

MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. **O Acordo de Leniência e a Lei de Improbidade Administrativa**. 1ª Edição - Editora: Juruá, 2017. P. 171.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22ª ed. São Paulo. Ed. Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo. Ed. Malheiros, 2010.

MELLO, Magno Antônio Correia de. **Programas de Leniência em Países Membros e Parceiros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico**. Estudo Novembro/2015. Disponível em [www. http://bd.camara.leg.br](http://bd.camara.leg.br). Acesso em 12.05.2020.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. 1ª ed. São Paulo. Editora Malheiros. 2015.

PINTO, José Guilherme Bernan Corrêa. **Direito administrativo consensual, acordo de leniência e ação de improbidade**. Fórum Administrativo [recurso eletrônico]: Direito Público. Belo Horizonte, v.16, n.190, dez. 2016. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/retrieve/112197/140987.pdf>>. Acesso em 06.08.2019.

SANTOS, Kleber Bispo dos. **Acordo de Leniência na Lei de Improbidade Administrativa**. 1ª ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2018.

SILVA, João Paulo Hecker da. **A delação premiada e seus efeitos na ação de improbidade administrativa**. Fato e Notícia. 14 de junho de 2016. Disponível em: [http://lucon.adv.br/2016/wp-content/uploads/2018/03/ A – delação – premiada - e - seus – efeitos – na – ação – de – improbidade – administrativa –Fato –e – Notícia.pdf](http://lucon.adv.br/2016/wp-content/uploads/2018/03/A-delação-premiada-e-seus-efeitos-na-ação-de-improbidade-administrativa-Fato-e-Notícia.pdf). Acesso em: 29 maio.20.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2º ed. 2º tiragem. Ed. Malheiros. São Paulo, 2017.

#### NOTAS:

[1] **Art. 26, §1º, Lei n.º 13.655**: Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de

relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. § 1º O compromisso referido no **caput** deste artigo: I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais.

## **VIOLAÇÕES AOS DIREITOS DOS DEFICIENTES FÍSICOS NO CONCURSO DO DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL – DEPEN**

**RAFAEL BEMFEITO MOREIRA:**

Advogado. Pós-graduado em Direito Corporativo e Compliance pela Escola Paulista de Direito.

**Resumo:** O presente artigo tem como objeto demonstrar a contrariedade entre o edital do concurso do Departamento Penitenciário Nacional e as normas e políticas públicas de inclusão aos deficientes físicos, em desarmonia aos ditames constitucionais e legais aplicáveis.

**Palavras-chave:** Concursos Públicos; Atividade Policial; Deficientes físicos.

**Abstract:** The purpose of this article is to demonstrate the contradiction between the Federal Road Police competition and the inclusion norms and public policies for the disabled, in disagreement with applicable constitutional and legal dictates.

**Keywords:** Public tender; Police Activity; Physically Handicapped.

**Sumário:** Introdução; 1 – Da equiparação dos deficientes físicos aos demais candidatos sem deficiência; 2 – Da violação do edital à Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e demais instrumentos internacionais; 3 - Da possibilidade de impugnação administrativa do edital; 4 - Da possibilidade de impetração de mandado de segurança; Considerações Finais. Referências bibliográficas.

### **Introdução**

Recentemente, em data de 05 de maio de 2020, foi publicado edital para preenchimento de 309 vagas do Departamento Penitenciário Nacional, com remuneração de até R\$ 6.030,23, e lotação na capital do país ou em uma das cinco penitenciárias federais.

A banca escolhida para condução do certame foi a Cebraspe, que, no item 5 comprometeu-se a destinar 5% das vagas ofertadas às pessoas com deficiência.

Para concorrer a uma das vagas afirmativas, conforme item 5.2 o candidato deverá:

- a) no ato da inscrição, informar que deseja concorrer às vagas reservadas às pessoas com deficiência;

b) enviar, via *upload*, a imagem de parecer emitido, no máximo nos últimos 12 meses anteriores à publicação deste edital, por equipe multiprofissional e interdisciplinar formada por três profissionais, entre eles um médico, que deve atestar a espécie e o grau ou o nível de sua deficiência, com expressa referência ao código correspondente da Classificação Internacional de Doenças (CID-10), bem como a provável causa da deficiência, contendo as assinaturas e os carimbos dos profissionais especializados com o número de suas inscrições nos respectivos conselhos fiscalizadores da profissão, conforme a sua especialidade, na forma do subitem 5.2.1 deste edital e de acordo com o modelo constante do Anexo II deste edital.

O parecer multidisciplinar deverá informar:

- a) os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;
- b) os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;
- c) a limitação no desempenho de atividades;
- d) a restrição de participação.

Dessa forma, não apontada qualquer inaptidão quanto ao exercício do cargo pela junta profissional e cumpridas as exigências, estará o candidato apto a participar do certame, presumindo-se, portanto, sua plena capacidade.

Entretanto, grave questão prejudicial, está maliciosamente inserida no corpo do edital. Vejamos:

Atuando do mesmo modo quando do concurso da Polícia Rodoviária Federal, a banca apenas simulou a ação afirmativa prevista na Constituição. Vejamos:

### **1. Da equiparação dos deficientes físicos aos demais candidatos sem deficiência**

O item 5.3.2 prescreve:

“Ressalvadas as disposições especiais contidas neste edital, os candidatos com deficiência participarão do concurso em igualdade de condições com os demais candidatos, no que tange ao horário e ao local de aplicação das provas, aos equipamentos utilizados, ao conteúdo, à correção das provas, aos critérios de aprovação, ao exame de aptidão física, **à avaliação de saúde**, à avaliação psicológica, à nota mínima

exigida para os demais candidatos e todas as demais normas de regência do concurso”. (grifo nosso)

Já o item 5.4 dita:

“Não haverá adaptação do exame de aptidão física, **da avaliação de saúde**, da avaliação psicológica e do CFP às condições do candidato com deficiência ou não”. (grifo nosso)

Os portadores de necessidades especiais que prestaram o concurso da Polícia Rodoviária Federal, ao ler tais itens, desde logo já percebem a incongruência e discriminação prevista no edital. Aos que ainda não passaram por essa situação infeliz, explico.

O CEBRASPE apenas disfarça o cumprimento do artigo 37, VIII da CF/88, pois apesar de citar expressamente em seu edital o cumprimento da determinação constitucional, atua em sentido oposto, prescrevendo nos itens supracitados verdadeiras barreiras à aprovação dos candidatos deficientes.

Ao consignar tratamento formalmente igualitário, trata os desiguais da mesma forma que os iguais, inviabilizando a participação no certame.

É inevitável, por exemplo, que o portador de visão monocular restará eliminado quando da avaliação de saúde, pois, não cumprirá o item 7.3, III “a” do Anexo IV, incidindo em condição incapacitante, já que o edital exige de todos os candidatos, sem distinção: “acuidade visual a seis metros (avaliação de cada olho separadamente): acuidade visual com a melhor correção óptica: na qual serão aceitas as acuidades visuais de até 20/20 (1,0) em um olho e até 20/30 (0,66) no outro olho OU de até 20/40 (0,5) em ambos os olhos”.

Sendo assim, aquele candidato com visão monocular, que por tal motivo, possui em um dos olhos acuidade visual de 20/400, aprovado a concorrer nas vagas afirmativas a ele destinadas, que estudou, abdicou de relacionar-se com seus amigos, sua família, para dedicar ao concorrido certame, aprovado na prova objetiva, a ser realizada em 06 de setembro, na prova discursiva e no teste de aptidão física, fatalmente estará eliminado no exame de saúde.

O conceito de justiça é algo bem difícil de obter, mas a injustiça é facilmente aferível. Até ousar dizer que a justiça deve ser definida a partir de seu oposto.

Flagrante é o atentado destinado aos candidatos com deficiência. Acabam sendo persuadidos pelo edital, que lhes tenta ludibriar. Estampa em seu item 5 a



reserva de vagas, mas contraditoriamente, o restringe ao ponto de torna-lo inaplicável.

O acesso ao cargo público é amplo, sendo direito lastreado no artigo 37, I, CF/88, sendo que somente a legislação poderá restringi-lo.

Em nosso ordenamento jurídico, o dever de promover a inclusão social daqueles que, porventura do destino, são portadores de alguma espécie de deficiência, deriva de nosso próprio texto constitucional que, no intuito de compensar, através de ações de conteúdo afirmativo, as dificuldades que afetam os indivíduos componentes desse grupo vulnerável, legitima o tratamento diferenciado em favor deles, determinando expressamente em seu artigo 37, VIII, a reserva de percentual de cargos e empregos públicos a serem providos por seus integrantes.

O edital caminha em sentido oposto ao do ordenamento que prega claramente o direito ao livre trabalho, ao pleno acesso aos cargos públicos, o direito a igualdade material, a razoabilidade e impessoalidade.

Trata com desdém as políticas afirmativas, fruto de longa evolução histórica e legislativa, desconsiderando o Estatuto da Pessoa com Deficiência, e decretos relacionados.

A questão preocupa, pois é repetida pela banca aplicadora, que insiste no cometimento da ilegalidade. Conforme mencionado, os candidatos deficientes que participaram do concurso da PRF, somente conseguiram continuidade, apesar de aprovados na avaliação física, por medidas judiciais, pois, frise-se, foram eliminados na avaliação de saúde.

Tais candidatos vêm lutando bravamente perante os Tribunais e, obtendo êxito em seu direito. O Poder Judiciário, em sua atribuição de garantidor da lei, vem afastando a incidência destes dispositivos editalícios e garantindo aos portadores de necessidades especiais seu direito, a par da legislação existente.

A reincidência é aviltante. É tempo de evoluir. A alteração do edital é medida que se impõe.

O candidato deve concorrer ao cargo de posse da garantia da plena participação, sob pena de causar-lhe estrondosa insegurança jurídica, violando até mesmo a dignidade da pessoa humana, pedra angular do direito brasileiro.

A Administração deve ter diretrizes objetivas, pois deve obediência à lei. O edital não deve conter disfarces inconstitucionais, limitadores de direitos plenamente assegurados.

O concurso público é um instituto democrático, de fins meritórios, com fulcro de selecionar os melhores candidatos possíveis às vagas ofertadas. O mérito será alcançado por políticas isonômicas, em prol da participação justa de cada candidato.

Ao Administrador não é permitido desqualificar qualquer participante por diferenças existentes entre eles. O certame deve alçar patamar integrador, socializador, abrangendo o máximo de pessoas possíveis, pois é o que determina a Constituição quando prevê como um dos objetivos fundamentais a promoção do bem de todos, sem qualquer espaço para discriminação.

O direito ao trabalho é direito social expressamente previsto no caput do artigo 6º, e como tal, deve ser elevado ao patamar de garantia fundamental do cidadão. O ato que mitiga tal direito é lesivo e subversivo à ordem jurídica justa.

Em especial, vale relembrar o artigo 34, §3º do Estatuto das Pessoas Com Deficiência:

*“É vedada restrição ao trabalho da pessoa com deficiência e qualquer discriminação em razão de sua condição, inclusive nas etapas de recrutamento, seleção, contratação, admissão, exames admissional e periódico, permanência no emprego, ascensão profissional e reabilitação profissional, bem como exigência de aptidão plena”, prevendo ainda o §5º “É garantida aos trabalhadores com deficiência acessibilidade em cursos de formação e de capacitação”.*

Complementa o artigo 38 do diploma supracitado que:

*“A entidade contratada para a realização de processo seletivo público ou privado para cargo, função ou emprego está obrigada à observância do disposto nesta Lei e em outras normas de acessibilidade vigentes”.*

Ao criar fatores incapacitantes sem ressaltar os candidatos deficientes há verdadeira seleção discriminatória de pessoal por parte da Administração, atentando também contra o princípio da impessoalidade.

O instrumento, da forma em que publicado, viola a garantia de acesso aos cargos públicos, mitigando o direito ao trabalho, bem como as políticas materialmente isonômicas, pois concede tratamento igual aos desiguais.

Embora seja o edital a lei do concurso, não deixa este de ser um ato administrativo vinculado, e, como tal, não pode desrespeitar dispositivo legal, pois o provimento do cargo público deve situar-se nos limites delineados pela legislação. (STJ – Resp 441.121/DF).

O Estado Democrático de Direito é aquele que confere segurança jurídica ao cidadão. Permitir que a Administração Pública disfarce o cumprimento da lei é abalar as estruturas democráticas da nação.

No concurso para a Polícia Rodoviária Federal, os candidatos com deficiência tiveram excelente desempenho no Curso de Formação, tanto que foi elaborado, pela Coordenação do CFP/2019, documento contendo respostas a algumas perguntas, vejamos:

94,4% das pessoas não observaram diferença do desempenho; dentre os instrutores o percentual foi ainda maior, de 96,2% deles.

Nesse ponto, a Coordenação do Curso exarou importante observação:

“O alto percentual de pessoas que não observaram a diferença no desempenho ou não identificaram se deve ao fato de que existe um grande abismo entre o conceito de limitação e incapacidade, ou seja, existem sim limitações que não são compatíveis com a carreira de policial rodoviário federal e outras que são compatíveis, é importante que compreendamos que as pessoas com deficiência não são incapazes mas possuem limitações diferentes umas das outras e em gradações tão diferentes quanto, sendo assim o caso concreto deve ser sempre observado”;

“Outrossim, a não identificação de alunos com deficiência joga por terra a noção de que deficiência é igual a uma barreira intransponível na qual se vê claramente e literalmente uma incapacidade”.

Prosseguindo na análise do documento, percebemos que fora realizada uma análise comparativa entre o desempenho dos candidatos com deficiência e aqueles sem qualquer deficiência no Curso de Formação de 2014.

Os resultados são esclarecedores:

- 95,5% dos pesquisados afirmaram não perceber nenhuma diferença entre os alunos portadores de deficiência e os demais;
- 93,8% dos participantes consideram que não houve tratamento de forma diferenciada durante as aulas do CFP, ou seja, não foram perseguidos nem beneficiados com qualquer tipo de adaptação nos exercícios ou outra forma de tratamento distinto dos demais candidatos.
- Mais de 70% dos participantes acreditam ser positiva a presença de pessoas com deficiência dentro da corporação e apenas 4,2% consideram a presença deles como um fator negativo.
- 61,7% dos pesquisados creem que qualquer aluno aprovado no Curso de Formação está apto a iniciar a vida profissional como policial rodoviário federal, o que nos leva a concluir que os aprovados, incluindo os deficientes, são considerados aptos na leitura daqueles que conviveram com eles durante todo o CFP.
- Com relação às notas no Curso de Formação Profissional, temos em 2019 situação semelhante a de 2014, ou seja, **os candidatos com deficiência alcançaram notas semelhantes à média geral do curso, e, em muitos casos, tiveram notas superiores à média geral.**
- Média geral do CFP (excluindo-se as notas dos PCDs): 9,15
- Exemplos de notas dos candidatos PCDs: 8,83, 9,04, 9,19, 9,25, 9,43.

Outra constatação exarada no documento merece ser ressaltada. Os policiais com deficiência, durante o estágio probatório, não tiveram sequer uma avaliação negativa em relação à sua capacidade e competência no exercício de sua função.

Concluiu-se, portanto: “Como explicar que um candidato deficiente que logrou êxito em todas as provas da avaliação física, foi aprovado na avaliação psicológica e desempenhou todas as atividades no Curso de Formação Profissional (que são as mesmas desempenhadas pelos policiais em suas funções e em pé de igualdade com os candidatos não deficientes), seria considerado incompatível apenas por serem deficientes”?

Os portadores de deficiência, em sua maioria, não são incapazes do exercício de atividades policiais, sendo injusta sua eliminação pelo fator que o habilitou a

concorrer a uma das vagas afirmativas. E é exatamente isto que acontecerá, caso não alterado o edital.

O momento para aferição da compatibilidade não é a avaliação de saúde, pois serão devidamente avaliados no Curso de Formação Profissional e durante o estágio probatório.

Vejamos que, conforme o item 5.11: "O candidato com deficiência que, no decorrer do estágio probatório, apresentar incompatibilidade da deficiência com as atribuições do cargo será exonerado. Se a incompatibilidade ocorrer durante o CFP, o candidato será eliminado".

Lembremos ainda que, antes de ingressar no certame, o candidato cumpriu as exigências do edital, apresentando documento idôneo de comprovação de sua aptidão (parecer multidisciplinar).

O edital faz menção ao Decreto 9.739/2019, que ao disciplinar o tema, no artigo 42, IV, determina a observância do artigo 44 do Decreto nº 3.298/99, que, por sua vez, remete ao artigo 20 da Lei 8.112/90. O artigo 20 é claro, no sentido de que o estágio probatório é o momento da aferição da aptidão do candidato.

Em relação ao momento, insta ainda aduzir a tese firmada no STJ, neste sentido, na edição de nº 100, sendo tema pacificado na jurisprudência.

A eliminação dos candidatos que concorrem nas vagas afirmativas, na avaliação de saúde, devido ao fator que o habilitou a nelas concorrer é inconstitucional, ilegal e contrário aos princípios da isonomia material, da razoabilidade e da impessoalidade.

Nesse ínterim, são nulos os itens 5.3.2 e 5.4, bem como toda a disposição relacionada a avaliação de saúde, pois incompatíveis à Constituição. Deve ser reformada esta parte, publicando-se novo edital constando a impossibilidade de eliminação do candidato deficiente pelo fator que o habilitou a concorrer nas vagas a ele reservadas.

O candidato portador de visão monocular, utilizando o exemplo supramencionado, não pode ser eliminado na avaliação de saúde pelo fator previsto no item 7.3, III "a" do Anexo IV, sob pena de desvirtuarem-se os deveres impostos pela Constituição.

Nesta perspectiva discriminatória, outro fator ilegal há de ser considerado. Trata-se da situação relacionada aos candidatos deficientes que apresentam deformidades congênitas ou adquiridas compatíveis ao exercício do cargo.

Nestes casos, apesar de conseguirem atravessar a barreira da avaliação de saúde, outro obstáculo os é imposto, quando da etapa biopsicossocial, em conduta plenamente discriminatória, vejamos:

Nos termos dos itens 7.3, I "c"; 7.3, X, X.1, "i"; 7.3, XVIII, "c", os candidatos que apresentem deformidades congênitas ou cicatrizes deformantes ou aderentes só serão eliminados do concurso caso tais deformidades sejam incompatíveis à função instituída no edital.

Entretanto, aqueles não desclassificados nesta etapa, como ocorreu no concurso da Polícia Rodoviária Federal, são eliminados quando da avaliação biopsicossocial, em razão de lhes serem imprimida a condição de não deficientes, enquadrando-os no item 5.12.6 "d".

Tal interpretação não pode persistir, pois viola o conceito de deficiência, que, nos termos da Convenção Interamericana, "significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social".

A deficiência, nas lições de J.J. Canotilho é o intermédio entre a plena capacidade e a invalidez. Dessa forma, aquele que é restrito ao exercício de uma atividade, mas capaz de exercer outra, deve ser considerado deficiente.

O candidato que, apesar de possuir deformidade congênita, estiver apto ao exercício das atividades descritas no cargo, continuará sendo deficiente se limitado a outras funções ali não inclusas.

Ministro Celso de Mello, quando do julgamento do RMS 32.732, pugnou:

"Concurso público. Pessoa portadora de deficiência . Reserva percentual de cargos e empregos públicos (CF, art. 37, VIII). Ocorrência, na espécie, dos requisitos necessários ao reconhecimento do direito vindicado pela recorrente. Atendimento , no caso, da exigência de compatibilidade entre o estado de deficiência e o conteúdo ocupacional ou funcional do cargo público disputado, independentemente de a deficiência produzir dificuldade para o exercício da atividade funcional.



Pessoa portadora de necessidades especiais cuja situação de deficiência não a incapacita nem a desqualifica, de modo absoluto, para o exercício das atividades funcionais. Inadmissibilidade da exigência adicional de a situação de deficiência também produzir 'dificuldades para o desempenho das funções do cargo'. Reconhecimento, em favor de pessoa comprovadamente portadora de necessidades especiais, do direito de investidura em cargos públicos, desde que – obtida prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos dentro da reserva percentual a que alude o art. 37, VIII, da Constituição – a deficiência não se revele absolutamente incompatível com as atribuições funcionais inerentes ao cargo ou ao emprego público. Incidência, na espécie, das cláusulas de proteção fundadas na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Incorporação desse ato de direito internacional público, com eficácia e hierarquia de norma constitucional (CF, art. 5º, § 3º), ao ordenamento doméstico brasileiro (Decreto nº 6.949/2009). Primazia da norma mais favorável : critério que deve reger a interpretação judicial, em ordem a tornar mais efetiva a proteção das pessoas e dos grupos vulneráveis. Precedentes. Vetores que informam o processo hermenêutico concernente à interpretação /aplicação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas portadoras de deficiência (Artigo 3). Mecanismos compensatórios que concretizam, no plano da atividade estatal, a implementação de ações afirmativas . Necessidade de recompor, pelo respeito à diversidade humana e à igualdade de oportunidades, sempre vedada qualquer ideia de discriminação, o próprio sentido de igualdade inerente às instituições republicanas. Parecer favorável da Procuradoria-Geral da República. Recurso ordinário provido . " (RMS 32.732/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Nesse íterim, deve ser garantida aos candidatos com deformidade congênita compatível às funções inerentes ao cargo, mas limitados em relação a outras atividades, a condição de deficiente, sem espaço para interpretações restritivas.

## **2. Da violação do edital à Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e demais instrumentos internacionais**

Em data de 30 de março de 2007, novo salto foi dado em prol dos direitos humanos. Foi assinada em Nova Iorque a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, incorporada ao ordenamento brasileiro, nos termos do artigo 5º, §3º da CF, com força de emenda constitucional, através do Decreto 6.949/2009.

As justificativas para a assinatura do pacto internacional estavam claras quando da exposição de seu preâmbulo. Um dos itens, mais especificamente o item "K", assevera a preocupação "com o fato de que, não obstante esses diversos instrumentos e compromissos, as pessoas com deficiência continuam a enfrentar barreiras contra sua participação como membros iguais da sociedade e violações de seus direitos humanos em todas as partes do mundo".

Os preceitos editais constituem uma dessas temidas barreiras, na medida em que afrontam a Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, vejamos:

Nos termos do artigo 1º, um dos propósitos dessa figura legislativa internacional é a proteção das liberdades individuais, dentre elas o direito ao livre exercício do trabalho.

A norma traz no artigo 2º a definição da discriminação por motivo de deficiência, significando: "qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável".

Notamos, pelo conceito acima exposto, que a recusa à adaptação razoável fere a dignidade dos portadores de deficiência, caracterizando clara discriminação.

O conceito de adaptação razoável também é mencionado na norma: "significa as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais".

Nesse ínterim, é forçoso à banca examinadora a revisão dos critérios de avaliação de saúde dos candidatos deficientes, de modo a compatibilizá-los à Constituição, alterando o texto dos itens 5.3.2 e 5.4, de modo a constar

expressamente a impossibilidade de eliminação do candidato deficiente pelo fator que o habilitou a concorrer nas vagas a ele reservadas.

Persistindo os itens supracitados em seus termos originais estaria configurada clarividente discriminação, baseada na ausência do direito a adaptação razoável. A imposição, na avaliação de saúde, dos mesmos critérios incapacitantes é figura atentatória ao direito.

A alteração do edital, além de um direito dos deficientes físicos é um dever. O Brasil, como um dos Estados-parte, obrigou-se nos termos do artigo 4º a “adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na presente Convenção” (alínea “a”), bem como “adotar todas as medidas necessárias, inclusive legislativas, para modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes, que constituírem discriminação contra pessoas com deficiência” (alínea “b”). Além disso, nos termos da alínea “e”, vinculou-se a “tomar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação baseada em deficiência, por parte de qualquer pessoa, organização ou empresa privada”.

O candidato portador de visão monocular, utilizando o exemplo ditado páginas acima, não pode ser eliminado na avaliação de saúde pelo fator previsto no item 7.3, III “a” do Anexo IV, sob pena de desvirtuarem-se os deveres impostos pela Constituição.

O acesso dos deficientes aos cargos policiais, como o ora ofertado, é plenamente possível. As limitações que possuem, não os impedem de exercer as atividades inerentes ao cargo. São eles plenamente capazes, e muitas vezes, superiores às pessoas sem deficiência.

A comprovação de sua aptidão não pode ser obstaculizada, conforme explanado pela Constituição e demais normas vigentes, sob pena de discriminação.

O combate aos estereótipos e preconceitos deve partir de políticas públicas incisivas, que promovam a plena interatividade entre a sociedade. O edital caminha em sentido oposto, pois lhes confere tratamento prejudicial.

Conforme o item b.3 do Programa de Ação Mundial para as Pessoas Deficientes: “Os governos devem ser os primeiros a despertar a consciência da população quanto aos benefícios que seriam alcançados com a inclusão das pessoas deficientes em todas as esferas da vida social, econômica e política[1]”.

Nesse íterim, o inciso III, da letra "a", do item 2 do artigo 8º, que determina a promoção do "reconhecimento das habilidades, dos méritos e das capacidades das pessoas com deficiência e de sua contribuição ao local de trabalho e ao mercado laboral".

Utilizando mais um exemplo, além do portador de visão monocular, dentre outras causas, o deficiente auditivo é plenamente capaz de exercer as funções dispostas no instrumento convocatório, pois possuem diversas habilidades capazes de compensar a perda auditiva. Entretanto, nos termos que redigido o edital, mesmo que a junta multidisciplinar conclua pela sua plena aptidão às atividades inerentes à função, quando da avaliação de saúde, restará eliminado, pois incidirá nas condições incapacitante previstas no item 7.3.

O edital está verdadeiramente atuando como uma barreira ao ingresso de qualquer deficiente ao cargo ofertado, devendo ser revisto e adequado ao que dispõe a legislação, conforme longamente acima exposto.

O Brasil, ao aderir ao Programa de Ação Mundial para as pessoas deficientes, comprometeu-se, conforme item 90, alínea "c", a "proporcionar oportunidades, mediante a eliminação de obstáculos a participação plena".

No item 111, importante preleção: "Os Estados Membros devem atentar para determinados direitos, tais como os direitos à educação, ao trabalho, à seguridade social e à proteção contra tratamento desumano ou degradante e examiná-los a partir da perspectiva das pessoas portadoras de deficiência".

O artigo 133 complementa: "Quando atuarem como empregadoras, as administrações públicas centrais e locais deverão promover a colocação das pessoas portadoras de deficiência no setor público. As leis e regulamentos não devem criar obstáculos à colocação das referidas pessoas".

Na carta para o Terceiro Milênio, aprovada em 09 de setembro de 1999, em Londres foi firmado:

"O progresso científico e social no século 20 aumentou a compreensão sobre o valor único e inviolável de cada vida. Contudo, a ignorância, o preconceito, a superstição e o medo ainda dominam grande parte das respostas da sociedade à deficiência. No Terceiro Milênio, nós precisamos aceitar a deficiência como uma parte comum da variada condição humana. Estatisticamente, pelo menos 10% de qualquer sociedade nascem com ou adquirem uma deficiência; e

aproximadamente uma em cada quatro famílias possui uma pessoa com deficiência”.

No artigo III, da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, assinada na Guatemala em 28 de maio de 1999, e incorporada ao ordenamento brasileiro pelo Decreto 3.956/2001, o Brasil assumiu o compromisso de proporcionar a plena integração, através de, conforme a alínea “a”:

- a) medidas das autoridades governamentais e/ou entidades privadas para eliminar progressivamente a discriminação e promover a integração na prestação ou fornecimento de bens, serviços, instalações, programas e atividades, tais como o emprego, o transporte, as comunicações, a habitação, o lazer, a educação, o esporte, o acesso à justiça e aos serviços policiais e as atividades políticas e de administração;

O princípio da igualdade de direitos entre pessoas com e sem deficiência significa que as necessidades de todo indivíduo são de igual importância, e que estas necessidades devem constituir a base do planejamento social, e todos os recursos devem ser empregados de forma a garantir uma oportunidade igual de participação a cada indivíduo. Todas as políticas referentes à deficiência devem assegurar o acesso das pessoas deficientes a todos os serviços da comunidade.

### **3. Da possibilidade de impugnação administrativa do edital**

Cumprido salientar, quanto a impugnação ao edital, ser desnecessária a previsão expressa no instrumento. Trata-se de garantia de qualquer cidadão, amparado no direito de petição (art. 5º XXX,IV “a”).

Por analogia poderia aplicar-se o artigo 41 da Lei 8.666/93, que disciplina os editais licitatórios. Neste dispositivo há expressa previsão da possibilidade:

Art. 41, § 1º, Lei 8.666/93: Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

O projeto de lei 6004/2013, que busca instituir a Lei Geral dos Concursos Públicos, cuida do tema nos parágrafos terceiro e quarto do artigo 10:

§ 3º É dever da instituição organizadora esclarecer, em 10 (dez) dias, contados do recebimento do requerimento, eventuais questionamentos dos pretendentes ao cargo ou emprego público, mesmo que ainda não inscritos no certame, desde que solicitados por escrito, no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis após a divulgação do edital.

§ 4º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar o edital do concurso, devendo protocolar o pedido em até 5 (cinco) dias úteis após a sua divulgação, independentemente de previsão no edital.

Marçal Justen Filho discorre sobre o tema:

“O edital, consistindo em ato administrativo, comporta impugnação administrativa, como uma manifestação do exercício do direito de petição. A legitimidade ativa: qualquer cidadão pode formular a impugnação. Não é necessário comprovar interesse ou condições de participar no concurso. Existe um interesse objetivo de todo e qualquer cidadão quanto à regularidade, à utilidade e à legitimidade do concurso. O prazo para a impugnação: em se tratando de manifestação do direito de petição, não existe prazo para o exercício da impugnação. No entanto, é desejável que a insurgência seja manifestada em momento anterior ao início dos procedimentos pertinentes ao concurso. Muitas vezes, o próprio edital contempla prazos para a sua impugnação, inclusive estabelecendo que a ausência de impugnação acarretará a preclusão do direito de impugnação posterior. Essa solução deve ser interpretada em termos[2]”.

Portanto, plenamente possível a impugnação ao edital.

Apresentada a solicitação administrativa, sendo esta indeferida, restará ao Poder Judiciário, pelo sistema de freios e contrapesos, a missão de adequar o edital às leis vigentes.

#### **4. Da possibilidade de impetração de mandado de segurança**



Nos termos da Lei 12.016/09, o mandado de segurança é o remédio constitucional (art. 5º, LXIX, CF/88) apto a proteger os direitos não amparados por habeas corpus e habeas data, sempre que houver violação a direito líquido e certo, ou simplesmente justo receio de atentado, por parte de autoridade.

Dessa forma, diante de abusos a direitos taxados como líquidos e certos, permite-se ao cidadão defender-se, a partir da impetração do mandamus.

O direito terá de ser nítido na sua existência e delimitado na sua extensão. Direito líquido e certo é o direito que, pela sua evidência, não necessita de produção de provas. Líquido e certo não significa direito simples, podem ser apreciadas questões complexas, desde que sejam passíveis de comprovação documental. Significa que deve ser manifesto na sua existência e determinado na sua extensão. Este requisito se configura como uma condição de ação, interesse de agir, para se impetrar o mandado de segurança[3].

Inexistente a prova pré-constituída, sendo necessária instrução probatória, o melhor caminho será a ação pelo procedimento comum do CPC. Tudo irá depender das provas existentes.

No caso em comento, há afronta às disposições do artigo 37, incisos I e VIII, da CF/88, bem como ao Estatuto das Pessoas com Deficiência, além dos Decretos nº 9.508/2018, 9.739/2019, dentre outras leis, pois a política afirmativa instituída na Constituição e disciplinada pela legislação foi desconsiderada pela banca concursual.

Abre-se a possibilidade também de ser impetrado como medida preventiva, de modo a evitar, por justo receio de, aprovado nas demais etapas, ser o candidato deficiente eliminado na avaliação de saúde pelo fator que o habilitou a concorrer nas vagas afirmativas.

A violação é concreta, merecendo o cidadão proteção do Poder Judiciário, já que no Concurso para a Polícia Rodoviária Federal todos os candidatos deficientes foram injustamente eliminados na avaliação de saúde.

Tal espécie tem guarida jurisprudencial:

MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. CONCURSO PÚBLICO PM/BA. EDITAL SAEB/1/2012. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO GOVERNADOR DO ESTADO E DO SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO AFASTADAS. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA PROCESSAR E JULGAR O MANDAMUS. LIMITAÇÃO ETÁRIA. POSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DO

REQUISITO AO TEMPO DA INSCRIÇÃO NO CONCURSO. ORIENTAÇÃO DO STF. CARACTERIZADO JUSTO RECEIO. SEGURANÇA CONCEDIDA. 01. É flagrante a legitimidade do Secretário de Estado impetrado para figurar no polo passivo do writ, uma vez que ele quem assina o Edital do concurso público e, nos termos apostos nesta norma reguladora do certame, responde pelos questionamentos sobre sua legalidade, bem como pela correta aplicação das regras nele dispostas. 02. O Governador do Estado deve figurar no polo passivo deste mandamus, porquanto ele é a autoridade competente para fins de nomeação e posse dos aprovados no certame. Preliminar de ilegitimidade das autoridades apontadas coatoras afastada. 03. O art. 123 da Constituição Estadual e o art. 92 do RITJBA conferem ao Tribunal de Justiça, em uma de suas Seções Cíveis, a competência para processar e julgar o writ. Alegação de incompetência afastada. 04. Ao contrário do que aduz o Estado da Bahia e à luz dos princípios constitucionais, administrativos e da Jurisprudência do Pretório Excelso, a aferição do limite etário deve ocorrer no ato de inscrição no certame, e não na época da matrícula no curso de formação da carreira. Súmula 683 do STF. 05. O impetrante, quando do período de inscrição no certame, tinha 30 (trinta) anos, 01 (um) mês e 23 (vinte e três) dias de idade porquanto nascido em 12/09/1982, atendendo, assim, o limite etário estabelecido pela Administração. 06. O iminente ato da Administração Pública de exigir que o impetrante, caso este venha a ser efetivamente convocado, atenda ao requisito da idade fixada para a matrícula no Curso de Formação, cumprindo o critério estabelecido no edital, constatado que ele já conta com 31 (trinta e um) anos de idade completos, justifica a impetração do writ de caráter preventivo. Justo receio caracterizado. Segurança concedida. (Classe: Agravo Regimental, Número do Processo: 0017662-74.2014.8.05.0000/50000, Relator (a): Regina Helena Ramos Reis, Seção Cível de Direito Público, Publicado em: 13/03/2015) (TJ-BA - AGR: 00176627420148050000 50000, Relator: Regina Helena Ramos Reis, Seção Cível de Direito Público, Data de Publicação: 13/03/2015)

A nulidade dos itens impugnados é latente, e mantida suas disposições será cessado o direito de participação plena no certame. A alteração é medida que se

impõe, de modo a impossibilitar a Administração eliminar o candidato em razão do fator que o habilitou a concorrer em uma das vagas reservadas, garantindo-se, ao menos, uma tutela inibitória.

O candidato deve concorrer ao cargo tendo esta garantia, sob pena de causar-lhe estrondosa insegurança jurídica, violando até mesmo a dignidade da pessoa humana, pedra angular do direito brasileiro.

A Administração deve ter diretrizes objetivas, pois deve obediência à lei. O edital não deve conter disfarces inconstitucionais, limitadores de direitos plenamente assegurados.

O concurso público é um instituto democrático, de fins meritórios, com fulcro de selecionar os melhores candidatos possíveis às vagas ofertadas. O mérito será alcançado por políticas isonômicas, em prol da participação justa de cada candidato.

Ao Administrador não é permitido desqualificar qualquer participante por diferenças existentes entre eles. A aplicação do certame deve alçar patamar integrador, socializador, abrangendo o máximo de pessoas possíveis, pois é o que determina a Constituição quando prevê como um dos objetivos fundamentais a promoção do bem de todos, sem qualquer espaço para discriminação.

O direito ao trabalho é direito social expressamente previsto no caput do artigo 6º, e como tal, deve ser alçado ao patamar de garantia fundamental do cidadão. O ato que mitiga tal direito é lesivo e subversivo à ordem jurídica justa.

Em especial, vale relembrar o artigo 34, §3º do Estatuto das Pessoas Com Deficiência:

*“É vedada restrição ao trabalho da pessoa com deficiência e qualquer discriminação em razão de sua condição, inclusive nas etapas de recrutamento, seleção, contratação, admissão, exames admissional e periódico, permanência no emprego, ascensão profissional e reabilitação profissional, bem como exigência de aptidão plena”, prevendo ainda o §5º “É garantida aos trabalhadores com deficiência acessibilidade em cursos de formação e de capacitação”.*

Complementa o artigo 38 do diploma supracitado que:

*“A entidade contratada para a realização de processo seletivo público ou privado para cargo, função ou emprego está*

*obrigada à observância do disposto nesta Lei e em outras normas de acessibilidade vigentes”.*

Ao criar fatores incapacitantes sem ressaltar os candidatos deficientes há verdadeira seleção discriminatória de pessoal por parte da Administração, atentando também contra o princípio da impessoalidade.

O instrumento, da forma em que publicado, viola a garantia de acesso aos cargos públicos, mitigando o direito ao trabalho, bem como as políticas materialmente isonômicas, pois concede tratamento igual aos desiguais.

Embora seja o edital a lei do concurso, não deixa este de ser um ato administrativo vinculado, e, como tal, não pode desrespeitar dispositivo legal, pois o provimento do cargo público deve situar-se nos limites delineados pela legislação. (STJ – Resp 441.121/DF).

O Estado Democrático de Direito é aquele que confere segurança jurídica ao cidadão. Permitir que a Administração Pública disfarce o cumprimento da lei é abalar as estruturas democráticas da nação.

### **Conclusão**

Ante o exposto, são nulos os itens 5.3.2 e 5.4, bem como toda a disposição relacionada a avaliação de saúde, pois incompatíveis à Constituição, ao Estatuto das Pessoas Com Deficiência, à Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e demais instrumentos normativos citados, motivo pelo qual, deve ser reformada esta parte, publicando-se novo edital constando a impossibilidade de eliminação do candidato deficiente pelo fator que o habilitou a concorrer nas vagas a ele reservadas

Devem ser adotados critérios diferenciados de avaliação, em prol da isonomia material, de modo a permiti-los provar sua plena capacidade, sem impor barreiras durante o certame, sob pena de lhes conceder expectativa de direito simulada, em flagrante conduta discriminatória.

Conforme a Declaração de Cave Hill (Item 3), em 1983, adotada durante o Programa Regional de Capacitação de Líderes, da Organização Mundial das Pessoas com Deficiência: “Todas as barreiras que impeçam a igualdade de oportunidades devem ser removidas”.

Os critérios de avaliação da compatibilidade da deficiência aos cargos ofertados devem seguir padrões objetivos e plausíveis, sob pena de inviabilizar a concorrência, perfazendo verdadeira política de exclusão social.

O deficiente físico merece ser integrado na sociedade em amplo espectro, pois a deficiência nunca será um obstáculo a proposta de vida por ele perquerida. Sendo assim, ao deficiente que tem como sonho ingressar nos quadros do Departamento Penitenciário Nacional não se deve impor obstáculos indevidos, pelo contrário, deve haver incentivos, no ritmo objetivado pela inclusiva legislação vigente.

### Referências bibliográficas

Brasil, Constituição Federal. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) > Acesso em 05 de maio de 2020;

Brasil, Lei 8.112/90. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm) > Acesso em 06 de maio de 2020.

Brasil – Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei 13.146/15. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm) > Acesso em 06 de maio de 2020.

Edital do Concurso do DEPEN – Disponível em < [https://cdn.cebraspe.org.br/concursos/DEPEN\\_20/arquivos/ED\\_1\\_DEPEN\\_2020\\_AB\\_T.PDF](https://cdn.cebraspe.org.br/concursos/DEPEN_20/arquivos/ED_1_DEPEN_2020_AB_T.PDF) > Acesso em 05 de maio de 2020.

Brasil, Decreto nº 9.508/2018 – Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9508.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9508.htm) > Acesso em 05 de maio de 2020.

Brasil, Decreto nº 9.739/2019 – Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Decreto/D9739.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Decreto/D9739.htm) > Acesso em 05 de maio de 2020.

Brasil, Decreto nº 6.949/2009 – Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm) > Acesso em 08 de maio de 2020;

Brasil, Decreto nº 3.956/2001 – Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2001/D3956.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3956.htm) > Acesso em 08 de maio de 2020;

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo, 13. Ed. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2018, pag. 744.

Agra, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional – 9. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2018 – Pag. 278.

NOTAS:

[1] <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/deficiente/progam.htm>

[2] JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo, 13. Ed. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2018, pag. 744.

[3] Agra, Walber de Moura Curso de Direito Constitucional / Walber de Moura Agra.– 9. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2018 – Pag. 278.



## A POSSE DA USUCAPIÃO

**BRENDA DE LIMA SILVESTRIN:**

Bacharelanda em Direito da Universidade Brasil, campus de Fernandópolis-SP

Trabalho de Conclusão de Curso, artigo científico, apresentado como exigência parcial da habilitação profissional de Bacharel em Direito da Universidade Brasil, campus de Fernandópolis-SP, orientado pelo Professora Dr<sup>a</sup>. **Thalita Toffoli Paez.**

**RESUMO:** Quando se aborda um tema de importância considerável quanto o tema da usucapião, é certo que se está abordando um meio aquisitivo de propriedade que já existe há bastante tempo, ao mesmo passo que tal instituto não deixa de ser abordado e discutido no mundo jurídico até os dias atuais, considerando, desta forma, que o direito tutelado por ela não é só uma garantia à propriedade, mas alguns direitos reais, não todos, também gozam de sua tutela, garantindo e assegurando também a dignidade humana. São várias teorias relativas à posse, mas as duas principais são: A Teoria Subjetiva da Posse e a Teoria Objetiva da Posse, que terminam se contrapondo no aspecto evolutivo acerca do instituto. O Usucapião é o direito que o indivíduo adquire em relação à posse de um bem móvel ou imóvel em decorrência da utilização do bem por determinado tempo, contínuo e incontestadamente, o usucapião pode adquirir algum bem imóvel desde que não seja Público. A teoria objetiva traça distinção entre posse e propriedade, estabelecendo que aquela complementa e permite o exercício pleno dos direitos insitos a esta. É dizer, o aproveitamento econômico da coisa que pertence ao dono é possível quando este também possui a posse. Destarte, a posse, para a teoria objetiva, reveste-se de importância fulcral no estudo do Direito das Coisas. Posse precária é uma posse que começa justa e depois passa a ser injusta. Exemplo: amparada em um contrato de comodato, começa com promessa de compra e venda de bem imóvel, um contrato solene a partir da primeira parcela do sinal já tomaria posse e depois não paga o restante acordado, se torna posse injusta por ser precária. O que caracteriza a posse precária é uma posse obtida por abuso da confiança. Não convalesce em usucapião, ela não se torna justa.

**Palavras-chave:** Posse. Teoria Subjetiva. Teoria Objetiva. Teoria Sociológica. Classificação. Modalidades da Usucapião.

**ABSTRACT:** When it comes to a subject of considerable importance as the issue of adverse possession, it is certain that it is addressing a means of acquiring property that has been around for a long time, while such an institute is still being addressed and discussed in the legal world until the end of the year. Nowadays, considering that the right protected by it is not only a guarantee to the property, but some real rights, not all, also enjoy its protection, guaranteeing and assuring the human dignity. There are several theories concerning possession, but the two main ones are: Subjective Theory of Possession and Objective Theory of Possession, which end up opposing the evolutionary aspect about the institute. Usucapion is the right that the individual acquires in relation to the possession of a movable or immovable property as a result of the use of the property for a certain time, continuously and unquestionably, the usucapion can acquire some immovable property provided that it is not public. Objective theory distinguishes between ownership and property, establishing that it complements and allows the full exercise of the rights inherent in it. That is to say, the economic use of the thing that belongs to the owner is possible when the owner also has the possession. Thus, possession, for objective theory, is of central importance in the study of the Law of Things. Precarious possession is a possession that starts fairly and then becomes unfair. Example: backed by a lending contract, begins with a promise to buy and sell real estate, a solemn contract from the first installment of the signal would already take possession and then does not pay the remaining agreed, becomes unfair possession because it is precarious. What characterizes precarious possession is possession obtained through abuse of trust. It does not convalesce in adverse possession, it does not become fair.

**Keywords:** Possession. Subjective theory. Objective theory. Sociological theory. Classification. Modalities of adverse possession.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. A Posse. 3. Teoria Subjetiva. 4. Teoria Objetiva. 5. Teoria Sociológica. 6. Classificação da Posse. 7. Teorias Fundamentais sobre a Posse. 8. Usucapião Ordinária. 9. Usucapião Extraordinária. 10. Usucapião Especial Urbana. 11. Usucapião Constitucional ou Especial Urbana por Abandono do Lar. 12. Considerações Finais. 13. REFERÊNCIAS.

## 1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem o escopo analisar o instituto da Posse e das modalidades da Usucapião, primeiramente, será feito breve histórico a respeito da posse e da usucapião no conceito.

São várias teorias relativas à posse, mas as duas principais são: A Teoria Subjetiva da Posse e a Teoria Objetiva da Posse, que terminam se contrapondo no

aspecto evolutivo acerca do instituto. A maior parte da doutrina se baseia na teoria objetiva como a adotada.

A teoria Subjetiva (Savigny) é desenvolvida pelo jurista Carl Von Savigny, no seu "Tratado da Posse", é aquela em que, para restar caracterizada a posse, é necessária estar presente um elemento subjetivo consistente na vontade de ser dono da coisa. Objetiva (Ihering) é estabelecer apenas um elemento para sua caracterização, qual seja, o corpus que é a utilização do poder conferido ao possuidor sobre a coisa.

Considera-se possuidor, todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade. Usucapião é o direito que o indivíduo adquire em relação à posse de um bem móvel ou imóvel em decorrência da utilização do bem por determinado tempo, contínuo e incontestadamente. Em caso de imóvel, qualquer bem que não seja público pode ser adquirido através da usucapião.

## **2.A POSSE**

Apesar de também reconhecer que a conceituação da posse continua sendo tema altamente discutida e controvertida, Gonçalves (2010, p. 15) aponta um conceito derivado da teoria de Ihering.

Art. 485. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.(BRASIL, 2002).

Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

A posse constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais.

## **3.TEORIA SUBJETIVA**

A Posse tem dois elementos objetiva (*corpus*), que o poder físico ou estado ou qualidade do que é ou está disponível sobre a coisa; já a Subjetivo (*animus*) é o que teria a intenção de adquirir ou ter a coisa pra si. Nesse sentido, o locatário, o depositário e outros sujeitos em situação semelhante sem *animus domini* não seriam possuidores e sim meros detentores, pois não teriam qualquer intenção de tornarem-se proprietários da coisa.

“São conceitos inconfundíveis o *animus domini* e o *opinio domini* só o primeiro é elemento constitutivo da posse. Se alguém é ou não o proprietário da coisa possuída ou ainda se pensa ser ou não é fato irrelevante para a configuração da posse. Basta que possua a coisa com vontade de ser o proprietário para que tenha acesso aos interditos e possa beneficiar-se da usucapião”.

#### **4. TEORIA OBJETIVA**

A teoria de Ihering parecia complexa aos leigos, tanto que ele chegou a confeccionar folhetos que a melhor explicava a fim de distribuir para a população. Ora, o natural era que a posse fosse do proprietário e, nesse caso, sua teoria não teria qualquer utilidade. A posse e a propriedade se exteriorizavam de maneira idêntica, portanto, aos olhos do homem comum, tratava-se do mesmo conceito. Somente se tornava interessante o seu pensamento nos casos em que o proprietário não fosse possuidor ou em que o possuidor não fosse proprietário.

A Teoria Objetiva, de Ihering, parte do entendimento de que o elemento *corpus* é suficiente para caracterizar a posse, daí a objetividade da teoria. Para o autor, o *animus* constitui elemento ínsito, implícito do poder de fato exercido sobre a coisa, ou seja, o *corpus*. Segundo Ihering, o elemento objetivo é o caractere visível e passível de comprovação, sendo a manifestação externa do direito.

A teoria objetiva traça distinção entre posse e propriedade, estabelecendo que aquela complementa e permite o exercício pleno dos direitos ínsitos a esta. É dizer, o aproveitamento econômico da coisa que pertence ao dono é possível quando este também possui a posse. Destarte, a posse, para a teoria objetiva, reveste-se de importância fulcral no estudo do Direito das Coisas.

Para o ilustre autor alemão, a posse é reconhecida pela destinação econômica dada à coisa, ou seja, percebe-se a posse sobre um bem pela forma econômica da relação exterior com o possuidor. Cita-se que qualquer pessoa é capaz de saber que materiais próximos a uma construção mesmo que não haja ninguém, no local, exercendo o poder fático sobre a coisa devido à circunstância de pertinência entre bens e destinação econômica, indicam a posse de alguém. Destarte, o *corpus*, exteriorização da propriedade, que desempenha a função de indicar a função

econômica e a quem pertence a coisa, constitui a parte externa da relação possessória.

## **5. TEORIA SOCIOLOGICA**

Os três grandes expoentes da Teoria Sociológica da posse são Silvio Perozzi, da Itália, Raymond Saleilles, da França e Antônio Hernandez Gil, da Espanha. Segundo esses juristas sociólogos, a posse só se legitima se atingida sua função social. Sua teoria preconiza que a posse tem autonomia em face da propriedade.

Nesse sentido, vale destacar o enunciado 492, da V Jornada do Direito Civil, de 2011.

“A posse constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais merecedores de tutela”

No sentido de que a posse independe de corpus e de animus, ela é tão somente o resultado do fator social. Para o autor, a abstenção de terceiros diante de uma situação é que legitima a posse.

Há o clássico exemplo do chapéu que, além de explicar o pensamento de Perozzi, rebate a ideologia de Savigny e de Ihering. Um homem caminhando pela rua com um chapéu em sua cabeça é possuidor, na teoria objetiva, pois tem a conduta esperada para o dono de um chapéu. Na teoria subjetiva, ele é possuidor por conta de ter o chapéu em sua cabeça, poder tirá-lo e recolocá-lo e ainda defender-se de quem quer que o deseje tomar. Na teoria, o homem possui o chapéu porque é quem dispõe dele, em detrimento das outras pessoas, e ninguém se rebela contra esse fato. Logo, a sociedade o aceita como legítimo possuidor.

A teoria da apropriação econômica de Saleilles leciona que a posse é autônoma diante do direito real, pois ela considera, sobretudo, a consciência social em seu viés econômico para caracterizar a posse.

## **6. CLASSIFICAÇÃO DA POSSE**

Quanto aos vícios subjetivos: Posse de boa-fé e Posse de má-fé. Pelo artigo 1201, posse de boa-fé, quando o possuidor ignora o vício da posse ou obstáculo que impede a aquisição da coisa. A posse de má-fé é aquela que o possuidor tem ciência de seus vícios.

Hipótese de boa-fé subjetiva no código civil de 2002, porque para provar que ele está de má-fé tem que provar que ele sabe. Exceção à regra do código civil que

usa o princípio da boa-fé objetiva. Para o caso existe a presunção, ou seja, admite prova em contrário, estamos diante de uma presunção relativa.

Quanto aos vícios objetivos: Posse Justa, a que não é violenta, clandestina ou precária e a Posse Injusta é violenta, clandestina ou precária.

Posse precária é uma posse que começa justa e depois passa a ser injusta. Exemplo: amparada em um contrato de comodato, começa com promessa de compra e venda de bem imóvel, um contrato solene a partir da primeira parcela do sinal já tomaria posse e depois não paga o restante acordado, se torna posse injusta por ser precária. O que caracteriza a posse precária é uma posse obtida por abuso da confiança. Não convalesce em usucapião, ela não se torna justa.

A Posse Nova e Posse Velha pelo artigo 924 do CPC que diz quando a ação for ajuizada dentro de um ano e um dia segue o rito especial, segue tal prazo para distinção. Dentro de um ano e um dia posse nova e passado esse prazo, posse velha.

A Posse Ad Usucapionem é a posse mansa ou pacífica, ininterrupta e com animus domini. A Posse mansa não é posse de boa-fé ou posse justa, é a posse que não sofreu oposição, ela pode até ser de má-fé desde que não tenha oposição. Ininterrupta tem que ser contínua com a possibilidade de somar a posse através da accessio possessionis e successio possessionis.

Sendo accessio possessionis por ato inter vivos e successio possessionis mortis causa. Para cumprir o requisito da usucapião extraordinária pode somar a posse do antecessor. O Animus domini ou ânimo de dono se caracteriza como a intenção de ser dono ou agir como dono. Aqui tem como lógica, impedir o locatário de adquirir a propriedade por usucapião, impede também o comodatário, tem um contrato no imóvel.

A Interversão da posse é a inversão da natureza da posse, exemplo: A posse de boa-fé passa a ser uma posse de má-fé ou a posse justa passa ser uma posse injusta.

## **7. TEORIAS FUNDAMENTAIS SOBRE A POSSE**

Pereira (2010, p.20) nos ensina que existem três grandes correntes de pensamento sobre as teorias da posse. Diz ainda que não se pode decidir qual seria a correta com base na "autoridade dos combatentes", pois estariam todos em igualdade de condições de respeitabilidade.



Os grandes expoentes por trás das duas teorias mais tradicionais carregam seu nome junto ao de sua teoria de maneira umbilicalmente associada. Assim, fala-se sempre da Teoria Subjetiva de Savigny e da Teoria Objetiva de Ihering.

Há contudo uma terceira teoria, modernamente bem aceita, e fortemente defendida por alguns doutrinadores - como é o caso de Tartuce. Trata-se da Teoria Sociológica, que tem alguns expoentes, porém, cremos que os de maior destaque sejam Saleilles, Perozzi e Hernandez Gil.

## **8. USUCAPIÃO ORDINÁRIA**

Quando se aborda um tema de importância considerável quanto o tema da usucapião, é certo que se está abordando um meio aquisitivo de propriedade que já existe há bastante tempo, ao mesmo passo que tal instituto não deixa de ser abordado e discutido no mundo jurídico até os dias atuais, considerando, desta forma, que o direito tutelado por ela não é só uma garantia à propriedade, mas alguns direitos reais, não todos, também gozam de sua tutela, garantindo e assegurando também a dignidade humana.

A palavra incontestadamente significa, que não tem dúvida que durante um tanto tempo (três anos), aquele móvel ou aquela propriedade passa ser daquele que adquiriu com justo título e boa-fé. De forma ininterrupta e sem oposição

É o que fala o artigo:

Art. 1.260 Aquele que possuir coisa móvel como sua, continua e incontestadamente durante três anos, com justo título e boa fé, adquirir-lhe-á a propriedade.

Art. 1261 Se a posse da coisa móvel se prolongar por cinco anos, produzirá usucapião, independentemente de título ou boa-fé.

Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

Parágrafo único: Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

Aqui diz que a partir de um certo tempo, o dono da coisa, não for atrás dos seus direitos, aquela propriedade móvel ou imóvel será daquele (pessoa) que acabou adquirindo e tomando posse do Móvel ou Imóvel.

Como se eu tivesse alugado algo (casa, carro e terrenos), com contrato de um tanto tempo, tudo bem explicado e bem formulado neste contrato, mais passou alguns anos que utilizava o móvel ou imóvel como se passou muitos anos e tempos que estava comigo, consegui adquirir, possuir e tomar posse se tornando meu, tornou meu desde que não seja algo público.

## **9. USUCAPIÃO EXTRAORDINARIA**

A usucapião extraordinária, portanto, é a primeira modalidade a ser abordada, disposto no artigo 1238 do Código Civil Brasileiro possui como requisitos: tempo de 15 anos ininterruptos, sem oposição, independe de justo título e boa-fé.

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Paragrafo Único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á dez anos se possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizada obras e serviços de caráter produtivo.

No artigo acima, diz que podendo requerer ao juiz, e o juiz dando ou declarando sentença a pessoa pode tomar posse do imóvel e estabelecendo a sua moradia habitual, e podendo usar, usufruir e agir da maneira que quiser dentro do seu imóvel.

É importante destacar um detalhe, que o fato de pagar os tributos não é suficiente para que conte o prazo, para que seja contado o prazo de posse é necessário ter posse trabalho, que significa manifestar por meio de obras e serviços realizados pelo possuidor ou de construção, no local, de sua morada.

## **10. USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA**

A usucapião *pro-moradia* não se trata de uma mera utilização da coisa, pois se assim fosse, restaria uma insegurança jurídica em relação ao proprietário, revelando-se uma verdadeira apreensão de seus bens. Revela-se, dentre outras, uma forma de impulsionar o direito à moradia, previsto constitucionalmente como um direito social.

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

É importante porque faz salientar características desta vertente, são importantes e não é possível usucapir bens que não tenham benfeitorias, esta modalidade é conhecida como "pro moradia" atendendo então a especificidade da MORADIA. As benfeitorias são o que faz as melhorias, transformações, adaptações e adequando para poder organizar e melhorar sempre cada detalhe, para conseguir a sua moradia e a habitação.

A pessoa só pode usar a usucapião ou só é possível usucapir quando ela faz a benfeitoria, só assim a pessoa poderá ter a modalidade que é conhecida como "pro moradia". Estando o usucapiendo bem descrito e identificado a quem pertence, pois estando o imóvel individualizado, porquanto o condômino pode usucapir mais desde que possua a *posso pro sua e animus domini*.

## **11. USUCAPIÃO CONSTITUCIONAL OU ESPECIAL URBANA POR ABANDONO DO LAR**

A usucapião familiar, que também pode ser chamada de usucapião especial urbana por abandono do lar conjugal, ou usucapião de meação, ou usucapião sanção ou até mesmo de usucapião pró-família, que só pode ser concedido para a mesma pessoa uma única vez, é um instituto bem peculiar gerador de várias discursões dentro da doutrina.

É um meio originário de aquisição de propriedade que contem o menor prazo para sua caracterização, trazendo um prazo de 02 anos apenas, observa-se que este fenômeno contém um prazo menor que a usucapião de bem móvel, sendo que o prazo a ser percorrido para a caracterização da usucapião de bem móvel vem a ser de 03 anos.

Diante do que foi exposto, entendo que é notória compreensão de missão garantir o direito à moradia para aqueles que foram abandonados por seus ex-

companheiros ou ex-cônjuges, cada parte tem a metade dos bens e tem como do objeto de usucapião familiar por consequência do abandono do lar.

A nova modalidade de usucapião especial urbana ou pró-moradia o abandono do lar dos companheiros, de um imóvel comum e o prazo de dois anos.

A usucapião familiar é passível somente no imóvel urbano, tendo que buscar

Privilegiar a moradia e não o trabalho. É sempre em favor das pessoas de baixa renda.

## **12. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A posse é um dos institutos mais controvertidos do Direito Civil. Vê-se claramente, pela diversidade de opiniões doutrinárias e pela variedade de correntes justificadoras de suas características, o quanto a posse é complexa e de difícil compreensão. De fato, até a conceituação e a definição de sua natureza jurídica continuam a ser grandes incógnitas.

Apesar das divergências de opinião, todos os juristas reconhecem sua importância e destacam os efeitos e as particularidades do instituto. Nesse sentido, os estudos da origem e das teorias a respeito da posse ajudam a formar convicções e a melhor conhecer o “espírito” dela.

Mesmo com a afirmação categórica de grande parte da doutrina de que a teoria adotada em nosso Código Civil de 2002 foi a Teoria Objetiva de Ihering, cada vez mais importantes doutrinadores reconhecem a mitigação da teoria ou mesmo a adoção da Teoria Sociológica de Saleilles

Por fim, uma visitação nas classificações da posse nos ajuda a entender alguns dos detalhes que circulam a conturbada vida do instituto.

## **13. REFERÊNCIAS**

GOLÇALVES, Carlos Roberto. DIREITO CIVIL BRASILEIRO – Direito das Coisas. 7ª ed. vol. 5. São Paulo: Editora Saraiva. 2012.

BRASIL. Código Civil (1916). Lei no. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: Acesso em: 11 mai. 2015.

<https://jus.com.br/artigos/69422/a-usucapiao-especial-urbana-por-abandono-do-lar-conjugal>

<https://jus.com.br/artigos/58573/da-acao-de-usucapiao>

## O EXERCÍCIO DO *JUS POSTULANDI* NA SEARA TRABALHISTA E A POSSÍVEL CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS

**LUIS ALBERTO MARQUES PINHEIRO:**

Bacharel em Direito. Atualmente pós-graduando em: Direito tributário e constitucional pela (UNIFACS), Direito processual Civil e Resoluções de conflitos também pela (UNIFACS) e Direito previdenciário e do Trabalho pela Faculdade Sao Salvador

**RESUMO:** A presente pesquisa bibliográfica tem como objetivo analisar o exercício do *Jus Postulandi* na Justiça do Trabalho e a possibilidade do pagamento dos honorários sucumbenciais. O problema perpassa pelo questionamento no que concerne a eficácia, já que apenas o advogado tem os requisitos necessários para resguardar e assegurar a tutela jurisdicional na composição dos conflitos de interesses. A justificativa baseia-se no fato de que o instituto do *Jus Postulandi* tem como objetivo propiciar ao cidadão hipossuficiente o acesso à justiça, tendo em vista que este constitui o direito de se auto-representar na propositura de uma ação judicial. E, com o advento da Reforma Trabalhista surgiu à informação que o pagamento dos honorários sucumbenciais serão arbitrados entre 5 a 15%, mesmo daqueles processos onde os advogados estão atuando em causa própria. Tem-se como hipótese a idéia que o legislador buscou facilitar e garantir o acesso à justiça para os cidadãos que não têm condições de arcar com o pagamento de um advogado.

**Palavras-chave:** "*Jus Postulandi*"; Reforma Trabalhista; Acesso à Justiça; Honorários Sucumbenciais.

**Sumário:** 1. Introdução - 2. Evolução histórica. 3. Princípios norteadores: 3.1 Princípio da conciliação; 3.2 Princípio da igualdade; 3.3 Princípio da inafastabilidade da jurisdição (acesso à justiça); 3.4 Princípio da proteção; 3.5 Princípio do duplo grau de jurisdição; 3.6 Princípio do *jus postulandi*. 4. Previsão legal. 5. Condenação em sucumbência concomitantemente ao exercício do *jus postulandi*. 6. Considerações finais. 7. Referências.

### 1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como cerne buscar entendimento sobre o exercício do *jus postulandi* e a possível condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais na seara trabalhista, desde o seu surgimento até os dias de hoje,



tendo como base a Súmula 425 do Tribunal Superior do Trabalho com a abordagem de suas limitações. Assim, vê-se que, o *jus postulandi* é a faculdade em que as partes têm de propor uma ação na justiça do trabalho requerendo direito próprio sem a necessidade de constituir um advogado.

O referido instituto fundamenta-se na Constituição Federal de 1988, no inciso XXXV, artigo 5º, que cita em seu texto: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Tem sustentação na própria CLT que traz em seu artigo 791, a permissão para que as partes possam adentrar na justiça do trabalho em sua própria defesa.

No entanto, é válido lembrar que o instituto em questão traz certa insegurança jurídica para alguns doutrinadores no que se tange à celeridade processual e vindo a ferir os direitos fundamentais, tais com o princípio do contraditório e da ampla defesa, pois uma pessoa que não entenda os trâmites processuais não terá capacidade de expor todas as defesas julgadas possíveis.

Percebe-se que o intuito do legislador em relação ao instituto do *jus postulandi* é possibilitar que todos tenham acesso à justiça no âmbito trabalhista, e deste modo facilitar a resolução de conflitos para quem não tem condição de contratar um advogado e também para aliviar o Poder Judiciário diminuindo a demanda no que se refere à Assistência Judiciária Gratuita.

Cumprе ressaltar que, o fato de não haver advogado habilitado no processo não caracteriza afronta o art. 133 da Constituição Federal de 1988, que cita: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

O objetivo desta pesquisa é questionar se o gerenciamento do processo por uma pessoa não qualificada irá afetar outros direitos, desta forma, buscar-se-à expor de maneira crítica os conceitos e reflexos do *jus postulandi* para que melhor se compreenda este instituto, fazendo uma abordagem mais enfática na condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais, pela entrada em vigor da Lei 13.467/17, que alterou a CLT, passando a prever no artigo 791-A, o pagamento dos honorários de sucumbência ao advogado, a serem arbitrados no valor entre 5 a 15%, sendo este o foco principal do trabalho.

## 2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A Justiça do Trabalho no Brasil surgiu devido ao grande número de conflitos trabalhistas que foram aparecendo ao longo dos anos, e que tão logo se revelou a necessidade de solução desses litígios, nascendo assim o Direito do Trabalho.

Os primeiros órgãos criados com o intuito de solucionar conflitos trabalhistas, foram os órgãos de conciliação. Mas, cabe lembrar que não há um consenso que comprove de forma exata o período do surgimento desses órgãos.

Conforme relata Nascimento, no ano de 1922, no Estado de São Paulo, ocorreu a primeira implantação, como experiência de um órgão especializado para suprir os litígios trabalhistas. Assim, deu-se a criação de Tribunais Rurais constituídos por um juiz de direito da comarca, um representante dos trabalhadores e outro dos fazendeiros. Os objetivos do Tribunal eram receber as reclamações, entender os conflitos, defender e julgá-los. Porém, essa experiência não durou muito tempo.[1]

Houve um fracasso, como destaca Ferreira, devido ao poder que o Juiz de Direito exercia nas suas próprias decisões, e sendo que os representantes dos trabalhadores e dos fazendeiros sempre se sujeitavam as suas decisões, temendo serem apontados como traidores.[2]

A partir do ano de 1930, houve o aumento da industrialização no País e logo surgiram as grandes mudanças nas relações trabalhistas brasileiras. No ano de 1932, deu-se a criação das primeiras Juntas de conciliação e julgamento e as comissões mistas de conciliação, órgãos administrativos e vinculados aos executivos.

Com o passar dos anos, foram observados que as formadas comissões mistas de conciliação funcionavam de um modo restrito, apenas para conflitos coletivos do trabalho e para os dissídios individuais, eram as juntas de conciliação e julgamento. Ademais, é importante frisar que somente tinham o direito de ação aqueles que fossem empregados e sindicalizados, dessa forma, não atendendo a demanda geral e, em relação as decisões das Juntas de conciliação e julgamento eram de competência dos juízes federais.

As cartas magnas de 1934 e de 1937 trazem referências da criação de uma justiça do trabalho, sem a sua estruturação, no entanto, desvinculada do Poder Judiciário. A Constituição de 1934, também fazia menção a formação da Justiça do Trabalho através de Tribunais do Trabalho e Comissões de Conciliação, com a eleição de seus membros, sendo metade pelas associações que representavam os empregados e a outra metade pela dos empregadores e o presidente era livre, tendo sua nomeação pelo Governo.[3]

Após alguns anos de implementação e aprimoramento das questões trabalhistas e da busca incessante pela solução de litígios, foi na Constituição de 1946 que a Justiça do Trabalho deu um novo passo, sendo integrada ao Poder Judiciário. Deste modo, e de forma tradicional, mantiveram a conciliação na justiça do trabalho

e as competências para as controvérsias oriundas das relações entre empregados e empregadores.

Disponha o artigo 123 caput, da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946: "Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores, e, as demais controversas oriundas de relações do trabalho regidas por legislação especial." [4]

Portanto, alcançada e confirmada à competência para dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores, e as demais demandas oriundas de relações de trabalho, por legislação especial.

Ainda, tratando de competência, vale destacar que mediante Lei, por volta do ano de 1970, foi atribuída a Justiça Federal a competência para demandar sobre ações trabalhistas que fossem parte a União, as suas autarquias e empresas públicas federais.

Na Justiça do Trabalho, nada nesse sentido foi alterado, permanecendo em sua competência ações em que os Estados, municípios suas autarquias, empresas públicas e municipais, não incluídos os funcionários que fizessem parte de grupo estatutário.

Avançando para importantes destaques trazidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, trouxe a evidência da previsão dos Tribunais e Juízes do Trabalho, como órgãos do Poder Judiciário.

A Constituição previa como órgão da Justiça do Trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho, os Tribunais Regionais do Trabalho e as Juntas de Conciliação e Julgamento. Em dezembro de 1999, é extinta a representação classista nos órgãos da Justiça do Trabalho, passando por uma alteração nos órgãos acima descritos e incluindo os Juízes do Trabalho.

Tratando-se de alterações é importante destacar o artigo 112 da Constituição Federal de 1988, conforme texto atual: "A lei criará varas da Justiça do Trabalho, podendo, nas comarcas não abrangidas por sua jurisdição, atribuí-las aos juízes de direito, com recurso para o respectivo Tribunal Regional do Trabalho." [5]

O artigo acima afirma que a criação das Varas do Trabalho é feita por lei federal. E onde não for possível sua abrangência, responderão os juízes do trabalho. Conforme expresso também no artigo 650 CLT, no que dispõe o referido conteúdo reforça que só pode ter alguma alteração através de Lei Federal. [6]

Com o advento da Constituição Federal de 1988, alterou-se o modelo de Justiça trabalhista existente desde a era Vargas, estimulados pela era moderna e globalizada, surgindo assim novos institutos e prerrogativas voltadas para o direito do trabalhador.

### 3. PRINCÍPIOS NORTEADORES

Os princípios são de fundamental importância em todos os ramos do Direito, tendo em vista que são norteadores, formadores e constituem verdadeiras proposições lógicas ao ordenamento jurídico.

Segundo aponta a doutrina clássica, os princípios possuem quatro funções: inspiradora do legislador; interpretativa; suprimento de lacunas; sistematização do ordenamento, dando suporte ao conjunto de normas jurídicas e assegurando o equilíbrio do sistema. Dotados de diferentes funções, não se apresentam como meros enunciados formais, pois os mesmos possuem natureza normativa.

Muitos princípios estão positivados na lei conforme informa Garcia a demonstração de uma natureza normativa nos princípios se dá quando eles exercem certas funções reguladoras nas relações sociais, igualmente como ocorrem com as demais normas jurídicas do nosso ordenamento.[7]

Destaca-se como uma das principais funções a de integração do ordenamento, quando identificada à falta de um dispositivo específico que regule ou um fato em questão, é permitido recorrer alguns dos princípios que integram o Direito, assim cabendo a analogia, a interpretação, o costume e sua possível aplicação dentro dos respectivos preceitos.

O artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho *caput*.

As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.[8]

Analisando a referida norma, percebe-se que quando não houver uma disposição legal para determinada situação específica não permanecerá uma lacuna,

haja vista que há uma garantia legal da aplicação de um instrumento que suprirá essa falta.

Desta forma, acredita-se que existe um amparo, de uma forma mais ampla, desde que diante da aplicação não prevaleça privilégios particulares e quaisquer interesses públicos.

O processo do trabalho dispõe de alguns princípios específicos que trazem uma harmonia com os princípios constitucionais. Vale ressaltar que há interpretação doutrinária que nos fazem entender que os princípios do processo do trabalho são equiparados aos princípios do direito processual civil.

### 3.1 PRINCÍPIO DA CONCILIAÇÃO

Previsto em todos os ordenamentos jurídicos, sempre esteve presente na justiça do trabalho visando solucionar dissídios individuais ou coletivos que sejam submetidos à apreciação da justiça, de forma conciliatória a qualquer tempo.

Conforme amparo no artigo 764 e parágrafo 1º da CLT que prevê: “Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação”. [9] Ou seja, os juízes e Tribunais do Trabalho sempre proporcionarão diante de seus bons ofícios e seus elementos de persuasão uma forma no sentido de solucionar os conflitos.

No procedimento ordinário, é proposta a conciliação pelo juiz na abertura da audiência, antes da sentença, após as razões finais, ambos previstos na CLT. Já no procedimento sumaríssimo, conforme rege o artigo 852-E da CLT, a conciliação poderá ocorrer em qualquer fase da audiência, após aberta a sessão, quando o juiz esclarecer sobre as vantagens da conciliação entre as partes.

Cumprido ressaltar que conforme entendimento do art. 831, parágrafo único, da CLT, a conciliação é irrecorrível e tem força de coisa julgada, salvo quando haja necessidade de alguma retificação em relação à previdência social quanto às contribuições devidas.

### 3.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade deriva do artigo 5º, caput da Constituição Federal, tendo em vista que pressupõe-se que todos são iguais perante a lei. No curso do processo, as partes precisam ter as mesmas oportunidades e deverão ser tratadas de forma igualitária para que assim a relação jurídica fique equilibrada.

Porém, como faz questão de enfatizar em sua obra, Schiavi defende que cumpre ao juiz identificar para que isso seja concretizado, pois o juiz é considerado como um diretor do processo, cabendo a ele assegurar que o litigante mais forte não enfraqueça o litigante mais fraco.[10]

A igualdade perante o juiz decorre da igualdade perante a lei. E os legisladores não poderão editar normas que porventura o afastem tal princípio sob pena de inconstitucionalidade.

Insta salientar que tal princípio pode ser aplicado tanto nos dissídios coletivos, quanto nos dissídios individuais.

### 3.3 PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO (ACESSO À JUSTIÇA)

Considerado como um direito de todo indivíduo e também como uma forma de estabelecer um equilíbrio econômico e social, o princípio constitucional do acesso à justiça busca favorecer aqueles menos abastados, a fim de que haja uma igualdade entre todos.

Nalini define o acesso à justiça:

O acesso à Justiça compreende o acesso aos órgãos encarregados de ministrá-la, instrumentalizados de acordo com a nossa geografia social, e também um sistema processual adequado à veiculação das demandas, com procedimentos compatíveis com a cultura nacional, bem assim com a representação (em juízo) a cargo das próprias partes, nas ações individuais, e de entes exponenciais, nas ações coletivas, com assistência judiciária aos necessitados, e um sistema recursal que não transforme o processo numa busca interminável de justiça, tornando o direito da parte mais um fato virtual do que uma realidade social. Além disso, o acesso só é possível com juízes vocacionados (ou predestinados) a fazer justiça em todas as instâncias, com sensibilidade e consciência de que o processo possui também um lado perverso que precisa ser dominado, para que não faça, além do necessário, mal à alma do jurisdicionado.[11]

Assim, observa-se que o objetivo do legislador ao tutelar o acesso à justiça, foi criar uma jurisdição que possa favorecer o cidadão na busca pela equidade em relação ao equilíbrio social.



O artigo 5º XXXV[12], da Constituição Federal expressa que a lei não poderá excluir, ou deixar de apreciar nenhuma lesão ou ameaça ao direito. O acesso ao judiciário é um direito fundamental que qualquer pessoa tem para a efetivação dos seus direitos e ao mesmo tempo em que o procedimento seja efetivado e produza resultados justos.

### 3.4 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

Desde o nascimento do Direito do Trabalho que há uma determinada busca no tratamento favorável e preferencial ao empregado, seria uma forma de compensar sua fragilidade socioeconômica e o desequilíbrio existente entre os polos da relação empregado x empregador.

É notória e bastante comum essa desigualdade presente nesse tipo de relação processual. Neste sentido, é justo uma proteção jurídica favorável que estenda algum tipo de prerrogativa, como exemplo, justiça gratuita e dispensa de depósito recursal quando assim o consentir.

Para Capelari, no direito do trabalho é nítida a desigualdade econômica entre as partes, e isto faz com que o aplicador da lei ao menos tente igualar essa diferença.[13] Neste diapasão, resta claro que o referido princípio busca nortear o Direito do Trabalho para que deste modo a parte mais frágil na relação jurídica – o trabalhador – fique protegida.

### 3.5 PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

O princípio do duplo grau de jurisdição garante as partes litigantes à possibilidade de interpor recurso a uma instância superior caso a decisão proferida em juízo lhe for desfavorável.

Apesar de ser bastante utilizado, existe uma divergência doutrinária no que concerne a este tema, pois enquanto para alguns trata-se apenas de um princípio simples, para outros este possui um patamar constitucional, já que está estabelecido no art. 5º, LV da Constituição Federal.

Neste contexto, é pertinente frisar que todos os atos decisórios do juiz que prejudiquem a parte são recorríveis. E, conforme aduz Medeiros: “pode-se recorrer no processo do trabalho apenas das sentenças, uma vez que não existe a figura do agravo retido, como no cível.” [14]

O referido princípio esbarra no questionamento social em relação à garantia da celeridade da justiça, isto porque o excesso de recursos, principalmente nas causas de menor complexidade, acabam contribuindo com a morosidade processual.

Com efeito, depreende-se que a intenção do legislador brasileiro ao instituir o princípio do duplo grau de jurisdição foi de efetivamente assegurar às partes a garantia dos seus direitos, tornando este mais um passo com vistas a real democracia.

### 3.6 PRINCÍPIO DO *JUS POSTULANDI*

Neste seguimento, observa-se que os princípios que norteiam o direito trabalhista buscam facilitar de sobre maneira que as partes, diante de um litígio possam exercer seus direitos. Dentre eles, destaca-se o princípio do *jus postulandi* que individualmente merece maior destaque por sua peculiaridade procedimental dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Esse, também denominado como instituto, é a faculdade que os empregados e empregadores têm de postular suas reclamações diante do poder judiciário sem a necessidade do auxílio de um advogado. Tem previsão expressa no caput do artigo 791 da CLT, onde afirma que as partes podem reclamar pessoalmente, perante a justiça do trabalho e acompanhar suas reclamações até o final.

## 4 PREVISÃO LEGAL

O *jus postulandi* é um instituto que tem como finalidade propiciar ao cidadão hipossuficiente o acesso à justiça, conferindo o direito de se auto-representar na propositura de uma ação judicial.

É cabível a aplicação do *jus postulandi* na Justiça do Trabalho para todas as partes envolvidas, ou seja, qualquer pessoa que deseje pode entrar com uma ação para pleitear algo, entretanto, caso o processo seja submetido ao Tribunal Superior do Trabalho, as partes terão que contratar um advogado para dar prosseguimento à ação.

O mérito desta conquista foi à possibilidade de proteger o empregado das custas processuais e dos honorários advocatícios. Nesta seara, percebe-se que a intenção do legislador, foi proteger o trabalhador para que este pudesse ter garantido o seu direito de acesso à justiça.

Segundo Alves, o acesso à justiça é muitas vezes impedido de ser exercido, por diversos fatores, dentre eles, a dificuldade do interessado em pagar um defensor, em casos que o Estado não fornece tal assistência por meio das Defensorias Públicas,

como na Justiça do Trabalho, em que o empregado não conta com essa assistência.[15]

Analisando o artigo 791- A da CLT, observa-se que mesmo após a Reforma Trabalhista o entendimento sobre o *jus postulandi* foi mantido, ou seja, o reclamante poderá se auto-representar em juízo sem a obrigatoriedade de constituir um advogado para isso. Tal artigo dispõe a respeito do pagamento dos honorários de sucumbência pela parte vencida no processo, e assegura:

Artigo 791 A - Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.[16]

Acredita-se que este artigo não foi modificado, tendo em vista a necessidade das pessoas que possuem processos em Comarcas mais distantes puderem resolver suas demandas mais facilmente.

Martins explica que de acordo com a Súmula n.º 425 do TST, o *jus postulandi* só pode ser exercido nas Varas e nos Tribunais Regionais do Trabalho. Já na fase recursal, o Reclamante terá que constituir advogado para ser representado perante o TST.[17]

Apesar da facilidade encontrada, a doutrina majoritária entende que o exercício do *jus postulandi* na esfera trabalhista pode atrapalhar o andamento processual, haja vista que o reclamante não possui a mesma capacidade técnica de um advogado e isto pode incidir em diversos problemas, inclusive na não observância de algum direito e até mesmo de um prazo.

A Constituição Federal preconiza em seu artigo 133, *in verbis*: "O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei". [18]

A atividade da advocacia está elencada no capítulo das Funções Essenciais à Justiça da Carta Magna, estando presente no artigo 133, o Princípio da Indispensabilidade da Intervenção do Advogado.

Para Martins, a ausência do advogado implica em um desequilíbrio entre as partes, pois ele é a pessoa habilitada para dirimir qualquer demanda na área jurídica.

Entretanto, o autor segue aduzindo que o correto seria se tal assistência fosse fornecida pelo próprio Estado ou até mesmo pelos sindicatos de classe.[19]

Neste diapasão, vale ressaltar que a Justiça do Trabalho nunca aderiu à implantação de uma Defensoria Pública própria, isto porque cada categoria sempre foi representada por seus respectivos sindicatos onde possui seus próprios representantes legais.

Observa-se que o *jus postulandi* muitas vezes é questionado no que se refere à sua eficácia, pois sabe-se que na fase recursal o autor é obrigado a constituir um advogado para lhe representar perante a justiça. Tal instituto foi criado com a intenção de beneficiar àqueles cidadãos hipossuficientes que não podiam arcar com as despesas de um advogado para resolver suas demandas junto à justiça.

Todavia, essa a facilidade de acesso à justiça advinda do artigo 791 da CLT mostrou a fragilidade da parte envolvida, já que na maioria das vezes são pessoas leigas e que temem na presença do advogado da parte contrária, deixando clara a falta de condições de igualdade.

Sobre esse tema Schiavi aduz:

Com a EC 45/2004 e a vinda de outras ações para a Justiça do Trabalho que não são oriundas da relação de emprego, não mais se justificam a existência do *jus postulandi*, até mesmo pelo fato da complexidade das relações jurídicas que decorrem da relação de trabalho. Outrossim, na Justiça do Trabalho discute-se muito sobre legitimidade das partes, prescrições, litisconsorte, terceirização e prazos em geral. Como se nota, são fatos que na maioria das vezes somente um advogado tem conhecimento.[20]

Sendo assim, é possível afirmar que em decorrência da complexidade dos conflitos encontrados na Justiça do Trabalho, é nítida a desvantagem da parte que vai a juízo desacompanhado de um profissional habilitado. São muitas categorias profissionais, muitas particularidades, uma diversidade enorme de leis, súmulas, portarias, jurisprudências, e tudo isso demonstra a fragilidade de quem postula sozinho.

Martins acredita que nesse quesito *jus postulandi* trava e não soluciona o acesso à justiça, representando uma afronta aos princípios constitucionais e laborais, além de colaborar com a morosidade processual tão combatida.[21]

Impende salientar que o artigo 103 do Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, é aplicado como norma subsidiária às causas trabalhistas, e este diz que a parte deve ingressar em juízo somente representado por advogado.[22] Isto causa um desconforto no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que a CLT contempla o oposto.

Alguns doutrinadores defendem o *jus postulandi* e dizem que a capacidade postulatória é prevista em lei e está aí para ser utilizada por todos que dela precisem. Martins explica que “a Constituição Federal não retirou a validade das normas que autorizam a prática de atos processuais pelas partes perante a Justiça do Trabalho, conforme traz o HC 67.390-2 do STF”. [23]

Essa suposta tentativa de não recorrer ao artigo 791 da CLT, com a justificativa de qualificar e aprimorar a defesa da parte estaria de certa forma mitigando o princípio constitucional de amplo acesso à Justiça. Além disso, a Lei nº 8.906 - Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil -, traz a previsão legal da atividade da advocacia como privativa do advogado.

Apesar de inúmeras discussões sobre esse tema, e mesmo com o disposto na Constituição Federal e o Estatuto da OAB, somente após o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.127[24] é que o entendimento ficou de fato pacificado e passou a ser considerado constitucional. Já que foi concedida uma liminar deferindo que a atuação de advogado não é imprescindível na Justiça do Trabalho, bem como nos Juizados.

Tal decisão foi regulamentada quando o STF declarou que além da Justiça do Trabalho, é possível também postular sozinho na justiça pleiteando nacionalidade, alimentos, habeas corpus, revisão criminal e pequenas causas nos Juizados Especiais.

Diante do exposto, observa-se que mesmo depois de tantas contestações e como o advento da Reforma Trabalhista, o artigo 791 da CLT permanece garantido no ordenamento jurídico brasileiro.

## **5 CONDENAÇÃO EM SUCUMBÊNCIA CONCOMITANTEMENTE AO EXERCÍCIO DO JUS POSTULANDI**

O princípio do *Jus Postulandi* é a aptidão que se faculta a qualquer cidadão de postular perante o poder judiciário as suas pretensões. A palavra “*Jus Postulandi*” vem do latim “*Ius postulandi*”, que significa “direito de postular”.

Conforme preconiza Tucci: “honorários de sucumbência são aqueles que decorrem da condenação da parte vencida (sucumbente) diretamente ao advogado

da parte vencedora, em um processo judicial.”[25] Insta salientar que os honorários de sucumbência são cumulativos com os honorários contratuais e pertencem ao advogado.

Assim, no que concerne aos honorários de sucumbência, observa-se que o Superior Tribunal de Justiça determinou que a fixação deste ocorra na data da prolação da Sentença. O Ministro Luís Felipe Salomão, através do Acórdão do REsp 1.465.535/SP explica que os honorários são uma norma de direito processual mas gera efeitos de direito material:

Observa-se, portanto, que, não obstante a taxionomia atinente aos honorários advocatícios estar prevista em norma de direito processual, o instituto enverga verdadeira natureza híbrida, notadamente ante os reflexos materiais que o permeiam. Com efeito, a doutrina reconhece que os honorários advocatícios são instituto de direito processual material, pois, apesar da previsão em diploma processual, confere direito subjetivo de crédito ao advogado em face da parte que deu causa à instauração do processo. Em suma, deve-se ressaltar que os honorários advocatícios possuem efeito externo ao processo, de relevante repercussão na vida do advogado e da parte sucumbente. Acrescenta-se, assim, que tal situação é apta a enquadrá-lo no âmbito do direito processual material. Interpretação contrária implicará, indubitavelmente, a ausência de reconhecimento da índole alimentar do instituto, prejudicando o direito dos advogados à remuneração pelo serviço prestado.[26]

Em outras palavras, é possível afirmar que a partir da prolação da sentença as regras do CPC serão aplicadas. Na seara trabalhista, vê-se que a lei 13.467/17 abarcou o artigo 791-A na CLT, o qual determina o pagamento dos honorários de sucumbência pela parte vencida no processo já os processos que foram ajuizados antes da vigência da Lei têm o amparo na jurisprudência do STJ.

Assim, entende-se que os processos trabalhistas em curso terão fixados os honorários de sucumbência quando a sentença for prolatada, a exemplo:

E, quanto aos honorários de sucumbência, o marco temporal a ser utilizado é o momento da prolação da sentença. Confira-se: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ.



HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MARCO TEMPORAL PARA A APLICAÇÃO DO CPC/2015. PROLAÇÃO DA SENTENÇA. PRECEDENTE. IMPUGNAÇÃO DO VALOR FIXADO A TÍTULO DE VERBA HONORÁRIA. MAJORAÇÃO. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. O recorrente alega que não há falar em direito adquirido a fim de conclamar incida o Novo Código de Processo Civil apenas às demandas ajuizadas após a sua entrada em vigor (conforme decidido pelo Tribunal a quo), porquanto, consoante estabelecido no artigo 14 do NCP, o novel diploma normativo processual incidirá imediatamente aos processos em curso. 2. A jurisprudência desta Corte tem entendido que o marco temporal que deve ser utilizado para determinar o regramento jurídico aplicável para fixar os honorários advocatícios é a data da prolação da sentença, que, no caso, foi na vigência do Código de Processo Civil de 1973. Procedente: REsp 1.636.124/AL, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2016, Dje 27/04/2017 (AgInt no REsp 1657177 / PE AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL 2017/0045286-7. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (1141). 2A. TURMA. Dje 23/08/2017).[27]

Deste modo, vê-se que consoante a jurisprudência citada, os magistrados têm entendido que os honorários sucumbenciais devem ser contados somente após a sentença proferida.

Neste diapasão, Delgado observa que a referida sentença corrobora com o entendimento mencionado, aduzindo que “que o marco temporal que deve ser utilizado para determinar o regramento jurídico aplicável para fixar os honorários sucumbenciais é a data da prolação da sentença.”[28]

Antes, porém, o CPC de 1939 em seu artigo 64 fazia referência aos honorários de sucumbência somente quando restara constatado o dolo ou a culpa da parte vencida. Contudo, a redação posterior, dispôs no artigo 64 o arbitramento dos honorários em todos os processos.

Nota-se que, tal situação se justifica à nova realidade do Direito do Trabalho após a Reforma Trabalhista e a vigência da lei 13.467/17, haja vista que antes do advento da referida norma, não existia disposto na legislação trabalhista qualquer determinação para a condenação ao pagamento de honorários de sucumbência, apenas as súmulas 219, 220 e 329 do TST[29] traziam informações sobre o tema.

Delgado segue explicando que o tema honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho não tinha uma regulamentação específica, já que somente a jurisprudência e as súmulas serviam de embasamento para as decisões. Entretanto após a lei 13.467/17 o que era exceção se transformou em regra e abarcou as hipóteses de fixação dos honorários de sucumbência na esfera trabalhista.[30]

Noutra quadra, alguns doutrinadores argumentam sobre a impossibilidade de aplicação do artigo 791-A da CLT aos processos ajuizados anteriormente à vigência da lei 13.467/17, tendo em vista a necessidade de observar as fases processuais. Sobre esse tema Silva opina:

A unicidade do processo não prejudica a autonomia dos atos processuais, sendo que cada ato praticado deve ser visto isoladamente e, desde que sejam respeitados os direitos e deveres decorrentes de cada um deles, a nova lei poderá ser aplicada aos atos subsequentes, mesmo que a fase ainda não tenha sido encerrada, mas não incidirá sobre os atos já praticados ou sobre os seus efeitos supervenientes, mesmo que surgidos apenas na vigência da lei nova, uma vez que os efeitos são indissociáveis do ato praticado ou que deixou de ser praticado.[31]

Pandelot também aduz:

Por força do princípio da aplicabilidade imediata das normas processuais, não há como afastar a incidência da lei em epígrafe aos processos em andamento, mas observadas as regras da retroatividade e do isolamento dos atos processuais, conforme dispõe o art. 14 do CPC de 2015, aplicado subsidiariamente ao processo do trabalho, na forma do art. 769 da CLT. Por outro lado, o artigo citado ressalva, expressamente, os "atos praticados" e as "situações jurídicas consolidadas", demonstrando, assim, a consideração, em determinados casos, da teoria da autonomia das fases processuais, que deve ser aplicada de acordo com os princípios da segurança jurídica e da estabilidade da demanda a fim de identificar situações jurídicas consolidadas em fases processuais pretéritas em processos instaurados antes da nova lei. [32]

Sendo assim, observa-se que a aplicação das normas processuais não é absoluta, mas precisa está unificada conforme os princípios constitucionais da

segurança e do devido processo legal. Para alguns, a aplicação do artigo 791-A aos processos ajuizados anteriormente à vigência da Reforma Trabalhista - lei 13.467/17- é uma afronta direta ao princípio constitucional da segurança. Isto porque a sentença condenaria a parte vencida ao pagamento de um valor que ela não sabia que teria que pagar.

Deste modo, no que concerne ao jus postulandi, pode-se afirmar que este é visto como um risco aos direitos e garantias tutelados pela Constituição, além de ser bastante questionado em relação ao pagamento dos honorários de sucumbência. Assim, pode-se dizer que existe um nexo de causalidade entre o jus postulandi e os honorários sucumbenciais, tendo em vista que observa-se a conduta praticada (neste caso a não constituição de um profissional habilitado) e a consequência (possível pagamento de honorários sucumbenciais).

Silva explica que, de um modo geral, ao propor uma ação à parte analisa como esta se dará e os custos que ela terá. Além disso, cria-se uma expectativa de ganhos e de eventuais custos.[33]

Na maioria das vezes, aqueles que buscam resolver suas demandas na Justiça do Trabalho esperam receber os valores pleiteados a fim de obter vencimentos não quitados pelas empresas e desta forma amenizar os custos de despesas mensais enquanto não encontram outro emprego. Entretanto, quando se deparam com a possibilidade de ter que efetuar algum pagamento, questionam o motivo e devido a desconhecimento da lei e da falta de informação, alguns acabam até desistindo momentaneamente.

Não se pode olvidar que não há como verificar se efetivamente o fato da parte não ter obtido êxito na demanda, foi em razão dela não possuir conhecimento técnico para postular em Juízo ou por simplesmente não ter a sua pretensão fundamentada juridicamente. O que se pretende afirmar é que há uma discrepância na relação processual entre as partes, pois de um lado encontra-se um postulante leigo, desprovido de qualquer conhecimento jurídico e de outro lado, um técnico apto a promover a defesa dos direitos do seu cliente.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante da possibilidade de as partes postularem em juízo sem o patrocínio de profissional habilitado surgiu a necessidade de compreender o Instituto do *Jus Postulandi* e de como esse mecanismo pode garantir o acesso à justiça ao cidadão leigo.

Com efeito, a falta de qualificação técnico-jurídico do jurisdicionado, a ausência da boa técnica processual e a falta de suporte jurídico não permitem que a defesa de seus direitos seja feita de forma igualitária em relação à parte representada por advogado, o que acarreta numa relação processual incongruente e desproporcional.

Durante a pesquisa, foram consultadas doutrinas de diversos autores nas áreas de conhecimento, e pesquisas em sites ligados à área jurídica, proporcionando uma demonstração, de forma mais clara, porém sucinta, de entendimentos que nos levam a repensar a situação da problemática trazida por este artigo, que está ligada à questão do acesso à justiça sem a necessidade de um profissional habilitado, o que muitas vezes pode ser considerado como um entrave, tornando a prestação jurisdicional mais lenta.

O advogado é o único profissional tecnicamente habilitado, capaz de dar suporte e conduzir o processo para que este caminhe até o seu objetivo de forma correta. Por mais que o instituto do *Jus Postulandi* seja um direito adquirido pela sociedade e que teve o intuito de facilitar o acesso de pessoas hipossuficientes à justiça, resta claro que não havendo uma conciliação prévia em mesa de audiência, ou quando o Réu optar por não cumprir com o comando sentencial, a parte que postula sozinha irá necessitar de um advogado, pois não é possível recorrer a uma instância superior sem a habilitação deste.

Este impasse torna a justiça mais lenta e ineficaz, pois ela obsta uma enorme quantidade de processos, fazendo com que o sistema judiciário fique lotado de demandas pendentes, que poderiam ser facilmente resolvidas se as partes tivessem ingressado com a ação sendo norteadas por um causídico.

No que tange aos honorários sucumbenciais, viu-se que com o advento da Reforma Trabalhista, o artigo 791 da CLT determinou que a parte vencida deverá pagar a parte vencedora o valor que gira em torno de 5 e 15% do valor da causa. Assim, pode-se afirmar que nesse aspecto a nova regra foi benéfica para o empregado, haja vista que agora não é mais interessante para o empregador adiar o pagamento das verbas rescisórias.

Deste modo, vê-se que mesmo quando o trabalhador economicamente desfavorecido está postulando sozinho e for beneficiário da justiça gratuita, ele terá que arcar com as despesas processuais e possíveis honorários sucumbenciais.

## **7. REFERÊNCIAS**

ALVES, Kétina Acelino. *Jus postulandi* e o efetivo acesso à justiça: uma análise da sua (in) eficácia. **Ano de publicação: 2014. Disponível em:** <https://ketinaalves.jusbrasil.com.br/artigos/>

BRASIL. **Reforma Trabalhista - Lei nº 13.467/17.** Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm)

BRASÍLIA, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)

CAPELARI, Luciana Santos Trindade. **Constitucionalização dos Direitos Trabalhistas: O Princípio da Proteção ao Trabalhador.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 70, Nov. 2009. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo)

DELGADO, Mauricio Godinho; Delgado, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017.** São Paulo: LTr, 2017.

FERREIRA, Waldemar Martins. **Princípios de Legislação Social e Direito Judiciário do Trabalho.** São Paulo: Freitas Bastos, 1998.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito Processual do Trabalho.** 4º Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARTINS, Antero Arantes. ***Jus Postulandi* na Justiça do Trabalho: Possibilidade, benefícios e malefícios.** Disponível em: <https://www.lex.com.br/>

MARTINS, Sérgio Pinto. **Alcance do Jus Postulandi na Justiça do Trabalho.** Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária, São Paulo, n. 257, p. 59, nov. 2010.

MEDEIROS, Adão Rogério Soares de. **Princípios processuais no âmbito do Processo do Trabalho.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/=revista\\_artigos\\_](http://www.ambito-juridico.com.br/site/=revista_artigos_).

NALINI, José Renato. **Novas perspectivas no acesso à justiça.** Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo08.htm>.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho.** 29ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho: de acordo com a Reforma Trabalhista.** 13. ed. São Paulo : LTr, 2018.

SILVA, Fabrício Lima. **Aspectos processuais da Reforma Trabalhista - Direitos processuais substantivos e aplicação da Teoria dos Jogos no processo do trabalho.** Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/aspectos-processuais-dareforma-trabalhista>

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ - **Recurso Especial nº 1.465.535 - SP (2011/0293641-3).** Acórdão 4ª Turma STJ. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento 21 de junho de 2016, página 21. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=59225523&num\\_registro=201102936413&data=20160822&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=59225523&num_registro=201102936413&data=20160822&tipo=91&formato=PDF).

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO - TRT - **Sentença Processo Trabalhista 0010969-67.2016.503.0111.** Diário Oficial da Justiça do Trabalho da Terceira Região n.º 2400/2018, Data da Disponibilização: 23 de Janeiro de 2018, página 16.655.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO - TRT - **Sentença Processo Trabalhista 0011356-19.2016.5.03.0035.** Diário Oficial da Justiça do Trabalho da Terceira Região n.º 2410/2018, Data da Disponibilização: 06 de Fevereiro de 2018, página 5.609/5.614.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - TST - **Jurisprudências.** Disponível em: <http://www.tst.jus.br/portal/jurisprudencia/>

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - TST - **Súmula nº 219, 220 e 329.** Disponível em: <http://www.tst.jus.br/portal/sumulas/>

TUCCI, Rogério. **A definição dos honorários advocatícios de sucumbência pelo STJ.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-19/paradoxo-corte-definicao-honorarios-advocaticios-sucumbencia-stj>

NOTAS:

[1] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito Processual do Trabalho. 22 Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 33.

[2] FERREIRA, Waldemar Martins. Princípios de Legislação Social e Direito Judiciário do Trabalho. São Paulo: Freitas Bastos, 1998. P.89.

[3] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito Processual do Trabalho. 22 Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.



[4] Disponível

em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)

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

[6] Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)

[7] GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito Processual do Trabalho. 4º Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 56.

[8] Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)

[9] Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)

[10] SCHIAVI, Mauro. Manual de direito processual do trabalho: de acordo com a reforma trabalhista. 13. ed. São Paulo : LTr, 2018.

[11] NALINI, José Renato. Novas perspectivas no acesso à justiça. Disponível em: < <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo08.htm> >. Acesso em: 22 de mai. 2020.

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

[13] CAPELARI, Luciana Santos Trindade. Constitucionalização dos Direitos Trabalhistas: O Princípio da Proteção ao Trabalhador. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 70, Nov. 2009. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo) >. Acesso em: 28 mai. 2020.

[14] MEDEIROS, Adão Rogério Soares de. Princípios processuais no âmbito do Processo do Trabalho. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_revista\\_caderno=25](http://www.ambito-juridico.com.br/site/=revista_artigos_leitura&artigo_revista_caderno=25)>. Acesso em 28 mai. 2020.

[15] ALVES. Kétina Acelino. Jus postulandi e o efetivo acesso à justiça: uma análise da sua (in) eficácia. Ano de publicação: 2014. Disponível em: <https://ketinaalves.jusbrasil.com.br/artigos/> Acesso em: 29 mai. 2020

[16] LEI Nº 13.467/2017. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm) Acesso em: 29 mai. 2020

[17] MARTINS, Sérgio Pinto. Alcance do *Ius Postulandi* na Justiça do Trabalho. Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária, São Paulo, n. 257, p. 59, nov. 2010.

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

[19] MARTINS, Sérgio Pinto. Alcance do *Jus Postulandi* na Justiça do Trabalho. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, São Paulo, n. 257, p. 59, nov. 2010.

[20] SCHIAVI, Mauro. Manual de direito processual do trabalho: de acordo com a reforma trabalhista. 13. ed. São Paulo : LTr, 2018.

[21] MARTINS, Antero Arantes. *Jus postulandi* na Justiça do Trabalho: Possibilidade, benefícios e malefícios. Disponível em: <https://www.lex.com.br/Acesso> em: 31 mai. 2020

[22] Art. 103. A parte será representada em juízo por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. Parágrafo único. É lícito à parte postular em causa própria quando tiver habilitação legal. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/28895571/artigo-103-da-lei-n-13105-de-16-de-marco-de-2015> Acesso em: 31 mai. 2020

[23] HABEAS CORPUS. CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO PACIENTE E IMPETRANTE. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 133 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A constitucionalização do princípio geral já constante do artigo 68 da lei 4.215/63, e princípio que diz respeito à advocacia como instituição, não lhe deu caráter diverso do que ele já tinha, e, assim, não revogou, por incompatibilidade, as normas legais existentes que permitem – como sucede no Habeas Corpus – que, nos casos previstos expressamente, exerça as funções de advogado quem não preencha as condições necessárias para a atividade profissional da advocacia. – Não ocorrência, no caso, da prescrição alegada. – Não é o Habeas Corpus meio idôneo para o reexame aprofundado das provas, para verificar-se se foram, ou não, insuficientes para a condenação. Habeas Corpus conhecido, mas indeferido.

[24] Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/> Acesso em 31 mai. 2020

[25] TUCCI, Rogério. A definição dos honorários advocatícios de sucumbência pelo STJ. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-19/paradoxo-corte-definicao-honorarios-advocaticios-sucumbencia-stj> Acesso em 31 mai 2020.

[26] Recurso Especial nº 1.465.535 - SP (2011/0293641-3). Acórdão 4ª Turma STJ. Relator Ministro LuisFelipe Salomão. Julgamento 21 de junho de 2016, página 21. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=59225523&registro=201102936413&data=20160822&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 31 mai. 2020.

[27] Sentença Processo Trabalhista 0010969-67.2016.503.0111. Diário Oficial da Justiça do Trabalho da Terceira Região n.º 2400/2018, Data da Disponibilização: 23 de Janeiro de 2018, página 16.655. Acesso em 31 mai. 2020.

[28] DELGADO, Mauricio Godinho; Delgado, Gabriela Neves. A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

[29] Súmula nº 219 do TST HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (art.14,§1º, da Lei nº 5.584/1970). (ex-OJ nº 305da SBDI-I). Súmula nº 220 do TST HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL Atendidos os requisitos da Lei nº 5.584/1970, são devidos os honorários advocatícios, ainda que o sindicato figure como substituto processual. Súmula nº 329 do TST Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho.

[30] DELGADO, Mauricio Godinho; Delgado, Gabriela Neves. A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

[31] SILVA, Fabrício Lima. Aspectos processuais da Reforma Trabalhista - Direitos processuais substantivos e aplicação da Teoria dos Jogos no processo do trabalho. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/aspectos-processuais-dareforma-trabalhista->. Acesso em 31 de mai de 2020.

[32] Sentença Processo Trabalhista 0011356-19.2016.5.03.0035. Diário Oficial da Justiça do Trabalho da Terceira Região n.º 2410/2018, Data da Disponibilização: 06 de Fevereiro de 2018, página 5.609/5.614. Acesso em 13 mai. 2020.

[33] SILVA, Fabrício Lima. Aspectos processuais da Reforma Trabalhista - Direitos processuais substantivos e aplicação da Teoria dos Jogos no processo do trabalho.

Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/aspectos-processuais-dareforma-trabalhista->. Acesso em 31 de mai 2020.

## REFLEXÕES ACERCA DO DIREITO DE REPARAÇÃO AO SUPOSTO PAI EM CASO DE ERRO NA FIXAÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS

**JOSÉ DE RIBAMAR MARINHO NETO:**  
Formando em Direito pela Unicatólica do Tocantins

WELLINGTON GOMES MIRANDA<sup>[1]</sup>

(orientador)

**RESUMO:** Os alimentos ao menor têm muita relevância para o Direito de Família que visa acima de qualquer coisa à sobrevivência da pessoa. Dessa forma, conjuntamente com a assistência ao menor, temos a assistência ao feto. Os alimentos gravídicos baseiam-se na assistência pecuniária a gestante que reveste ao nascituro, tal auxílio motiva a alimentação, assistência médica, medicamentos e demais despesas fundamentais para o seu desenvolvimento saudável. Desta forma, foi criado em 2008 a Lei 11.804 que normatiza os alimentos gravídicos. O trabalho terá como foco mostrar uma análise clara e objetiva acerca do moderno instituto de prestação alimentar apenas quanto aos alimentos gravídicos, que foram instituídos tendo como objetivo a proteção e a vida do nascituro, criando meios de amenizar as dificuldades e as necessidades que existam durante o período da gravidez. Ficou evidenciado, por fim, que deverá ser responsabilizada a genitora cuja autoria da ação de alimentos gravídicos for comprovada como de má-fé, não se aplicando, portanto, a responsabilidade civil a qualquer genitora que se equivocar ao pleitear os alimentos gravídicos.

**Palavras-Chave:** Responsabilidade – Alimentos Gravídicos –Nascituro

**ABSTRACT:** Foods with less of a lot of relevance to family law that aim at anything above a person's survival. Thus, together with assistance to the minor, we have assistance to the fetus. Pregnancy foods are based on financial assistance to pregnant women who cover their births, motor assistance, food, medical care, medications, and other essential expenses for their healthy development. Thus, Law 11.804 was created in 2008, which regulates pregnant foods. The work will focus on showing a clear and objective analysis of the modern food supply institute, only with regard to pregnant foods, which were instituted with the objective of protection and life at birth, creating ways to mitigate how changes and those exist during the pregnancy period. Finally, it was proven that he could be responsible for a parent whose authority to act on recorded foods is proven to be bad faith, not applicable, therefore, a civil liability for any parent that is equivalent to pregnant foods.

**Key words:** Responsibility - Gravidarum Food -Nascituro

## **INTRODUÇÃO**

O trabalho terá como foco mostrar uma análise clara e objetiva acerca do moderno instituto de prestação alimentar apenas quanto aos alimentos gravídicos, que foram instituídos tendo como objetivo a proteção e a vida do nascituro, criando meios de amenizar as dificuldades e as necessidades que existam durante o período da gravidez.

Evidencia-se pelos conceitos que, o termo alimentos, constitui o conteúdo de uma prestação capaz de propiciar, não somente as condições mínimas necessárias à sobrevivência do ser humano, mas, em certa proporção todo o necessário a uma vida digna dentro dos padrões sociais. A obrigação alimentar é dirigida ao ser humano, em sede de assegurar sua integralidade e preservação, física e psicológica. A partir dessa afirmação, decorre que o instituto dos alimentos tem natureza de “direitos da personalidade”.

E, possuindo natureza personalíssima, os alimentos não podem ser compensados ou cedidos, destinando-se a garantir a subsistência do alimentando. O direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana se completam. É difícil ter noção de vida sem dignidade. Saliente-se, desde logo que, estar vivo não é suficiente para o ser humano, deve lhe ser propiciado condições mínimas para conseguir manter de maneira própria sua existência.

O tema foi escolhido em razão dos questionamentos doutrinários e jurisprudenciais, no que tange a alternativa legal da mãe, representando o nascituro, pleitear alimentos junto ao suposto pai, para garantir a proteção e a vida do nascituro e a dignidade da mulher durante a gravidez, bem como se é devido ou não o ressarcimentos dos alimentos que foram pagos indevidamente pelo réu, no caso em que ao final for comprovada má fé da genitora no sentido da paternidade não serem dada como verdadeira, são as principais pretensões de pesquisa.

A função da Lei de Alimentos Gravídicos não esta limitada a afirmação imediata da qualidade de pai e nem a mercê da consumação da inspeção de DNA, visto que, ocasionaria maneiras de manobras do suposto pai no sentido de impedir a realização do ato, deste modo a Lei deixaria seu principal efeito, que é o amparo do nascituro desde sua concepção.

O tema exposto causa várias indagações doutrinárias e polêmicas, questões a serem sanadas nos tribunais e com os mais variados doutrinadores da área,



almejando acabar com a lide, que emana ao direito de família, incluído no âmbito dos alimentos, o que será demasiadamente suscitado na pesquisa.

## **2 DOS ALIMENTOS**

### **2.1 PRESSUPOSTOS E PESSOAS ENVOLVIDAS**

Os pressupostos da obrigação alimentar são requisitos necessários à concessão dos alimentos, dentro do direito de família, permitindo que estes sejam fixados em favor de um sujeito, vinculando outro sujeito a pagar. Em conformidade com o art. 1.695 do Código Civil de 2002, temos que: "São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento."

Disso, depreende-se que a obrigação alimentar encontra fundamento, não apenas nas necessidades do alimentado, mas também, na possibilidade financeira do alimentante. Eis dois importantes pressupostos da supramencionada obrigação. Ou seja, sem a presença de um sujeito necessitado que pleiteie por alimentos, impossibilitado de adquiri-los por conta própria, não há que se falar em obrigação alimentar. Da mesma forma, tal obrigação não existirá, quando não houver quem tenha possibilidade econômico-financeira para tal, sem que comprometa sua própria sobrevivência (PEREIRA, 2015, p. 43).

Em relação ao alimentando, deve-se observar seu efetivo estado de necessidade, de tal sorte que, em não recebendo os alimentos pleiteados, sua subsistência estaria correndo risco. Tal fato pode ocorrer não apenas quando o alimentante não possui condições de exercer trabalho e/ou meios indispensáveis para sua subsistência, mas também, quando mesmo empregado, recebendo salário, tal valor se mostra insuficiente para que se mantenha.

No que toca o alimentante quanto à sua possibilidade econômico-financeira, deve-se ressaltar que este somente estará obrigado, quando estiver em condições de fornecê-los, sem que desfalque o necessário ao seu próprio sustento. Tal medida seria um contra senso, tornado a obrigação inexecutável (CARVALHO, 2018, p. 71).

Sendo assim, temos que a obrigação alimentar apresenta um caráter munido de proporcionalidade, como disposto no art. 1694 §1º, CC/02 que aduz: "os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada". Para tanto, Silvio de Salvo Venosa, chama atenção para o binômio necessidade X possibilidade, que deverá ser avaliado pelo juiz e fixado de uma forma

equilibrada, lembrando que os alimentos não possuem função patrimonial, apenas, de sustento do alimentado, amparando quem necessita.

Existe também, um terceiro pressuposto de extrema importância no caso da obrigação alimentar, a saber: a existência de vínculo entre alimentante e alimentado. O artigo 1.694 dispõe sobre a possibilidade de: "... os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação." Logo, é possível pleitear alimentos mediante vínculos de parentesco, matrimônio e até mesmo, de união estável. Além disso, o Código Civil também traz em seu bojo os seguintes artigos:

Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.  
Art. 1.697. Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais. (CC, BRASIL, 2020)

Como visto, nem todos os parentes são obrigados a prestar alimentos, somente os ascendentes, descendentes e irmãos germanos ou unilaterais. Em suma, temos três pressupostos para que haja a obrigação alimentar, a saber: a existência de vínculo entre alimentante e alimentado, nas conformidades da lei, as necessidades do alimentado e possibilidade financeira do alimentante. Sem estes, não há que se falar em obrigação alimentar dentro do direito de família.

É importante ressaltar que, se o parente que deve alimentos em primeiro lugar não estiver em condições de suportar o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato, devendo prestar os alimentos na proporção de seus recursos, de acordo com o art. 1.698 do mesmo Código. Note-se que, desta forma, a obrigação não é solidária entre eles e sim divisível (SANTOS, 2010, p 11).

São chamados a prestar alimentos, primeiramente, os parentes em linha reta (pai, mãe, avós, filhos...), os mais próximos excluindo-se os mais remotos. Desta forma, se o pai puder prestar os alimentos não há necessidade de acionar o avô. Não havendo parentes em linha reta, ou estando estes impossibilitados, são chamados para a assistência alimentícia os irmãos, tanto unilaterais como germanos. Apontemos que, na linha colateral, somente os irmãos estarão obrigados a alimentar.

## **2.2 CARACTERÍSTICAS DA OBRIGAÇÃO ALIMENTÍCIA**

**Direito personalíssimo:** Não pode ser transferido a outrem, não podendo ser objeto de cessão, nem se sujeita a compensação, a não ser em casos excepcionais em que se reconhece caráter alimentar a pagamentos feitos a favor de alimentados. Em decorrência, a pensão alimentar é impenhorável, pois garante a subsistência do alimentado.

**Solidariedade:** No caso de existir mais de um obrigado, cada um responde pelo encargo que lhe foi imposto, não havendo responsabilidade em relação à totalidade da dívida alimentar. Nesse sentido, está condicionada ao Princípio da Proporcionalidade.

**Reciprocidade:** Tem fundamento no dever de solidariedade. Sendo a obrigação alimentar recíproca entre cônjuges e companheiros e parentes.

**Inalienabilidade:** o direito alimentar não pode ser transacionado sob pena de prejudicar o alimentado. Apenas os alimentos pretéritos são lícitas transações.

**Irrepetibilidade:** mesmo não constando no ordenamento jurídico, é aceito por todos nós. Admite-se apenas a devolução exclusivamente quando comparado a má-fé ou conduta maliciosa do credor. Em nome de tal característica, não se pode dar ensejo ao enriquecimento injustificado.

**Alternatividade:** Em regra, os alimentos são pagos em dinheiro, dentro de determinada periodicidade. Porém, pode ser alcançado in natura, com a concessão de hospedagem e sustento, sem prejuízo do direito à educação. Cabe ao magistrado incumbido, caso as circunstâncias assim exigirem, estipular a maneira de cumprimento da obrigação.

**Transmissibilidade:** A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor. A obrigação de prestar alimentos por parte dos herdeiros encontrou resistências doutrinárias e jurisprudenciais relevantes. No entanto, deve-se entender que os herdeiros do devedor só terão a obrigação de prestar alimentos limitadas às forças da herança e não se valerem de seus próprios recursos e na proporção deles para responderem pela obrigação alimentar (VENOSA. 2016).

**Irrenunciabilidade:** O direito pode deixar de ser exercido, mas não pode ser renunciado, mormente quanto aos alimentos derivados do parentesco, consoante ao artigo 1.707. do vigente Código Civil: "Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora". **Anterioridade:** trata-se de direito que necessita ser cumprido antecipadamente, por destinar-se a garantir a subsistência do credor, precisa ser pago com antecedência, tendo vencimento antecipado.

## 2.3 ALIMENTOS GRAVÍTICOS

Falar em alimentos para o nascituro tem sido alvo de grande polêmica. Contudo, é de se esperar, diante dos vários posicionamentos adotados pelos doutrinadores e construtores do direito.

Alguns doutrinadores como Cahali (2012), apoiados na teoria natalista, negam o direito do nascituro aos alimentos. Neste entendimento, consideram-no como parte das vísceras de sua mãe, sem individualidade própria. “E, no rigor dessa concepção, já se exclui desde logo seja ele titular atual de alimentos[...]” (CAHALI, 2012, p. 533).

Data vênia, com fundamento no direito à vida e dignidade da pessoa humana, ao nascituro insurge o direito de pleitear os alimentos necessários ao seu nascimento com vida.

Em defesa do nascituro, Pontes de Miranda (2011, p. 259-260) afirma:

A obrigação alimentar também pode começar antes do nascimento e depois da concepção (Código Civil, arts. 397 e 4º) 7, pois antes de nascer, existem despesas que tecnicamente se destinam à proteção do concebido e o direito seria inferior à vida se acaso recusasse atendimento a tais relações inter-humanas, solidamente fundadas em exigências de pediatria.

Inegáveis são os gastos durante a gestação, com todos os exames necessários ao pré-natal, como outros decorrentes de situações de urgência. Neste ponto, justificando o direito do nascituro de pleitear os alimentos, garantidores da preservação de sua vida.

Por conseguinte, ao reconhecimento de necessidades inerentes ao nascituro é de se ter em consideração que deve este possuir uma relação de parentesco com o alimentante.

O artigo 2º da Lei 5.478/68 dispõe que “o credor dos alimentos deve provar o parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor”<sup>8</sup>, assim também corrobora os artigos do CC/02, na parte referente aos alimentos; concluindo que devem alimentos uns aos outros os ascendentes, descendentes, irmãos e cônjuge.

No tocante ao nascituro, a filiação nas relações de parentesco se estabelece no momento da concepção e não do nascimento.

O Código Civil de 2002 consagra a presunção *pater is est*, no artigo 1.597, auferindo a paternidade por força do casamento, caso o pai não a reconheça de maneira voluntária. O Estatuto da Criança e Adolescente, no seu artigo 26, parágrafo único, confirma tal informação ao dizer que os pais podem reconhecer os seus filhos antes do nascimento. De igual maneira, o parágrafo único, do art. 1.609 do CC/02, autoriza o reconhecimento do filho havido fora do casamento antes do seu nascimento; possuindo os mesmos direitos e qualificações dos filhos oriundos da relação de casamento. Bastando o reconhecimento estar em conformidade com o artigo 1.609 do CC/02, para se tornar irrevogável ao nascituro o status de filho e conseqüentemente o direito aos alimentos (PEREIRA, 2015).

O importante aqui consiste na possibilidade de o nascituro já poder pleitear alimentos caso dele necessite, independentemente de ser fruto da constância de uma relação de casamento com a presunção *pater is est*, pelo fato da lei 5.478/68, exigir apenas a configuração da relação de parentesco ou obrigação do devedor de alimentar.

Mas, em outras duas situações, o nascituro não ganha status de filho, pela não aplicabilidade da presunção.

A primeira se refere ao direito do nascituro de pleitear alimentos, quando fruto da constância de uma união estável. Neste caso, contudo, vale salientar que o conceito de família mudou de tal maneira que a relação de casamento não é a única hipótese de ocorrência deste instituto. Hoje, diante das transformações sociais, o conceito de família transforma-se de acordo com a cultura da época. À união estável é dado o reconhecimento de entidade familiar, assim como é tutelada e resguardada pelo Código Civil de 2002, entre os artigos 1.723 a 1.727, porém o código civil não prevê a aplicabilidade da presunção *pater is est* como na relação de casamento (COELHO, 2012, p. 15).

A segunda hipótese trata do nascituro fora da constância do casamento ou da união estável. Neste momento, por se configurar uma eventualidade, não se pode aplicar por analogia o *pater is est*. Contudo, há a possibilidade de iniciar-se uma investigação de paternidade pelo nascituro (através do instituto da representação), buscando a efetivação de alimentos provisionais, necessários à sua manutenção com vida. Fundamentado no *fumus boni iuris e periculum in mora* (GONÇALVES, 2016, p. 76).

A vida do nascituro é um bem primordial a lhe ser protegido. O direito de pleitear os alimentos tem legitimidade com o direito à vida, a dignidade da pessoa

humana e em certo ponto a paternidade responsável. Protegendo-se a vida humana e resguardando a entidade família.

O exercício do direito de ação do nascituro e, a devida prestação da tutela jurisdicional do Estado constitui tema de profunda controvérsia na doutrina e jurisprudência, por mais que o código civil coloque a salvo os direitos do nascituro desde a concepção. Por outro lado, a tutela jurisdicional posicionou-se de forma a resguardar os direitos do nascituro, mantendo-os intocáveis até o seu nascimento com vida (CHAVES 2020, p. 19).

Neste ritmo. Análise da sua capacidade de se parte e os posicionamentos da jurisprudência demonstraram os caminhos que judicialmente a defesa dos direitos do nascituro tem seguido.

Quando pensamos em tutela de direitos, automaticamente vem a mente a prestação jurisdicional do Estado, protegendo ou satisfazendo o direito material. Contudo, seja no plano (legislativo, judicial, administrativo ou privado), quando amparado ou salvaguardado o direito material, pode-se afirmar que houve tutela de direitos. Neste momento, porém, cabe analisar como a jurisprudência tem tratado o nascituro diante da sua necessidade de alimentos.

Exatamente porque, a prestação jurisdicional, tem a possibilidade de solucionar conflitos sobre bens primordiais do ser humano, tais como, a dignidade humana, a vida, a honra, dentre outros.

Quanto à tutela do nascituro em juízo, principalmente em relação aos alimentos, a jurisprudência, posicionava-se de maneira controversa. A grande questão devia-se ao fato de o nascituro ainda fazer parte de sua mãe, estando ainda no seu ventre; com isso, alguns juízes negavam-lhe a capacidade de ser parte e, à sua genitora a possibilidade de representá-lo em juízo.

Pela incerteza, sintetizando o posicionamento da jurisprudência, veja-se a posição tomada no Agravo de Instrumento nº 70024548323, da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, cujo relator foi Claudir Fidelis Faccenda:

**Ementa:** Agravo de Instrumento. Alimentos Provisórios. Nascituro. Estando o feito no seu início, sem que contenha dados seguros acerca tanto da paternidade imputada ao agravado como a comprovação da alegada união estável entretida entre as partes, inviável a fixação de alimentos



provisórios ao nascituro, ao menos, por ora. Necessidade de ver angularizada a relação processual (BRASIL, 2008).

Todavia, desde a década de oitenta já havia decisões favoráveis. Dessa forma, a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível n. 583052204, interposta na ação de investigação de paternidade, concluiu pela capacidade do nascituro de ser parte como autor ou réu, desde que representado ou assistido.

E, assim, continuou a jurisprudência a se posicionar a respeito da necessidade do nascituro de ver assegurados os seus direitos; principalmente quanto aos alimentos. Como, podemos concluir da ementa do agravo de Instrumento nº 596067629, da Câmara de Férias Cível do Tribunal de Justiça do rio Grande do Sul, cujo relator foi Tupinambá Miguel Castro do Nascimento e julgamento em 17 de julho de 1996:

**Ementa:** Agravo de Instrumento. Alimentos provisórios. Despesas com nascituro. As despesas pré-natais com o nascituro podem sustentar a fixação de alimentos provisórios. Prova dos autos. As provas dos autos, em seu conjunto, afirmam a certeza do despacho judicial, não só quanto a condenação como o valor fixado. Agravo improvido (BRASIL, 1996).

Do mesmo modo, no julgamento do Agravo de Instrumento nº. 7000.642909-6, da Sétima Câmara Cível do Tribunal do Rio Grande do Sul, de relatoria do Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, datado de 13 de agosto de 2003; a possibilidade de alimentos ao nascituro foi confirmada. Veja-se:

**Ementa:** Investigação de Paternidade. Alimentos provisórios em favor do nascituro. Possibilidade. Adequação do Quantum. 1. Não pairando dúvida acerca do envolvimento sexual entretido pela gestante com o investigado, nem sobre exclusividade desse relacionamento, e havendo necessidade da gestante, justifica-se a concessão de alimentos em favor do nascituro. 2. Sendo o investigado casado e estando também sua esposa grávida, a pensão alimentícia deve ser fixada tendo em vista as necessidades do alimentando, mas dentro da capacidade econômica do alimentante, isto é, focalizando tanto os seus ganhos como também os encargos que possui. Recurso provido em parte (BRASIL, 2003).

Do corpo do acórdão, se extrai:

Cuida-se, pois, de ação de investigação de paternidade onde a autora busca alimentos provisórios em favor do nascituro o que deve ser visto com cautela, mas é inequívoca a possibilidade. No caso em tela, não paira dúvida alguma acerca do envolvimento sexual entretido pela gestante com o investigado, nem sobre exclusividade desse relacionamento, prova essa que foi muito bem examinada no parecer do Ministério Público e que vou adotar, também, como razão decidir. Assim, havendo indicativos da paternidade e sendo clara a condição de necessidade da gestante, justifica-se plenamente a concessão de alimentos em favor do nascituro. A paternidade é um fato social, mas é também um fato biológico, havendo a responsabilidade dos genitores pela gestão, o que constitui uma obrigação natural e moral, antes mesmo de ser jurídica. De outra banda, é pacífico nesta Corte que, para a fixação de alimentos provisórios, não há necessidade da absoluta certeza do vínculo parental, bastando a prova da necessidade do investigante e de razoáveis indicativos da paternidade (BRASIL, 2003).

Conclui-se, do julgamento, que a discussão envolvia a existência de provas da paternidade e o valor fixado como alimentos. Deixando claro, a inequívoca possibilidade de o nascituro figurar como parte, em favor dos alimentos. Além de ressaltar a obrigação alimentar devida ao nascituro.

Em 05 de novembro de 2008, foi sancionada a Lei nº 11.804/2008, conhecida como Lei dos alimentos Gravídicos. Disciplina a lei o direito aos alimentos e a forma como será exercido. Na maioria das vezes, os alimentos são destinados para filhos nascidos. Agora, pretende a referida lei, proporciona tratamento diferenciado ao nascituro. Contudo, cabe analisar se, a lei veio a suprir uma triste lacuna no ordenamento jurídico brasileiro, com avanço da legislação pátria ou; simplesmente confirmou entendimento pacificado da jurisprudência.

### **3 DO DIREITO DE REPARAÇÃO AO SUPOSTO PAI EM CASO DE ERRO NA FIXAÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS**

#### **3.1 DA PERTINÊNCIA (OU NÃO) DA LEI**

A denominada Lei de alimentos Grávidos, já no seu primeiro artigo, expõe serem os alimentos destinados à mulher gestante. O que se torna um equívoco, pois ao nascituro estes alimentos são indispensáveis.

Tanto o é que, “após o nascimento com vida”, os alimentos se convertem em pensão alimentícia, conforme o artigo 6º, parágrafo único, da Lei 11.804/2008 (BRASIL, 2009, p. 675).

Da mesma forma, se os alimentos fossem de titularidade da gestante não deveriam cessar pelo simples parto ou aborto da criança, pois é rela o vislumbre de despesas exclusivas de então mãe, que surgem posteriormente ao fato do nascimento e em decorrência deste (a necessidade de um tratamento pós- parto, seja físico ou patológico, por exemplo). No entanto, a lei é taxativa ao referendar que os alimentos são para o período gestacional e cessam no parto, para então ter destino exclusivo de manutenção da criança que nasceu.

Assim, por mais que a lei proteja a manutenção gestacional; o nascituro é o verdadeiro titular desses alimentos.

Quanto à legitimidade da propositura da ação, esta seria do nascituro conforme razoável entendimento. Além do mais, a jurisprudência já lhe proporcionava buscar alimentos necessários à preservação de sua vida, figurando como parte, por meio da representação por sua genitora. Em relação à extensão dos alimentos grávidos, a Lei 11.804/2008 no seu artigo 2º, tem a seguinte redação:

Os alimentos que trata essa Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período da gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive os referentes à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além, de outras que o juiz considere pertinentes (BRASIL, 2009, p. 675).

Da leitura do texto, podemos observar a intenção da Lei em garantir proteção à atividade gestacional, incluindo até despesas com assistência psicológica.

Ainda que, seja silente a lei para fixar o quantum dos alimentos, deve ser seguido o previsto no artigo 1.694 do Código Civil de 2002, mesmo que a lei não tenha o adotado de modo subsidiário. Nesses moldes, deve se levar em consideração as necessidades (despesas) advindas da atividade gestacional e a possibilidade do

pai. Já que o parágrafo único do art.2º determina que as despesas devam ser custeadas tanto pelo pai, quanto pela gestante.

A lei de alimentos gravídicos não exige prova pré-constituída da paternidade. Em sede de cognição superficial, a lei busca apenas indícios da paternidade. Entende-se como indício o “sinal aparente e provável que uma coisa existe” 9. O juiz a partir do seu livre convencimento poderá fixar os alimentos gravídicos.

A grande discussão está na ampla liberdade que o juiz tem em sua mão para decidir. É importante ressaltar que, imputar a presunção de paternidade a alguém, com base em indícios, pode trazer danos não só de natureza material, mas, moral e econômica. Segundo Antônio Fonseca (2009, p. 13), “uma imputação de paternidade indevida, v.g., poderá destruir casamentos e uniões estáveis, bem como possibilitar o desembolso de quantia alimentar muitas vezes irrecuperável”.

Com maior clareza, assevera Freitas (2009, p. 22):

Os indícios de paternidade e o possível acordo em audiência de conciliação não impõem salvo que o objeto do acordo seja o reconhecimento voluntário da paternidade, a fixação do suposto pai obrigado pelos alimentos gravídicos como pai daquela prole credora dos alimentos. Ao nascer todo o procedimento de investigação de paternidade deverá ocorrer [...].

videntemente, o juiz na sua atividade jurisdicional, julgando os conflitos colocados em sua apreciação (não só declarando, mas ordenando, tudo quanto necessário para a efetiva tutela jurídica), saberá utilizar de prudência, apreciando o *fumus boni iuris*, para tomar sua decisão.

A lei de alimentos gravídicos trata da conversão dos alimentos no parágrafo único, do art.6º, com a seguinte redação, “Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão” (BRASIL, 2009, p. 675).

Em análise sucinta, de bom grado é tal disposição. Evita-se que após o nascimento com vida, sejam retirados os alimentos tão necessários a sua subsistência.

Quanto, a possibilidade de revisão do quantum dos alimentos, deve se aplicar o art. 1.699, do Código Civil de 2002. Podendo ocorrer tanto na fase gestacional, como após o nascimento (FREITAS, 2009, p. 21).

A Lei 11.804/2008 inicialmente, no seu Projeto de Lei no 7.376, de 2006 (no 62/04 no Senado Federal), possuía doze artigos. Segundo Freitas (2009, p. 22), desses doze artigos, seis foram vetados, a partir da iniciativa do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família) que encaminhou carta ao presidente Lula com sugestões de retirada de alguns artigos. Conforme noticiado no site do Instituto ([www.ibdfam.org.br](http://www.ibdfam.org.br)).

Vale neste momento, inquirir os motivos ensejadores dos vetos ocorridos nos dispositivos do Projeto de Lei 7376 de 200610.

Dentre os dispositivos vetados, o primeiro foi o art.3º, que colocava como foro competente o do domicílio do réu, segundo o art.94, do Código de Processo Civil. Desconsiderando a gestante, já que o próprio código no art. 100, inciso II, estabelece como foro competente para a propositura da ação de alimentos, o domicílio do alimentando.

O art.4º, pré-dispunha a necessidade de a inicial estar acompanhada com laudo médico que ateste a gravidez e sua viabilidade. Seu veto surgiu da necessidade dos alimentos gravídicos, mesmo com a inviabilidade da gravidez; uma vez que essa enseja gastos financeiros.

Quanto ao art.5º, estabelecia a necessidade de uma audiência de justificação, para apreciar provas, tomar depoimentos e requisitar documentos. Audiência esta, que causaria retardamento no processo, além de não ser prevista por nenhuma outra ação de alimentos.

O art.8º condicionava a procedência do pedido, em caso de oposição de paternidade, com a realização de perícia. O problema está em ser a perícia elemento de prova, não condição de procedência.

O art.9º afirmava que os alimentos eram devidos a partir da citação. O óbice, deste dispositivo estava na grande demora ou manobras realizadas pelo réu para que ela não viesse a se efetivar.

Finalizando os dispositivos vetados, o art.10º tratava da responsabilidade objetiva do autor, caso não obtivesse êxito em sua pretensão. Inegável no presente dispositivo a restrição do direito de ação, impossibilitando o ingresso em juízo para pleitear os alimentos.

Diante do que foi sustentado, evidenciou-se que o nascituro é sujeito de direito, mesmo não possuindo personalidade jurídica; conforme sustentado

anteriormente. Nesse caso, os direitos lhes concedido devem ser protegidos pelo Estado e pelo Ordenamento Jurídico.

Para definir sobre a pertinência ou impertinência da lei de alimentos gravídicos, primeiramente é necessário fazer uma observação sobre a tutela aplicada anteriormente ao nascituro.

A divergência de posicionamentos quanto à personalidade do nascituro foi um óbice à efetividade de seus direitos. O próprio Código Civil de 2002 não conseguiu acabar com a divergência; pelo contrário, colocou a salvo direitos, a quem ainda não possuía personalidade.

A lei 5.478/68 por sua vez, não conseguiu atender a necessidade do nascituro aos alimentos. Exigindo prova da paternidade para conceder os alimentos.

Quanto à jurisprudência, desde o século passado já concedia alimentos ao nascituro, apontando para a necessidade do nascituro aos alimentos e, a legitimidade da mãe para propor demanda em seu favor. Constituindo, verdadeira fonte de interpretação e de modificação no sistema jurídico. Porém, esse posicionamento favorável da jurisprudência acontecia de forma lenta e instável, não atendendo a real necessidade do nascituro.

Vale mencionar que, o direito está em contínua evolução. Por isso mesmo há uma constante necessidade de completá-lo em relação às necessidades sociais.

Cachapuz (2010, p. 77) elucida bem esse contexto:

O direito de família mais que qualquer outro direito se renova constantemente pelos anseios e mudanças de paradigmas tão frequentes na sociedade, sem com isso causar nenhuma deformidade no sistema jurídico. E é essa flexibilidade que demonstra que o direito não é estanque, não está encastelado e, sim, sempre de portas abertas para buscar o novo e, acima de tudo, protegê-lo.

Nesse diapasão surgiu a Lei 11.804 de 2008, concedendo proteção ao nascituro, em respeito ao direito à vida e a dignidade da pessoa humana, como também aos demais direitos fundamentais garantidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.



A lei é fruto da necessidade social. O Estado não poderia deixar de tutelar os direitos do nascituro, pois este possui vida. Nem o ordenamento jurídico ficar silente, deixando a incerteza quanto à paternidade sobrepôr o direito à vida.

Santos (2010, p. 98) adverte, in verbis:

[...] deve ser dada especial atenção ao processo de inflação legislativa, que atravessa o estado brasileiro, preocupado em regular situações e despreocupado com a qualidade das regras, pois não parece justificável uma lei com metade dos dispositivos vetados.

De fato, procede tal pensamento. A lei de alimentos gravídicos consagrou a tendência de reconhecer-se ao nascituro o direito aos alimentos; porém, demonstrou preocupação indevida com o presumível pai em detrimento do nascituro, e.g., o art.3º (vetado) que colocava como foro competente o do réu e, o artigo 8º (também vetado) colocando a procedência do pedido à realização de perícia. Como também trouxe incerteza sobre a titularidade dos alimentos gravídicos, concedendo-os a gestante e não ao nascituro.

Contudo, apesar dos seis dispositivos vetados, a lei conseguiu proteger concedendo os alimentos gravídicos, o direito que o nascituro mais necessita ver protegido, que é o direito à vida. Pontua-se que, não bastam alimentos para a sua simplória subsistência fisiológica, necessário se faz, alimentos que lhe garantam dignidade como ser humano. Pois, este é o seu estado, um ser humano em desenvolvimento. Necessitado de todas as garantias constitucionalmente garantidas aos nascidos.

Assim suprimindo uma lacuna legal, garantindo o direito à vida antes do nascimento e, efetivando a dignidade do nascituro; entende-se que a lei de alimentos gravídicos foi pertinente. Considerando como pertinente algo conveniente e, apropriado ao momento. Nesse sentido, a lei mostrou qual o caminho a ser trilhado quanto aos direitos “colocados a salvo” do nascituro, principalmente no que tange aos alimentos (CACHAPUZ, 2010, p 38).

De igual maneira, não é lógico em uma sociedade que consagra a dignidade da pessoa humana e o direito à vida, desamparar um ser humano em desenvolvimento, negando a tutela de um direito do qual depende a continuidade de sua vida. Pelo contrário, esses direitos devem ser reafirmados e, nunca se afastar deles o ordenamento jurídico.

### 3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL

A princípio, as Ordenações Filipinas nortearam as situações jurídicas pátrias, inclusive às decorrentes das relações civis, nortearam o Direito brasileiro. Essa situação perdurou até a publicação do Código Civil de 1916. A partir de então, a responsabilidade civil, de uma forma geral, passou a ser prevista no referido diploma.

Aquele Código adotou a concepção da responsabilidade subjetiva, exigindo, para tanto a prova de que o agente tivesse culpa no evento lesivo. Em contrapartida, conforme o seu artigo 186 do Código Civil de 2012, todos os que, seja por ação ou omissão, voluntária, negligência ou imprudência causar danos ou violar direito de alguém, comete ato ilícito, o qual passa a ser combatido com o instituto da Responsabilidade Civil. Quase noventa anos depois, da edição do Código de 1916, o novo Código passa a prever a responsabilidade civil, tanto com a possibilidade da culpa (Teoria subjetiva), quando na ausência desta (Teoria objetiva).

A responsabilidade objetiva, ou teoria objetiva, desse modo, poderá ocorrer independentemente da culpa. Leva em consideração o perigo da atividade daquele que venha a causar dano, em virtude de sua natureza ou dos métodos empregados. Um exemplo desse tipo de responsabilidade é a realização, por parte de certo segmento da economia, de espetáculos artísticos, desportivo, etc, onde o grande conglomerado de pessoas poderá acarretar um dano. (VENOSA, 2006, p. 09). Essa responsabilidade, no entanto, consiste em exceção, sendo mais comum a responsabilidade objetiva.

Eis o que estabelece o artigo 927 do Código Civil de 2002:

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

Observa-se que o dano deverá ser reparado na incidência do ato ilícito, o qual está previsto nos artigos 186 e 187 do Código Civil. O ato ilícito consiste (conforme artigo 186) na ação ou omissão, voluntária ou por culpa, que cause violação do direito de outrem, mesmo que seja de cunho moral. No artigo 187, o ato ilícito é definido quando o titular de um direito exerce o mesmo além dos limites impostos pelo seu fim. Nota-se que a responsabilidade civil ocorre com o ato ilícito que, conforme aclara Venosa:

O instituto da responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional, pois a principal consequência de um ato

ilícito é a obrigação que acarreta, para o seu autor, de reparar um dano, obrigação esta de natureza pessoal, que se resolve em perdas e danos. Costuma-se conceituar "obrigação" como o vínculo jurídico que confere ao credor o direito de exigir do devedor o cumprimento de determinada prestação. A característica principal da obrigação consiste no direito conferido ao credor de exigir o adimplemento da prestação. É o patrimônio do devedor que responde por suas obrigações. As obrigações derivadas dos "atos ilícitos" são as que se constituem por meio de ações ou omissões culposas ou dolosas do agente, praticadas com infração a um dever de conduta e das quais resultam um dano a outrem. A obrigação que, em consequência, surge é a de indenizar ou ressarcir o prejuízo causado (VENOSA, 2006, p. 02).

A responsabilidade civil faz parte do direito das obrigações, além de consistir em ramo autônomo do Direito Civil, no sentido de ser separado dos demais no que tange à matéria.

A obrigação consiste em dever jurídico e possui por característica a faculdade do credor poder buscar, mesmo que judicialmente, a satisfação dos créditos inerentes ao instituto em tela. Mesmo que não sejam pacíficos, em seu arrolamento, no meio jurídico, existem pressupostos fundamentais para a caracterização da responsabilidade civil. Esses elementos deverão ser levados em conta na análise da responsabilização de alguém, em quaisquer circunstâncias. No entanto, a se considerar o artigo 186 do Código Civil, já declinado anteriormente, pode-se dizer que a responsabilidade civil poderá ter como pressupostos a ação ou omissão, o dano, o dolo ou culpa e nexos causal entre a ação e dano (MORAES, 2016).

Como o critério presunção de paternidade é subjetivo poderá haver gestantes litigando de má-fé, que poderão se valer desta lei em busca de proveito pessoal, indicando um falso genitor com o intuito de se aproveitar economicamente da situação, lembrando que os alimentos são irrepetíveis (FREITAS, 2009, p. 13).

No entanto, o nascituro não pode de modo algum ser prejudicado em virtude desta falta de objetividade quanto ao genitor: "É bem de ver que a situação posta ao amparo da lei que garante os alimentos gravídicos, por si só, já traz circunstâncias de difícil comprovação". Difícil para a mãe, de plano, mostrar que tem um bom direito.

Os alimentos são irrepetíveis, pois o alimentante não os pode repetir (pedir de volta) e o alimentando não está obrigado a devolvê-los, se indevidamente recebidos (...) (LÔBO, 2011, p. 376.).

Mostrar que o filho que ela carrega é de um homem que está sendo demandado. É de rigor que o juízo corra algum risco quando se está em sede de provimento liminar. Por isso, em casos nos quais se pedem alimentos gravídicos, algumas regras que norteiam a fixação de alimentos devem ser analisadas com um tanto de parcimônia. É necessário flexibilizar-se certas exigências, as quais seriam mais rígidas em casos de alimentos de pessoas já nascida. Não se pode exigir que a mãe, de plano, comprove a paternidade de uma criança que está com poucos meses de gestação. Por outro lado, não há como negar a necessidade da mãe de manter acompanhamento médico da criança, fazer exame pré-natal, e outros procedimentos que visam ao bom desenvolvimento do filho e que demandem certos gastos. Por isso, no impasse sobre a dúvida pelo suposto pai e a necessidade da mãe e do filho, o primeiro deve ser superado em favor do segundo. É mais razoável reconhecer contra o alegado pai um “dever provisório” e lhe impor uma obrigação também provisória, com vistas à garantia de um melhor desenvolvimento do filho, do que o contrário. Nesse contexto, apesar da fragilidade da prova acerca da paternidade, é cabível a fixação dos alimentos provisórios. Agravo provido. Em monocrática (Agravo de Instrumento 70040448789, Oitava Câmara Cível, TJRS, Rel. Rui Portanova, j. 15.12.2010).

Referente à temática da necessidade da concessão dos alimentos gravídicos em contrapartida à condenação de um suposto pai, devemos sempre sobrepesar o que está em litígio, de um lado um ser humano em desenvolvimento carente de subsídios, necessitando de alimentos para sobreviver, do outro lado um possível genitor, que apesar de no futuro ser comprovado que não era parte legítima para figurar no polo passivo da demanda de ação de alimentos gravídicos, sofrerá apenas um dano patrimonial, enquanto o feto poderá nem vir a nascer, ferindo o direito à vida, se deixar de perceber os alimentos reclamados.

Porém caberá ao juiz analisar no caso concreto a existência da presunção de paternidade, como vemos na jurisprudência abaixo, em que a autora não conseguiu tal comprovação e foram indeferidos os alimentos:

EMENTA - PROCESSO CIVIL – CIVIL – AÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS – INEXISTÊNCIA DE ÍNDICIOS DA PATERNIDADE – ALIMENTOS PROVISÓRIOS INDEFERIDOS – 1- Diante da ausência de indícios da paternidade, deve ser mantida a. (TJDFT – Proc. 20090020086696 – (388423) – Relª Desª Maria de Fátima Rafael de Aguiar Ramos – DJe 16.11.2009 – p. 49)

Resta claro que a comprovação da presunção de paternidade não fica ao livre arbítrio do juiz, a parte autora possui o ônus probatório, e o réu o direito em contestar tal presunção, apresentando provas da negativa de paternidade, sob pena do juiz indeferir o pedido de alimentos gravídicos:

EMENTA - ALIMENTOS GRAVÍDICOS – ÍNDICIOS DE PATERNIDADE –

INEXISTÊNCIA – "Processo civil. Civil. Ação de alimentos gravídicos. Inexistência de indícios da paternidade. Alimentos provisórios indeferidos. 1. Diante da ausência de indícios da paternidade, deve ser mantida a decisão que indeferiu alimentos gravídicos em favor do nascituro. 2. Recurso conhecido e não provido." (TJDFT – Ag 20090020086696 – 1ª T.Cív. – Relª Desª Maria de Fátima Rafael de Aguiar Ramos – DJe 16.11.2009)RDF+57+2010+DEZ-JAN+196

O ideal seria o exame de DNA intrauterino para a confirmação dessa paternidade, porém, este exame pode causar dano ao feto, e o Estado Brasileiro não suportaria os custos desses exames, que as gestantes carentes não terão condições de arcar:

Não há como impor a realização de exame por meio da coleta de líquido amniótico, o que pode colocar em risco a vida da criança, assim, como uma lei que surgiu para garantir os meios necessários para o nascimento da criança, pode conceder um meio de produção de prova da paternidade que gera um risco para a vida do futuro ser?

O revogado artigo 8º da Lei 11.804/2008 previa que "Havendo oposição à paternidade, a procedência do pedido do autor dependerá da realização de exame pericial pertinente.", no entanto, a Mensagem 853, de 5 de novembro de 2008 justifica as razões do veto:

“O dispositivo condiciona a sentença de procedência à realização de exame pericial, medida que destoa da sistemática processual atualmente existente, onde a perícia não é colocada como condição para a procedência da demanda, mas sim como elemento prova necessário sempre que ausente outros elementos comprobatórios da situação jurídica objeto da controvérsia.”

A realização de exame pericial como condição de procedência do pedido de alimentos gravídicos seria também uma afronta ao princípio da celeridade processual, uma vez que outras provas menos complexas podem suprir a comprovação da paternidade, embora ela não seja absoluta. Por outro lado, o feto não poderá ser prejudicado no seu período de desenvolvimento, em virtude destas questões polêmicas, a lei priorizou proteger a vida, a integridade física, o direito à dignidade humana do nascituro, que nos parece mais importante, isto é o que defende a jurisprudência:

EMENTA - AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – ALIMENTOS GRAVÍDICOS – MEROS INDÍCIOS DE PATERNIDADE – POSSIBILIDADE – ART 6º DA LEI 11.804/2008 – REQUISITOS PREENCHIDOS – GRAVIDEZ DA POSTULANTE E EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE PATERNIDADE – VALOR FIXADO EM CONFORMIDADE COM O ART 1.694 DO CÓDIGO CIVIL – AGRAVO NÃO PROVIDO – O artigo 6º da Lei 11.804/08 dispõe que, convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré, esses são destinados a cobrir despesas adicionais do período de gravidez assim como os que dela sejam decorrentes, por exemplo, o parto. Para fixação deles é necessário o preenchimento de dois requisitos: gravidez da postulante, comprovada por meio de exame e existência de indícios de paternidade, esse mais difícil de provar deixando aberta possibilidade de análise subjetiva do magistrado. Não há como exigir da mãe a comprovação da paternidade do filho em poucos meses de gestação, bem como não há que se negar a necessidade de acompanhamento médico para a criança. Por isso, diante do impasse o direito do nascituro prevalece sobre o do suposto pai. O risco de eventual erro judicial termina quando do nascimento da criança de maneira que, poderá confirmar ou não a paternidade através



de exame de DNA. A regra dos alimentos permanece a prevista no Código Civil (art. 1.694), ou seja, de acordo com as necessidades do alimentado e possibilidades do alimentante. In casu, ficaram no patamar de 15% dos rendimentos do agravado, valor esse que poderá ser modificado pelo magistrado quando provado o rendimento do suposto pai. (TJMS – AgRg-AG 2009.031919-5/0001-00 – Campo Grande – 1ª T.Cív. – Rel.Des. Divoncir Schreiner Maran – J. 19.01.2010)

Depois do nascimento com vida do menor, o réu dos alimentos gravídicos, bem como a pessoa que nasceu poderão pleitear perante o poder judiciário a investigação de paternidade, e se for comprovado que o suposto genitor não o era, este ficará isento de pagar as próximas prestações alimentícias. No texto original da Lei 11.804/2008 havia um artigo que sancionava a gestante que ingressasse em juízo com a ação de alimentos gravídicos em face de Réu que por exame pericial fosse comprovado que pai não era:

Art. 10. Em caso de resultado negativo do exame pericial de paternidade, o autor responderá, objetivamente, pelos danos materiais e morais causados ao réu. Parágrafo único. A indenização será liquidada nos próprios autos.” Razões do veto “Trata-se de norma intimidadora, pois cria hipótese de responsabilidade objetiva pelo simples fato de se ingressar em juízo e não obter êxito. O dispositivo pressupõe que o simples exercício do direito de ação pode causar danos a terceiros, impondo ao autor o dever de indenizar, independentemente da existência de culpa, medida que atenta contra o livre exercício do direito de ação.

Pela afronta ao direito de ação, uma vez que a gestante responderia pelo dano independentemente de culpa, dificultando o acesso à justiça, pois se tratava de dispositivo ameaçador, tal artigo foi revogado, conforme demonstra a Mensagem 853, de 5 de novembro de 2008 onde contém as razões do veto.

Por óbvio que em virtude do caráter alimentar dos alimentos, a fim de preservar a vida digna e a integridade física de quem os pleiteia, e em especial da natureza irrepitível dos alimentos, este réu que comprovou não ser pai não terá direito algum à indenização dos alimentos já pagos, como regra geral. Porém, a doutrina reconhece a condenação da genitora, se demonstrada a sua má-fé, por indenização por abuso de direito, instituto previsto no artigo 187 do Código Civil, assim conceituado: O exercício egoístico, anormal do direito, sem motivos legítimos,

com excessos intencionais ou voluntários, dolosos ou culposos, nocivos a outrem, contrários ao destino econômico e social do direito em geral, e, por isso, reprovável pela consciência pública.

Para a autorização dos alimentos gravídicos é essencial que a decisão seja embasada somente em indícios de paternidade, apenas após o nascimento com vida do nascituro é que o suposto genitor poderá solicitar a consumação do exame de DNA, para a averiguação de tais indícios. Caso fique confirmado ao final da realização do exame comprobatório, que o suposto pai não era aquele que estava fornecendo os alimentos o poderá neste caso ingressar com ação de indenização por danos morais e materiais, a fim de buscar a reparação de todo o constrangimento sofrido?

No que concerne a esta indagação a Lei de Alimentos Gravídicos, não inteirou uma lacuna acarretada pelo veto do artigo 10 da Lei 11.804/2008, as razões:

Trata-se de norma intimidadora, pois cria hipótese de responsabilidade objetiva pelo simples fato de se ingressar em juízo e não obter êxito. O dispositivo pressupõe que o simples exercício do direito de ação pode causar danos a terceiros, impondo ao autor o dever de indenizar, independentemente da existência de culpa, medida que atenta contra o livre exercício do direito de ação.

A simples existência deste artigo atinge o direito protegido constitucionalmente de acesso à justiça e do direito de ação, não podendo a autora ser responsabilizada pela simples execução de uma proteção constitucional. A corrente majoritária acredita que, mesmo com o veto do artigo supracitado da referida Lei, a responsabilidade subjetiva e não a objetiva conforme previa o texto do artigo vetado, pode ser empregada, pois existindo a ratificação da culpa, a responsabilidade subsiste (BULOS, 2015).

Caso julgar-se confirmado ao final que a genitora agiu com intenção dolosa ou no desempenho exorbitante de seu direito, poderá o réu por meio de ação própria litigar indenização. Vale citar o entendimento de Regina Beatriz Tavares da Silva:

Permanece a aplicabilidade da regra geral da responsabilidade subjetiva, constante do artigo 186 do Código Civil, pela qual a autora pode responder pela indenização cabível desde que verificada a sua culpa, ou seja, desde que verificado que agiu com dolo (vontade deliberada de causar o prejuízo) ou culpa em sentido estrito (negligência ou imprudência) ao promover a ação. Note-se que essa regra geral da responsabilidade civil

está acima do princípio da irrepetibilidade dos alimentos, daquele princípio pelo qual se a pensão for paga indevidamente não cabe exigir a sua devolução (*Online*).

Os artigos apontados acima discorrem sobre a responsabilidade subjetiva, omitindo a responsabilidade objetiva que feria o direito constitucional do livre exercício do direito de ação e aplica a obrigação de indenizar independente do esclarecimento de culpa.

Destaca-se que essa regra geral da responsabilidade civil está acima do Princípio da Irrepetibilidade dos Alimentos, da mesma forma chamado de Princípio da Não devolução dos Alimentos. Por outro lado, pode-se dizer que, se ratificada posteriormente à negativa da paternidade por meio do exame de DNA, não se distancia em determinados casos a possibilidade de compensação dos valores pagos e danos morais em benefício do suposto pai.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald argumentam que:

O réu poderá, após a comprovação judicial de que não é o pai, pleitear uma indenização por dano moral somente se conseguir evidenciar que a imputação a si dirigida decorreu de má-fé, devidamente comprovada da mãe da criança, tratando-se de hipótese de responsabilidade subjetiva, com o ônus probante da culpa recaindo sobre o suposto pai (2010,p. 714).

Assim, não fica desamparado o suposto pai numa ação de alimentos gravídicos caso seja apurado não ser o pai, sendo a ele garantido o direito ao ressarcimento de danos morais com fulcro na regra geral da responsabilidade civil (FIUZA, 2018, p. 71).

Poderá o suposto pai ingressar com ação de indenização por danos morais, quando ao final for confirmado por meio de prova pericial que ele não é o genitor biológico.

Como afirma Mendes (2010, p. 01):

A potencialidade de ter um filho já gera uma desestabilidade pelo fato de ao nascerem, notoriamente as obrigações e o vínculo com a prole é personalíssima, intransmissível, mudando completamente o planejamento de vida do homem que supostamente seria o pai, mas não é.

Esta ação de indenização tem como base legal o artigo 186 do Código Civil. Veja-se: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Neste item, levantam-se duas discussões polêmicas, uma vez que os alimentos gravídicos são deferidos meramente com a confirmação dos indícios da paternidade.

Conforme afirma Dias (2009, p. 481-482):

Bastam indícios da paternidade para a concessão dos alimentos, os quais irão perdurar mesmo após o nascimento, oportunidade em que a verba fixada se transforma em alimentos a favor do filho. Os alimentos mudam de natureza. Como deve ser atendido ao critério da proporcionalidade, segundo os recursos de ambos os genitores, nada impede que sejam estabelecidos valores diferenciados, vigorando um montante para o período da gravidez e valores outros, a título de alimentos ao filho, a partir do seu nascimento. Isto porque o encargo decorrente do poder familiar tem parâmetro diverso, pois deve garantir o direito do credor de desfrutar da mesma condição social do devedor (CC art. 1.694).

Segundo a Lei 11.804/08, o suposto pai que pagou indevidamente estaria desprotegido não podendo haver nesses casos o ressarcimento do dano, uma vez que o artigo 10, que previa a incumbência da gestante, fora vetado. Por outro lado, ainda que distante a possibilidade de compromisso objetivo da genitora, que é aquela esclarecida independentemente de culpa do agente motivador do dano, discute-se a respeito da viabilidade de ser admitida a indenização quando reconhecido o dolo, isto é, no momento em que a gestante postula em juízo os alimentos gravídicos admitindo integralmente que o requerido não é o genitor da criança (COELHO, 2017, 113).

Nesse sentido, concebe-se por má-fé, o propósito deliberado de ofender o direito, ou de motivar dano a outrem, isto é, quando há a absoluta consciência do mal e o direto objetivo de cometê-lo. O fato de um indivíduo se favorecer dos rendimentos do trabalho do outro sem justa causa, gerando enriquecimento ilegal, impondo-se o ressarcimento, ainda que se trate de vínculos familiares, pois, é significativo que se diga das relações familiares, a qual também surge à necessidade ímpar de justiça, licitude e bom senso.

Caso fique comprovado a má-fé, dolo ou o exercício excessivo do direito por parte da genitora na ação de alimentos gravídicos, pode o requerido, considerando a ausência da relação de paternidade e a existência de dano por ele suportado, pleitear indenização contra a mãe da criança.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante das incertezas, equívocos, dúvidas e tantas discussões, a Lei de Alimentos Gravídicos vem validar uma nova concepção acerca das relações familiares e parentais, buscando resgatar a responsabilidade paterna. Foram analisados alguns dos princípios constitucionais, que são a base para do Estado Democrático de Direito, e onde se encontra fundamentada a força vigente dos artigos elencados no Código Civil de 2002, que trata da responsabilidade civil, a família e suas obrigações e dos direitos resguardados ao nascituro.

Foram apresentadas as características dos alimentos, com o objetivo de facilitar o estudo dos alimentos gravídicos, colocado de forma minuciosa a sua importância e simplificando que os alimentos gravídicos vão além da alimentação, visto que compreende também todos os cuidados caracterizados como essenciais ao nascituro, enquanto estiver no ventre materno, e em consequência com seu nascimento, a seguridade dos seus direitos continuarem a ser resguardados e protegidos por meio dos genitores.

Posteriormente, colocou-se em pauta a questão da responsabilidade civil aplicada a genitora da ação de alimentos gravídicos no primeiro momento do caso, no que tange à reversibilidade do provimento cautelar em se constatando de que o filho não é do pai alimentante, ou seja, o suposto pai indicado pela genitora.

Deve-se salientar que há casos em que a autora simplesmente exerce seu direito de ação, sem nenhuma intenção de prejudicar o réu, de forma a requerer de fato os alimentos por não ter condições de sustento, e que também existem autores que se utilizam da gestação como um meio de receber benefícios, pleiteando os alimentos de má-fé. Para tanto, observou-se a existência de duas vertentes a serem averiguadas diante dos fatos.

Portanto, no primeiro caso, não há que se falar em condenação da autora à indenização por danos, haja vista que não vai configurar ato ilícito, mas sim, o direito ao exercício regular de ação, pois a atitude da autora não se enquadra de forma negligente nem mesmo imprudente por não possuir o elemento culpa.

Entretanto no segundo caso, a atitude da autora configura-se ato lesivo, podendo indenizar de forma justa o réu da ação de alimentos gravídicos, mediante

todas as situações constrangedoras que o mesmo passou, ou, ainda mesmo, pela atitude de má-fé da mesma.

Fica evidenciado, por fim, que deverá ser responsabilizada a genitora cuja autoria da ação de alimentos gravídicos for comprovada como de má-fé, não se aplicando, portanto, a responsabilidade civil a qualquer genitora que se equivocou ao pleitear os alimentos gravídicos.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. – 6. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Alimentos gravídicos no teatro da vida**. **Revista Brasileira de Direitos das famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, v. 17, p. 74-83, agos./ set. 2010.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. – 4. ed. rev., ampl. E atual. De acordo com o novo Código Civil. – São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2012.

CARVALHO, Kildare **Gonçalves**. **Direito constitucional**. – 5. ed., ver. atual. e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

CHAVES, Benedita Inêz Lopes. **A tutela jurídica do nascituro**. – São Paulo : LTr, 2020.

COELHO, Débora. **A titularidade do direito aos alimentos Gravídicos e a (im)pertinência da lei que os instituiu**. 2009. Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito, Santa Catarina, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, volume 1**. – São Paulo: Saraiva, 2017.

FIUZA, César. **Direito civil curso completo** – 13. ed. revista e ampliada. – Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

FONSECA, Antônio Cesar Lima da Fonseca. **Dos alimentos gravídicos – Lei nº 11.804/2008**. **Revista IOB de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v.9, n.51, p. 09-17, jan./fev.2009.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alimentos gravídicos e a Lei nº 11.804/2008**. **Revista IOB de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v.9, n.51, p. 18-23, jan./fev.2009.



GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: volume 1: parte geral** – 3º.ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2011. v. III.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro, Forense, 2015.

SANTOS, Marina Alice de Souza. **Da titularidade dos alimentos gravídicos: uma (re)visão das teorias do início da personalidade**. Revista Brasileira de Direitos das famílias e Sucessões. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, v. 17, p. 84-99, agos./ set. 2010.

NOTA:

<sup>[1]</sup> Professor da Unicatólica do Tocantins. Mestre em Direitos Humanos e Prestação Jurisdicional pela ESMAT/UFT. Especialista em Direito do Trabalho pelo Instituto Processus Brasília/DF. Analista jurídico do Ministério Público do Estado do Tocantins. Médico Veterinário e Bacharel em Direito.

## O DIREITO À LIVRE ASSOCIAÇÃO E O ECAD

**FERNANDO LEMME WEISS:**

Advogado, OAB/RJ - 56.201 Mestre e doutor em Direito Público pela UERJ, Procurador do Estado do Rio de Janeiro Tel 21 999994000

**Resumo** – A liberdade de associação estabelecida na Constituição Federal impede qualquer presunção de representação em prol de entidades voltadas à cobrança de direitos autorais

**Palavras-chave** – Ecad – direito à livre associação - compositor

**Abstract** - The freedom of association established in the Federal Constitution prevents any presumption of representation in favor of entities aimed at collecting copyright

**Key words** – Ecad – freedom of association – copyright

### I - Introdução

Uma de nossas piores heranças coloniais é o patrimonialismo, no sentido de anuência a que algumas pessoas e entidades se apropriem institucionalmente do que pertence aos demais. Dele decorrem a cultura cartorária, a passividade diante de monopólios e a resistência à evolução. Tais características se revelam quando nos deparamos com a gestão dos direitos autorais musicais.

O Escritório Central de Arrecadação de Direitos - Ecad é uma entidade civil, com criação prevista no art. 115, da Lei Federal nº 5.988/73, formada pelas diversas associações de músicos, cujas funções essenciais são a arrecadação e distribuição dos valores referentes aos direitos autorais dos compositores.

A Lei não previu associação compulsória ou presumida de qualquer compositor ao Ecad e nem exclusividade ou monopólio na cobrança, arrecadação e distribuição. Contudo, em uma época em que a liberdade era escassa e a Constituição não vedava monopólios, prevaleceu entre os profissionais da área, e até na jurisprudência, a interpretação exclusivista em prol do Ecad.

Quinze anos após a edição da Lei nº 5.988/73, sobreveio a Constituição Federal – CF de 1988, que estabeleceu a livre iniciativa e a livre concorrência como princípios fundamentais da atividade econômica. Também garantiu, em seu art. 5º,

inciso XX, que “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”.

A consequência natural dessa ampla liberdade é afastar qualquer forma de presunção de associação, o que atentaria contra a Constituição, cabendo à entidade associativa comprovar o vínculo de quem pretende representar. Ainda que antes de 1988 houvesse previsão legal ou respaldo interpretativo para aquela presunção, o entendimento precisaria ser adequado à nova ordem constitucional.

Coerentemente com a liberdade garantida no referido inciso XX, o inciso XXI ainda determina que as entidades associativas só têm legitimidade para representar seus filiados “quando expressamente autorizadas”. Em sequência, o inciso XXVII, do mesmo art. 5º, da CF, garante aos autores “o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras”, o que constitui uma reafirmação do direito de propriedade. Por fim, o inciso XXVIII prevê a fiscalização alternativa dos direitos autorais pelos próprios autores ou por suas associações.

O direito exclusivo que possui o compositor a utilizar e reproduzir sua obra, assim como a sua liberdade de associação, foram ratificados pela Lei Federal de direitos autorais, nº 9.610/98, que também não outorgou qualquer privilégio ou representação presumida às associações ou ao Ecad. Em sentido contrário, a alteração trazida pela Lei nº 12.853, de 2013, ainda introduziu o art. 98-A, exigindo cadastros dos titulares nacionais e “acordos de representação recíproca com entidades congêneres estrangeiras, quando existentes”.

## **II - Desenvolvimento**

Apesar da clareza dos textos constitucional e legal, a jurisprudência brasileira optou por desconsiderar o direito constitucional à livre associação e reconhecer ao Ecad o direito exclusivo a cobrar direitos autorais sobre qualquer exibição musical, ao vivo ou mecânica, sem necessidade de comprovar filiação ou associação por parte dos compositores.[1] Considera irrelevante ser o repertório nacional ou estrangeiro e que a reprodução musical eletrônica esteja respaldada em contratos com empresas de streaming, o que constitui um grave desrespeito ao ato jurídico perfeito.

As decisões chegam ao ponto de estabelecer que até mesmo os próprios autores das obras têm que pagar ao Ecad quando as executarem, ainda que jamais tenham se filiado a qualquer associação[2]. Tal absurda cobrança se assemelha a um tributo por receita presumida em prol de entidade privada, não legalmente autorizada.

## **III - Conclusão**

A crise econômica provocada pela Covid-19 pode ser uma oportunidade para refletir sobre a importância da liberdade de execução musical como instrumento de geração imediata de emprego e renda, tanto para os músicos quanto para os estabelecimentos, sem necessidade de aporte de recursos públicos.

A alteração da Lei nº 9.610/98, com inclusão dos parágrafos 10 e 11, no art. 99, proporcionaria o respeito à Constituição e tolheria a cobrança abusiva e desestimuladora por parte do Ecad. A título de sugestão, os respectivos textos poderiam ser:

§ 10. A arrecadação e distribuição previstas neste artigo dependem de autorização expressa dos autores ou das associações que comprovadamente os representem, renovável pelo período contratualmente estabelecido.

§ 11. A reprodução pública de obras musicais e audiovisuais disponibilizadas em aplicativos, sites de internet ou outros meios, desde que regularmente contratada, exclui o direito à arrecadação por parte das entidades previstas nessa lei.

#### **Referências jurisprudenciais:**

[1] Superior Tribunal de Justiça - STJ, AgInt no AREsp 576772 / DF, Relator(a) Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 23/10/2018; AgInt no REsp 1731503 / RS, Relator(a) Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 05/10/2018; AgInt no REsp 1394044 / SC, Relator(a) Ministro Lázaro Guimarães (desembargador convocado do TRF 5ª região), Relator(a) p/ Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 01/08/2018.

[2] STJ, AgInt no REsp 1417851 / SP, Relator(a) Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 04/02/2020; REsp 1219273 / RJ, Relator(a) Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, DJe 08/05/2014.

## **ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: A EXIGÊNCIA LEGAL DO ESGOTAMENTO DE TODOS OS MEIOS PARA O SANEAMENTO DO ATO LESIVO COMO REQUISITO PARA POSSIBILITAR SEU JULGAMENTO**

**MANFREDO BRAGA FILHO:**

Advogado. Especialista em Direito Constitucional, Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho.

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo esmiuçar o entendimento doutrinário e jurisprudência da cláusula obstativa da utilização da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Neste contexto, faz-se uma análise histórica, demonstrando o surgimento da ADPF na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, abarcando a natureza jurídica do requisito exposto no art. 4º, §1º da Lei 9.882/99, a discussão acerca da (in)constitucionalidade da subsidiariedade de sua aplicação, finalizando com uma discussão sobre o conceito de “meio mais eficaz” da corrente intermediária/mista. Para tanto, utilizou-se o método de análise qualitativa, com estudo da doutrina, jurisprudência e legislação. Conclui-se que a natureza jurídica da condição legal do esgotamento de todos os meios para o saneamento do ato lesivo ao preceito fundamental é uma condição da ação – interesse de agir necessidade - de caráter inafastável para a propositura da ação constitucional de arguição de descumprimento fundamental. Entretanto, a condição da subsidiariedade deve sofrer uma interpretação conforme, para ser compreendida como aquele meio que seja apto a sanar a lesão à norma fundamental de forma ampla, geral e imediata.

**Palavras-chave:** Condição da ação, controle de constitucionalidade, subsidiariedade.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to examine the doctrinal understanding and jurisprudence of the obstacle clause in the use of the constitutional action for arguing of non-compliance with fundamental precept (ADPF). In this context, a historical analysis is made, demonstrating the emergence of ADPF in the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil, covering the legal nature of the requirement set out in art. 4, Paragraph 1 of Law 9.882 / 99, the discussion about the (in) constitutionality of the subsidiarity of its application, ending with a discussion about the concept of “more effective means” of the intermediate / mixed chain. For that, the qualitative analysis method was used, with a study of the doctrine, jurisprudence and legislation. It is concluded that the legal nature of the legal condition of the exhaustion of all means for the remedy of the act harmful to the fundamental precept is a condition of the action - interest to act necessity - of an inescapable character for the filing of the constitutional action of fundamental non-compliance complaint. However, the

condition of subsidiarity must be interpreted accordingly, in order to be understood as that means that is able to remedy the injury to the fundamental rule in a broad, general and immediate way.

**Key words:** Action condition, control of constitutionality, subsidiarity.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 2. DESENVOLVIMENTO. 2.1 HISTORICIDADE. 2.2 NATUREZA JURÍDICA DO REQUISITO EXPOSTO NO ART. 4º, §1º DA LEI Nº 9.882/99: CONDIÇÃO DA AÇÃO OU PRESSUPOSTO PROCESSUAL? 2.3 (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA SUBSIDIARIEDADE. 2.4 DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO CONCEITO DE “MEIO MAIS EFICAZ” DA CORRENTE INTERMEDIÁRIA OU MISTA. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição Republicana Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu originalmente em seu art. 102, § 1º: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da Lei”.

Contudo, por se tratar de uma norma de eficácia limitada, conforme classificação de Silva (2001) sobre a eficácia das normas constitucionais, a sua regulamentação, que possibilitou sua aplicabilidade somente teve nascedouro na Lei no 9.882, de 03 de dezembro de 1999.

Entretanto, a referida Lei, em seu art. 4º, §1º, exigiu para a sua análise, um pressuposto inafastável para o conhecimento da presente ação constitucional, qual seja, a subsidiariedade, pois, a mesma não será conhecida se houver outro meio eficaz de sanar a lesividade

Lei no 9.882/99, art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta.

§ 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.



Sendo assim, o presente artigo objetiva esmiuçar o entendimento doutrinário e jurisprudência dessa cláusula obstativa da utilização da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

## **2. DESENVOLVIMENTO**

### **2.1 HISTORICIDADE**

A arguição de descumprimento de preceito fundamental nasce como norma originária da Carta de Outubro de 1988, ao qual objetiva dar maior efetividade aos preceitos fundamentais da Constituição cidadã, principalmente após um longo período autocrático vivenciado pelo Brasil, bem como, busca dar fim à indústria das liminares nos tribunais brasileiros.

Registra-se a advertência Mendes (1999), ministro do Supremo Tribunal Federal:

“A ideia da regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental foi originada a partir do intento de evitar as concessões de liminares que impediam as pretensões do Executivo, muitas das quais inconstitucionais.” (MENDES, 1999).

Dotando assim a jurisdição constitucional de mecanismo hábil e eficaz de celeridade processual, ao qual permite ao Supremo Tribunal Federal cassar situações lesivas às normas essenciais da Constituição advindas de atos ou omissões inconstitucionais do Poder Público, como bem salientado por Júnior (2009, p. 415), senão vejamos:

“A arguição de descumprimento de preceito fundamental é uma criação brasileira, sem paralelo no direito comparado. Não obstante, é possível encontrar-se na legislação alienígena alguns institutos que podem ter servido de inspiração para o legislador constituinte e, notadamente, para o legislador ordinário que regulou o rito da arguição brasileira.” (JÚNIOR, 2009, p. 415).

### **2.2 NATUREZA JURÍDICA DO REQUISITO EXPOSTO NO ART. 4º, §1º DA LEI Nº 9.882/99: CONDIÇÃO DA AÇÃO OU PRESSUPOSTO PROCESSUAL?**

Pode-se conceituar o direito de ação como o direito público subjetivo de movimentar a jurisdição estatal para se obter uma decisão em tempo razoável, desde

que preenchidos as condições da ação, como bem salienta por Gonçalves (2020, p. 274), *in verbis*:

“De acordo com o art. 17 do CPC, para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade. O interesse de agir exige o preenchimento do binômio: necessidade e adequação. É preciso que a pretensão só possa ser alcançada por meio do aforamento da demanda e que esta seja adequada para a postulação formulada. (...) Também é necessário que haja adequação entre a pretensão do autor e a demanda por ele ajuizada. Ao escolher a ação inadequada, o autor está se valendo de uma medida desnecessária ou inútil, o que afasta o interesse de agir. O autor carecerá de ação quando não puder obter, por meio da ação proposta, o resultado por ele almejado.” (GONÇALVES, 2020, p. 274).

Já os pressupostos processuais buscam regular o processo, criando mecanismos para sua constituição e desenvolvimento regular. Sendo assim, as condições da ação – legitimidade *ad causam* e interesse de agir – são distintos dos pressupostos processuais de existência e validade.

Enquanto o direito de ação depende de determinadas condições, sem as quais o autor é carecedor, o processo deve preencher requisitos para que possa ter um desenvolvimento regular e válido. Para que ele alcance o seu objetivo, o provimento jurisdicional e a resposta de mérito necessitam de duas coisas: o direito de ação, para obter uma resposta de mérito; e um processo válido e regular, desencadeado com o aforamento da demanda.

Como registra Didier Jr., (2015, p. 309):

“O desenvolvimento teórico da categoria pressupostos processuais deve-se a Oskar Bülow e tem origem na identificação do processo com o conjunto de relações jurídicas distintas daquela que constitui o seu objeto.

Assim como o reconhecimento da relação jurídica deduzida (a cujo respeito discutem os litigantes) pressupõe a verificação de certos fatos, “também o surgimento da relação jurídica processual, analogamente, depende da presença de determinados elementos, que condicionam, em termos globais, a existência. Tais seriam os pressupostos processuais ” (DIDIER JR., 2015, p. 309).

Desta forma, o requisito da subsidiariedade da ação de descumprimento de preceito fundamental tem natureza jurídica de condições da ação, pois não trata do desenvolvimento regular do processo, mas sim do interesse de agir no aspecto adequação, pois este é um requisito essencial para a utilização do instrumento jurídico adequado para buscar a pretensão no âmbito judicial, no caso, a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

### **2.3 (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA SUBSIDIARIEDADE**

Como a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental é norma constitucional originária, que busca a defesa das normas fundamentais da Constituição Cidadã, deve ser analisada com um direito processual fundamental instrumentador e garantista dos direitos fundamentais, logo, deve ser interpretado pelo critério da máxima efetividade, ao qual busca o máximo possível de resultado útil ao desejo constitucional, sob pena de inconstitucionalidade da regulamentação oriunda do poder legislativo.

Não por menos, Tavares (2020, p. 302) explana sobre o assunto:

“No campo constitucional, há ainda um postulado hermenêutico que determina ao intérprete conferir a máxima eficiência (CANOTILHO) ou a maior efetividade possível (BASTOS) às normas constitucionais. É o princípio da interpretação efetiva (GUERRA FILHO).” (TAVARES, 2020, p. 302).

Defendendo a inconstitucionalidade da subsidiariedade se encontra Jose Afonso da Silva, André Ramos Tavares e Flávia Piovesan, conforme ensina Fernandes (2017, p. 1152), em evidência:

“Corrente: André Ramos Tavares e José Afonso da Silva. Estes afirmam que o princípio da subsidiariedade, presente na Lei nº 9.882, é inconstitucional. Seria uma exigência eivada de inconstitucionalidade, visto que urna lei ordinária não poderia criar um obstáculo à ADPF. Portamo, haveria uma restrição indevida na normativa infraconstitucional para o ajuizamento de ADPF não presente na norma constitucional do art. 102, § 1º, da CR/88.” (FERNANDES, 2017, p. 1152).

Sem dúvidas, é a corrente minoritária da doutrina e sem respaldo no Supremo Tribunal Federal, pois com a aceitação no Brasil da teoria do Neoconstitucionalismo, é perfeitamente possível que uma Lei reduza o âmbito de incidência de uma norma

constitucional, desde que seja adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

Contudo, Moraes (2018, p. 406-407) entende pela constitucionalidade da subsidiariedade, ao qual preconiza como necessário o prévio esgotamento de todos os meios legais para nascer o direito à utilização da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, senão vejamos:

“Caráter subsidiário: a lei expressamente veda a possibilidade de arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. Obviamente, esse mecanismo de efetividade dos preceitos fundamentais não substitui as demais previsões constitucionais que tenham semelhante finalidade, tais como o habeas corpus, habeas data; mandado de segurança individual e coletivo; mandado de injunção; ação popular; ações diretas de inconstitucionalidade genérica, interventiva e por omissão e ação declaratória de constitucionalidade. O princípio da subsidiariedade exige, portanto, o esgotamento de todas as vias possíveis para sanar a lesão ou a ameaça de lesão a preceito fundamental ou a verificação, *ab initio*, de sua inutilidade para preservação do preceito fundamental. Caso os mecanismos utilizados, de maneira exaustiva, mostrem-se ineficazes, será cabível o ajuizamento da arguição.” (MORAES, 2018, p. 406-407).

Entretanto, essa corrente doutrinária não logra êxito na doutrina, pois torna inócua o direito instrumental fundamental de uso da arguição de descumprimento de preceito fundamental, como bem salienta Streck (2018, p. 577).

“Outro ponto restritivo consta no § 1o do art. 4o, que exige o esgotamento de todos os meios para o saneamento do ato lesivo. Com efeito, em face da redação do dispositivo, não se torna desarrazoado afirmar que a exigência que a lei regulamentadora faz do esgotamento das vias judiciárias pode tornar a ADPF inócua e desnecessária, uma vez que existe o recurso extraordinário como meio de levar as discussões acerca da violação da Constituição até a instância máxima, que é o STF.<sup>72</sup> Aqui, a lição do direito alemão poderia – e ainda pode – ser aproveitada, mormente em face do que dispõe o § 90, alínea 2, frase 2, da Lei sobre o *Bundesverfassungsgericht*, no qual se

permite desconsiderar a exigência do esgotamento das vias judiciais. Ou seja, na Alemanha a exceção surge quando o recurso constitucional é de significado geral ou suceder ao impetrante um prejuízo grave e irreparável, caso ele seja remetido, inicialmente, à via judicial.” (STRECK, 2018, p. 577).

Todavia, corrente doutrinária intermediária/mista, majoritária, busca uma orientação intermediária/mista, pela qual compreende como constitucional a referida cláusula regulamentativa exposta no art. 4<sup>a</sup>, §1<sup>o</sup>, Lei no 9.882/99, com apoio do Supremo Tribunal Federal, ao qual percebe a necessidade de uma interpretação conforme do referido dispositivo, para interpretá-lo de modo a compreender o caráter subsidiário de maneira casuística, ou seja, deve-se analisar primeiramente, se na situação *in concreto*, se existe outro meio também eficaz em que se possa obter uma decisão judicial com a mesma imediaticidade, generalidade e amplitude, para a solução da controvérsia constitucional relevante, como exemplo temos Masson (2016, p. 1135):

“Destarte, na análise da subsidiariedade deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva, o que significa que o meio eficaz de sanar a lesão será aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata, isto é, com a mesma amplitude, efetividade e imediaticidade que a ADPF possuiria caso utilizada.” (MASSON, 2016, p. 1135).

#### **2.4DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO CONCEITO DE "MEIO MAIS EFICAZ" DA CORRENTE INTERMEDIÁRIA OU MISTA. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL**

Para entendermos o que seria "meio mais eficaz" de sanar a lesão à norma fundamental de forma ampla, geral e imediata, a doutrina tem uma certa prevalectimento em analisar a subsidiariedade entre os meios do controle concentrado de constitucionalidade, desta forma, a primazia seria primeiramente apenas da Ação Declaratória de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade (ação ou omissão), ou da representação interventiva, como bem delineado por Mendes & Branco (2015, p. 1103).

“Nesse contexto, cabe enfatizar que a ADPF vem completar o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado no Supremo Tribunal Federal, uma vez que as questões, até então excluídas de apreciação no

âmbito do controle abstrato de normas e de outras ações diretas, podem ser objeto de exame no âmbito do novo instituto.

É esse o contexto institucional do controle de constitucionalidade no ordenamento brasileiro, que busca combinar o modelo tradicional de controle incidental de normas, os vários instrumentos de defesa de direitos individuais, como o habeas corpus, mandado de segurança, habeas data, mandado de injunção, com as ações diretas de inconstitucionalidade e de constitucionalidade, a ação direta por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.” (MENDES & BRANCO, 2015, p. 1103).

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo necessário analisar a subsidiariedade tanto em face das ações no controle difuso, quanto no concentrado, a exemplo tem-se a ADPF 554 AgR / SP, Relator(a): Min. Luiz Fux, Publicação: 09/03/2020, Órgão julgador: Tribunal Pleno.

A mera inexistência de ação constitucional não se mostra suficiente para afastar a cláusula de subsidiariedade, contanto esteja presente outro meio eficaz de solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. Precedentes: ADPF 617-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Plenário, julgado em 29/11/2019; ADPF 283-AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Plenário, DJe de 8/8/2019; ADPF 145-AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Plenário, DJe de 12/9/2017; ADPF 319-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, DJe de 19/12/2014. 5. A interposição de recurso extraordinário em face de acórdão proferido em ação objetiva, ajuizada no âmbito estadual, quando coincidem os parâmetros de constitucionalidade da ação direta de inconstitucionalidade estadual e do controle concentrado realizado pelo Supremo Tribunal Federal, confere eficácia geral à declaração de inconstitucionalidade, de modo que se revela como meio eficaz de solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. 6. In casu, o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, prolatado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade estadual 2116917-44.2018.8.26.0000, que reputou inconstitucional a Emenda Constitucional estadual 46/2018, é objeto de recurso extraordinário cujo mérito já foi



julgado por esta Corte (ARE 1.222.297-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe de 21/11/2019). 7. Não atendimento do requisito da subsidiariedade. 8. Agravo a que nega provimento.

ADPF 100 INFORMATIVO 532, Decisão de 15.12.2008

Ementa: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Incidência, na espécie, do princípio da subsidiariedade, porque instaurável, perante o Tribunal de justiça local, processo objetivo de controle normativo abstrato de Leis municipais (CR, art. 125, § 2º). Possibilidade de concessão, em referido processo de índole objetiva, de medida cautelar apta a sanar, de imediato, a lesividade do ato normativo impugnado. ADPF não conhecida. - A possibilidade de instauração, no âmbito do Estado-membro, de processo objetivo de fiscalização normativa abstrata de leis municipais contestadas em face da Constituição Estadual (CR, art. 125, § 2º) torna inadmissível, por efeito da incidência do princípio da subsidiariedade (Lei nº 9.882/99, art. 4º, §1º, o acesso imediato à arguição de Descumprimento de preceito fundamental. (Decisão de 15.12.2008).

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desta forma, podemos afirmar que a natureza jurídica da condição legal do esgotamento de todos os meios para o saneamento do ato lesivo ao preceito fundamental é uma condição da ação – interesse de agir necessidade - de caráter inafastável para a propositura da ação constitucional de arguição de descumprimento fundamental.

Entretanto, a condição da subsidiariedade deve sofrer uma interpretação conforme, para ser compreendida como aquele meio que seja apto a sanar a lesão à norma fundamental de forma ampla, geral e imediata, ou seja, com a mesma amplitude, efetividade e imediaticidade própria da arguição de descumprimento de preceito fundamental haveria caso conhecida e provida.

### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, 1999. **Lei nº 9.882/99.** Disponível em:  
< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm) > Acessado em: 09 jun. 2020.

BRASIL, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05.10.1988**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) > Acessado em: 08 jun. 2020.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento I**. 17ª ed., Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Ed. Juspodivm, 9ª ed., 2017.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil Esquematizado**. 11ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

JUNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed., Ed. Juspodivm, 2009.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª ed., Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (I) (§1º do Art. 102 da Constituição Federal)**. Revista Jurídica Virtual ,Brasília, vol. 1, n. 7, dezembro 1999.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed., Ed. Saraiva, 2015, 1470 p.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 34ª ed., São Paulo: Atlas, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 5ª ed., São Paulo/SP: Malheiros Editores, 2001.

STF, **ADPF 554 AgR / SP**, Rel. Min. Luiz Fux, Segunda Turma, DJ: 09.03.2020, Órgão julgador: Tribunal Pleno.

STF, **ADPF 100 – MC / TO**, Rel. Min. Celso de Mello, DJ: 15.12.2008, Info. 532.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 18ª. ed., 2020.

## **GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO A EDUCAÇÃO INFANTIL: AVANÇOS NO MUNICÍPIO DE PALMAS - TO**

**ANICE DE SOUZA MOURA:**  
Acadêmica de Direito da  
Faculdade Serra do Carmo.

KARINE A. G. MOTA<sup>[1]</sup>

(orientadora)

**RESUMO:** O estudo a seguir tece algumas considerações de como a rede pública de Ensino de Palmas-TO garante o direito à igualdade no acesso à educação infantil de 0 a 3 anos de idade. A Educação Infantil é a primeira etapa da Educação Básica. A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a educação da criança passou a ser assegurada como seu direito desde o seu nascimento, e estabelece a responsabilidade do poder público, o Estado, o dever de ofertá-la. A incumbência de oferecer Educação Infantil ao lado do ensino fundamental é do município com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado. Para garantir esse direito atualmente o município de Palmas-TO através da Secretaria Municipal de Educação instituiu o Sistema Online de Cadastro da Educação Infantil para o cadastro de forma igualitária das famílias que buscam por uma vaga nas instituições que ofertam essa modalidade de ensino. De acordo os dados da própria Secretaria Municipal de Educação, existem 5.200 de 0 a 3 anos matriculados em 33 Centro Municipal de Educação Infantil. Este estudo foi realizado por meio de uma investigação literária em doutrinas, textos legislativos e consulta no portal virtual de domínio público da Secretária Municipal de Palmas-TO.

**Palavras-chave:** Educação Infantil. Direito. Palmas-TO.

**ABSTRACT:** The following study outlines some considerations on how the public education network in Palmas-TO guarantees the right to equal access to early childhood education for 0 to 3 year olds. Early childhood education is the first stage of basic education. From the promulgation of the Federal Constitution of 1988, the education of the child started to be guaranteed as his right since his birth, and establishes the responsibility of the public power, the State, the duty to offer it. The municipality is responsible for offering Early Childhood Education alongside primary education with the technical and financial cooperation of the Union and the State. Currently, to guarantee this right, the municipality of Palmas-TO, through the Municipal Education Secretariat, instituted the Online Child Education Registration System for the equal registration of families looking for a place in the institutions that offer this type of education. According to data from the Municipal Department of

Education, there are 5,200 0 to 3 year olds enrolled in 33 Municipal Center for Early Childhood Education. This study was carried out through a literary investigation into doctrines, legislative texts and consultation on the virtual public domain portal of the Municipal Secretary of Palmas-TO.

**Keywords:** Early Childhood Education. Right. Palmas-TO.

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição do Brasil de 1988 proclama abertamente como direito social o direito à educação. Houve, ainda pela Carta Magna, a positivação de preocupações nacionais em algumas áreas de ensino estratégicas, dentre elas a Educação Infantil.

A creche e a pré-escola são obrigação do Estado e por força da norma estabelecida pelo art. 208, inc. IV, da Constituição, incumbe ser observada pelo Poder Público.

Para a garantia desse direito e para fins deste estudo, buscou analisar os elementos, do ponto de vista jurídico, utilizados pelo município de Palmas-TO através da Secretaria Municipal para garantir o acesso das crianças de 0 a 3 anos nos Centros Municipais de Educação Infantil. De acordo os dados da própria Secretaria Municipal de Educação, existem 5.200 de 0 a 3 anos matriculados em 33 Centro Municipal de Educação Infantil

A Secretaria Municipal da Educação é o órgão responsável por promover o acesso da comunidade à escolarização regular e aos bens de cultura com equidade e qualidade social, em conformidade aos princípios norteadores da cidadania republicana no município de Palmas-TO.

A presente pesquisa utilizou a metodologia do trabalho jurídico voltada às instruções práticas para a formatação e a compreensão da engrenagem de técnicas de organização do trabalho jurídico científico através de pesquisa bibliográfica em doutrinas, legislações e os documento de domínio público publicados no portal da Secretaria Municipal de Educação de Palmas-TO.

A explanação bibliográfica do primeiro tópico está centrada no arcabouço constitucional do Direito a Educação; o segundo tópico discute os aspectos que dizem respeito ao direito a Educação Infantil e o terceiro tópico propõe uma análise dos fatores que promovem o acesso à Educação Infantil das crianças de 0 a 3 anos de idade no município de Palmas -TO.

Ademais, a Constituição atribui ao Município manter programas de educação infantil buscando garantir o direito fundamental à educação.

## **2 DO DIREITO À EDUCAÇÃO**

A educação é um direito fundamental inerente a todo ser humano, nesse sentido, depreende-se que a sociedade em geral, sem distinção de cor, raça, etnia, sexo, religião, todos podem gozar de tal direito.

Ensina Silva (2014), que “a educação, como processo de reconstrução da experiência, é um atributo da pessoa humana, e, por isso, tem que ser comum a todos. É essa concepção que a Constituição resguarda nos arts. 205 a 214, quando declara que ela é um direito de todos e dever do Estado.

Tal concepção importa elevar a educação à categoria de serviço público essencial, que ao Poder Público impende possibilitar a todos, daí a preferência constitucional pelo ensino público, pelo que a iniciativa privada, nesse campo, embora livre, é meramente secundária e condicionada (arts. 209 e 213).

Os ideais que influenciaram a elaboração da Constituição de 1988 e, posteriormente, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional 9.394/96 (BRASIL, 1996), estão diretamente relacionados ao movimento de redemocratização do país que se iniciou ainda no final da década de 1970.

No tocante ao direito a educação, o Plano Nacional de Educação (Lei nº 13.005/2014) para o período 2014/2024, estabeleceu para a educação básica as seguintes metas: universalização; alfabetização até o final do 3º ano do ensino fundamental; educação integral em 50% das escolas públicas, pelo menos; fomentar a qualidade da educação básica; elevar a taxa de alfabetização da população com 15 (quinze) anos ou mais; ampliar a educação profissional; universalizar o atendimento de crianças e jovens com deficiências; assegurar política nacional de formação e qualificação de professores.

Em consonância com a Constituição Federal de 1988 a LBD 9394/96 a Lei de Diretrizes e Bases da Educação estabelece em seu art. 2º que a educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

As oportunidades produzidas na Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei 9.394/96, resulta em discussões e debates necessários neste momento histórico as quais passam a ser concretizadas na forma de uma nova Lei de diretrizes e bases da

Educação Nacional. Lei esta que, entre outras questões, dá competência à União para legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional. Este cenário então desencadeia o processo de reformulação da legislação educacional brasileira (SARMENTO, 2009).

O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de (art. 208, CF/88):

[...] educação básica obrigatória e gratuita dos 4 aos 17 anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; progressiva universalização do ensino médio gratuito; atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 anos de idade; acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde (CF, 1988, art. 208).

A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir a equalização de oportunidades educacionais e um padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil e os Estados e o Distrito Federal: atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.

A educação básica obrigatória e gratuita dos quatro aos dezessete anos de idade, bem como sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria (art. 208), deverá ser implementada progressivamente, até 2016, nos termos do plano nacional de educação, com apoio técnico e financeiro da União (EC 59/2009, art. 6. O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo (LENZA, 2019)

Nas considerações de Tavares (2018), a dificuldade de vagas em creches próximas à residência ou local de trabalho tem sido um tema recorrente no Judiciário. Enquanto direito fundamental de segunda dimensão, existem importantes decisões



do STF no sentido de se tratar de dever do Estado (prestação positiva), afastando-se a alegação da cláusula de “reserva do possível” para a não atuação municipal (art. 208, IV, c/c o art. 211, § 3.º), inclusive com a possibilidade de aplicação de multa diária até o cumprimento da obrigação de implementação da matrícula.

Dessa forma, fica estabelecido que os municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

## **2.1 DO DIREITO A EDUCAÇÃO INFANTIL: História e perspectivas**

Com a revolução a entrada das mulheres ao mercado de trabalho modificou a forma de cuidar e educar dos filhos. As mulheres que não trabalhavam nas indústrias acabavam virando cuidadoras, “reuniam em um só local várias crianças de diferentes faixas etárias e apenas uma pessoa era responsável por cuidar das crianças” (OLIVEIRA, 2011, p. 22). Essa situação era aceita, pois a preocupação das famílias pobres era sobreviver.

Sarmiento (2009), afirma que a institucionalização da infância só ocorreu no início da modernidade devido à junção de vários fatores: a expansão da escola pública e a obrigatoriedade da educação. Por outro lado, Buckingham (2007), lembra que o confinamento das crianças em salas de aula fazia parte do projeto iluminista, que enfatiza o desenvolvimento da racionalidade enquanto meio de assegurar a estabilidade da ordem social.

Atualmente, devido às transformações ocorridas com a sociedade às gerações foram constituindo-se de forma segmentada e elaborando espaços exclusivos. Crianças, adolescentes, adultos jovens e adultos velhos ocupam áreas reservadas e diferenciadas, como creches, escolas, oficinas, escritórios, asilos, locais de lazer, contudo:

[...] a escola que não nasceu, inicialmente, para as crianças, entretanto, tornou-se o espaço privilegiado de preparação das crianças para “o mundo”; A família que passou por transformações importantes que contribuíram para alterar o lugar da criança retirando-o da periferia e levando-o para o dentro das preocupações; e, A indústria cultural de serviços provocou uma invasão do cotidiano das crianças e foi preciso aperfeiçoar os instrumentos de controle em torno das crianças (LIMA, 2014, p. 23).

Dessa maneira, consagra-se na nova fase para creche e para a pré-escola, pois elas passam a ser reconhecidas como instituição educacional sem distinção de

função entre ambas, e são incluídas na política educacional, ao lado do Ensino Fundamental.

Na atual Política Pública Nacional de Educação Infantil, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a educação da criança passa a ser assegurada como seu direito desde o seu nascimento, e estabelece a responsabilidade do poder público, o Estado, o dever de ofertá-la (artigo 2008, inciso IV).

Tal prescrição representou um marco histórico no atendimento à criança, pois assegura a ela a condição cidadã, expressando direitos iguais a todas as crianças à educação, superando a diferenciação de atendimento entre filhos de elite e filhos de trabalhadores, além de representar uma ruptura com as práticas assistencialistas e de educação compensatória.

A referida Lei também ampliou esse direito, não apenas à mulher- mãe, mas aos pais, ao garantir o direito dos trabalhadores, homens e mulheres, à assistência gratuita a seus filhos e dependente, desde o nascimento até os seis anos de idade (art. 7, inciso XXV).

[...] além de ser direito da criança, a educação infantil é um direito da família e uma exigência da vida atual, na qual a mulher trabalha e participa da vida social em igualdade de direitos com os homens, o que é reconhecido pela Constituição, no capítulo que trata dos direitos sociais (CAMPOS, 2012 p. 13).

Considerando que é direito da criança e dever do Estado a Educação Infantil, inaugura-se a educação da criança de 0 a 6 anos sob um novo paradigma relativo à Infância. Para Cury (2002 p. 14):

[...] A constituição rompe, e, neste caso, ela instaura o novo e não apenas muda, ela muda e inova, quando com todas as letras, incorpora algo que já era, de certo modo, difuso na sociedade, e, explícita que é o direito à diferença, como uma especificidade que tem uma dignidade própria, uma peculiaridade; e que não é simplesmente uma falta, não é especificidade e que cumpre tratá-la com a dignidade tão grande quanto nos tratamos o Ensino Fundamental, pelo menos nos nossos discursos.

Dessa maneira, a creche e a pré-escola passam a ser reconhecidas como instituição educacional sem distinção de função entre ambas, e são incluídas na política educacional, ao lado do Ensino Fundamental.

De acordo o art. 30, inciso VI, da LDB - Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, a incumbência de oferecer Educação Infantil ao lado do ensino fundamental é do município com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado. Portanto, é atribuída aos governos municipais a responsabilidade pela manutenção de programas de Educação Infantil e de Ensino Fundamental. Os avanços prescritos na legislação ainda hoje necessitam do reconhecimento dos diferentes órgãos, para que esses direitos sejam de fato concretizados.

Outros documentos oficiais foram organizados e divulgados pelo Ministério da Educação e Cultura – MEC, entre 1994 e 1996, na intenção de contribuir para a construção dessa nova concepção de direito a educação das crianças de 0 a 6 anos.

No entanto, é importante acrescentar que:

[...] na atualidade existe a Lei 12.796/2013, publicada, cinco de abril, alterou a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), de 1996: em lugar da obrigatoriedade do ensino fundamental dispõe sobre a educação obrigatória e gratuita dos 4 aos 17 anos; em lugar do dever dos pais de matricularem os filhos a partir dos 6 anos nas escolas determina esse dever para as crianças a partir dos 4 anos de idade (LDB, Nº Lei 12.796/2013).

Assim, mesmo assegurada pela lei, ainda existem crianças que não frequentam nenhuma instituição de educação infantil, às vezes pelo fator falta das instituições e, outras vezes, por falta de interesse dos pais ou falta de conhecimento das leis que lhes asseguram esses direitos.

A Constituição Federal (artigos 205 e 208, IV), O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n 8069/90 – artigo 53 e 54 IV) e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n 9394/96 – artigo 4, IV) apontam a creche como um direito da criança e um dever do estado, a quem cabe garantir o atendimento a todos que dela necessitam.

Sebastiani (2017, p. 47) frisa que:

[...] de acordo com o que a Constituição Federal e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) definiram, a

Educação Infantil, primeira etapa da educação básica, é oferecida em creches, ou entidades equivalentes para crianças de até três anos de idade, e em pré-escolas para crianças de quatro a cinco anos.

Desse modo, é necessário que esse direito seja assegurado pela Lei n. 9394/96 seja devidamente compreendido, pois não é apenas um direito de caráter obrigatório como é o tratamento dado ao Ensino Fundamental, trata-se de um direito a ser garantido a toda criança que dele pretende usufruir.

### **3 GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO A EDUCAÇÃO: ACESSO A EDUCAÇÃO INFANTIL NO MUNICÍPIO DE PALMAS -TO**

Precipuamente, foi a lei nº 1350, de 9 de dezembro de 2004 que institui o sistema municipal de ensino do município de Palmas-TO. No que tange a educação infantil a referida lei no seu art. 1º parágrafo 4º estabeleceu a coexistência de instituições públicas e privadas de educação infantil. Para fins deste estudo cabe aqui priorizar o ensino nas instituições públicas.

Para garantir o acesso das crianças nas instituições que ofertam educação infantil foi criado no ano de 2013 através da portaria do Gabinete da Secretaria Municipal de Educação nº 1.498/2013 o Sistema Online de Cadastro da Educação Infantil (Socei), este sistema fez parte das estratégias e procedimentos de matrícula para a Rede Pública do Sistema Municipal de Educação de Palmas.

Ao ser estatuída esta portaria considerou a imprescindibilidade de avaliação da capacidade de atendimento da rede pública a fim de levantar os necessários insumos para acolher a demanda de matrícula e ainda o princípio a democratização do acesso e da permanência, bem como o princípio de equidade.

Considerou durante a vigência da portaria nº 1.498/2013 o cadastro do levantamento da demanda existente, a fim de buscar a viabilização do atendimento e, em não havendo possibilidade de vagas suficientes em curto prazo, definir a prioridade de atendimento mediante critérios estabelecidos.

No art. 15 da portaria supracitada era estabelecido que:

Para o preenchimento dos dados do cadastro no SOCEI, serão necessários os seguintes documentos: I – CPF e RG dos pais ou responsáveis legais. CEP; III – certidão de nascimento ou carteira de identidade (RG) da criança. § 1º O comprovante de residência deverá ser recente, até três meses antecedentes à

data do cadastro. § 2º O cadastro será realizado normalmente para as crianças que não possuem certidão de nascimento ou RG, e os pais ou responsáveis legais serão orientados a providenciar a documentação, assinando termo de compromisso em que conste o período necessário para a entrega do(s) documento(s) à UE. § 3º Nos casos em que os pais ou responsáveis legais não providenciarem a certidão de nascimento ou RG da criança, a situação será informada ao Conselho Tutelar, para as providências cabíveis (PORTARIA Nº 1.498/2013, ART. 15, GABINETE DA SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO, 2013).

Os cadastros serão classificados, conforme os critérios priorizando a criança que: esteja em Medida de Proteção de Acolhimento Institucional – ECA Art. 101, inciso VII; possua Necessidade Educacional Especial; esteja inserida no Cadastro Único para Programas Sociais – CadÚnico; tenha pais ou responsáveis legais com alguma Deficiência Física; tenha irmão(s) matriculado(s) na UE, onde a vaga é pleiteada.

A lista com o resultado da classificação dos cadastros, em cada Unidade Educacional, era afixada em local de fácil visualização, durante o período da efetivação da matrícula, para que a comunidade realize o acompanhamento do preenchimento das vagas.

O Sistema Online de Cadastro da Educação Infantil (Socei) foi substituído no ano de 2018 pelo Sistema Integrado de Matrícula de Palmas - SIMPALMAS por meio da portaria n. 775/ 2018 expedida pelo Gabinete da Secretaria Municipal de Educação que abrangeu além da Educação Infantil, o Ensino Fundamental da Rede Municipal de Ensino.

Essa nova portaria considerou em seus artigos a necessidade de aprimorar a cada ano letivo, a qualidade dos serviços prestados à comunidade, respeitando a necessidade de definição de normas para assegurar o direito constitucional de acesso e permanência na Escola Pública Municipal e a necessidade de regulamentação dos procedimentos para a matrícula online.

Dessa forma, a solicitação de matrícula nas Unidades Educacionais da Rede Municipal de Educação de Palmas será realizada por meio do Sistema Integrado de Matrícula de Palmas - SIMPALMAS. O SIMPALMAS tem ainda por objetivo além do cadastro da solicitação de matrícula de educandos novatos, que pleiteiam vaga na

Rede Municipal de Educação de Palmas e também a transferência de Unidade Educacional por interesse próprio.

Atualmente a Rede Municipal de Ensino de Palmas-TO possui 33 Centros Municipais de Educação infantil que atendem crianças da faixa etária de seis meses a cinco anos e 11 meses. Vale ressaltar que a Secretaria Municipal de Educação recebe uma demanda muito grande de crianças nessa faixa etária, assim o Ministério Público instaurou um procedimento de acompanhamento que busca fiscalizar o Sistema Integrado de Matrículas (SIMPalmas) (PALMAS, 2020).

Com vistas a atender a grande demanda de crianças foram criados através de legislação específica Centros Municipais de Educação Infantil, garantindo assim que seja efetivado o direito constitucional a educação.

A lei nº 2.399, de 9 de julho de 2018 cuidou de criar e denominar, no âmbito do município de Palmas-TO, centros de educação infantil, com as respectivas localizações:

I - Centro Municipal de Educação Infantil Romilda Budke (Arse 102); II - Centro Municipal de Educação Infantil Mundo feliz (Arse 111); III - Centro Municipal de Educação Infantil Estação Criança (Setor Santo Amaro); IV - Centro Municipal de Educação Infantil Mundo Fantástico (Setor Aurenny I); V - Centro Municipal de Educação Infantil João e Maria (Arso 32); VI - Centro Municipal de Educação Infantil Cachinhos (Arse 142) (LEI Nº 2.399, DE 9 DE JULHO DE 2018, ART. 1º).

Como delineado acima, o acesso ao ensino na educação infantil está em consonância como o estabelecido no dispositivo constitucional, evidenciando o próprio dever do Estado para com a educação em assegurar o acesso e a permanência da criança na escola.

À propósito, a educação infantil é ministrada de acordo com o disposto na Constituição Federal, Artigo 211, § 2º, na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e demais instrumentos legais, Federais, Estaduais e Municipais, e com base nos seguintes princípios norteadores:

[..] I - princípios éticos da autonomia, da responsabilidade, da solidariedade e do respeito ao bem comum; II - princípios políticos dos direitos e deveres da cidadania, do exercício da criticidade e do respeito à ordem democrática; III - princípios estéticos da sensibilidade, da criatividade, da ludicidade e da



diversidade de manifestações artísticas e culturais (PALMAS, 2020, p. 12).

Ao ser declarado o direito a educação infantil na Constituição Federal de 1988 e nas legislações infraconstitucionais específicas, é válido transcrever a lição de Cury (2002, p. 259), “[...] declarar um direito é muito significativo. Equivale a colocá-lo dentro de uma hierarquia que o reconhece solenemente como um ponto prioritário das políticas sociais”.

Mais significativo ainda se torna esse direito quando ele além de declarado é garantido pelo Estado, no sentido de assegurá-lo e implementá-lo, como no caso em tela acima demonstrado referente ao município de Palmas-TO, que para assegurar o direito ao ensino na educação infantil, além de criar e implementar um Sistema de Matrículas democrático, ampliou através da criação de instituições de ensino o número de vagas para atender a demanda de crianças nessa modalidade de ensino.

Obviamente:

[...] a consecução prática desses objetivos só se realizará num sistema educacional democrático, em que a organização da educação formal (via escola) concretize o direito de ensino, informado por alguns princípios com eles coerentes, que, realmente, foram acolhidos pela Constituição, tais são: universalidade (ensino para todos), igualdade, liberdade, pluralismo, gratuidade do ensino público, valorização dos respectivos profissionais, gestão democrática da escola e padrão de qualidade (SILVA, 2014, p. 160).

Perante o direito à educação infantil como direito fundamental o município de Palmas-TO atua positivamente, seja criando condições normativas adequadas ao exercício desse direito seja na criação de condições reais, com estruturas, instituições e recursos humanos.

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao tratar sobre o direito a Educação Infantil remete-se a garantia de um direito voltado para a promoção humanística, científica e tecnológica, no sentido de que o Estado deve articular elementos eficazes e igualitários, que assegurem o direito ora em apreço. Devido às transformações ocorridas com a sociedade às gerações foram constituindo-se de forma segmentada e elaborando espaços exclusivos de ensino para atender as crianças.

Precipuamente, um dos elementos utilizados pelo município de Palmas-TO através da Secretaria Municipal para garantir o acesso das crianças de 0 a 3 anos nos Centros Municipais de Educação Infantil, é o Sistema Integrado de Matrícula de Palmas - SIMPALMAS por meio da portaria n. 775/ 2018 expedida pelo Gabinete da Secretaria Municipal de Educação que abrangeu além da Educação Infantil.

Além do sistema acima mencionado, além dos 33 Centros Municipais de Educação Infantil, a lei nº 2.399, de 9 de julho de 2018 cuidou de criar e denominar, no âmbito do município de Palmas-TO a construção de mais seis instituições direcionadas a atender a Educação Infantil.

Considera-se ainda que a Educação Infantil no município de Palmas-TO é regida pelos princípios éticos da autonomia, da responsabilidade, da solidariedade e do respeito ao bem comum; princípios políticos dos direitos e deveres da cidadania, do exercício da criticidade e do respeito à ordem democrática; princípios estéticos da sensibilidade, da criatividade, da ludicidade e da diversidade de manifestações artísticas e culturais.

Acredita-se que, muito ainda precisa ser implementado em relação ao ensino infantil, mas como se observou acima, a Secretaria Municipal de Educação tratou de colocar a Educação Infantil do município como uma modalidade de ensino institucionalizada, com a devida efetividade que a Constituição Federal de 1988 estabelece.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: abril e maio de 2020.

BRASIL. **Critérios para um atendimento em creches que respeite os direitos fundamentais das crianças**. Ministério da Educação e do Desporto Brasília: MEC, 1997.

BRASIL. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional nº. 9.394/96 - Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm). Acesso em abril de 2020.

BRASIL. **Referencial Curricular Nacional para a Educação Infantil**. Brasília: MEC, 1998. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/rcnei\\_vol1.pdf](http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/rcnei_vol1.pdf). Acesso em março de 2020.

BRASIL. **Subsídios para credenciamento e funcionamento de Instituições de Educação Infantil.** Brasília, de 1998. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/scfie1.pdf>. Acesso em 10/11/2013.

CURY, Carlos Roberto Jamil. **Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença.** Cadernos de Pesquisa. São Paulo, Fundação Carlos Chagas, n. 116, julho, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PALMAS. **Portaria gab/semmed nº 1.498, de 18 de outubro de 2013. Altera a Portaria nº 575 de 2009, que dispõe estratégias e procedimentos de matrícula para a Rede Pública do Sistema Municipal de Educação de Palmas, e dá outras providências.** Secretaria Municipal de Educação. Diário Oficial do município. Disponível em: <http://diariooficial.palmas.to.gov.br/media/diario/870-21-10-2013.pdf>. Acesso em abril de 2020.

PALMAS. **Portaria gab/semmed nº 775, de 31 de outubro de 2018. Institui o Sistema Integrado de Matrícula de Palmas - SIMPALMAS, para matrícula na Educação Infantil e para o Ensino Fundamental da Rede Municipal de Ensino, na forma que especifica.** Secretaria Municipal de Educação. Diário Oficial do município. Disponível em: <http://diariooficial.palmas.to.gov.br/media/diario/2117-5-11-2018-21-38-44.pdf>. Acesso em maio de 2020.

PALMAS. regimento escolar da educação infantil. Secretaria Municipal de Educação. Disponível em: [https://www.palmas.to.gov.br/media/doc/17\\_12\\_2019\\_9\\_50\\_58.pdf](https://www.palmas.to.gov.br/media/doc/17_12_2019_9_50_58.pdf). Acesso em abril de 2020.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARMENTO, Manuel Jacinto. Criança, Aluno, Cidadão: a (re)constituição do "Ofício de Criança". (Conferência) - 6º Seminário Internacional da OMEP/BRASIL. Culturas da Infância: Criança, Educação e Práticas Sociais. Cuiabá, 2009.

OLIVEIRA, Zilma de M. (org.). **Creches: crianças, faz de conta & cia.** Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

NOTA:

[1] Doutora em Ciências pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela UNIMAR. Bacharel em Direito pela PUC/GO. Advogada e professora da Faculdade Serra do Carmo - FASEC. E-mail [prof.karinemota@fasec.edu.br](mailto:prof.karinemota@fasec.edu.br)

## A EFICÁCIA DO NEGÓCIO PROCESSUAL JURÍDICO EM RELAÇÃO AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

**GLAUBER PEREIRA MACIEL:**

Graduando em Direito pela Faculdade Serra do Carmo - Palmas/TO.

LUIZ RODRIGUES ARAÚJO FILHO<sup>11</sup>

(orientador)

**RESUMO:** O presente artigo aborda a reforma do Código de Processo Civil, no tocante ao negócio processual jurídico, um instrumento que estimula o diálogo entre as partes através de audiências de mediação e conciliação de forma a influenciar na resolução e prevenção de novos conflitos. Trata ainda, com maior preocupação os institutos da conciliação e mediação, regulando essas funções no nosso ordenamento jurídico, bem como a flexibilização do procedimento visando a sua adequação ao caso concreto, os conflitos levados para a apreciação do Poder Judiciário, a fim de aperfeiçoar e racionalizar a atividade jurisdicional de forma mais participativa e célere. A morosidade crônica da justiça é um fenômeno recorrente há décadas e se tornou uma preocupação constante na vida dos operadores do direito, porque leva à falta de confiança na justiça e a temida impunidade, tão maléfica para o Estado Democrático de Direito. A perspectiva ainda é de mudança de paradigmas, modernização da lei, valorização da autonomia privada no processo, avanços na cultura da sociedade, convidada a valorizar o diálogo e a autocomposição, mudança gradativa no sistema judiciário e nos procedimentos processuais condizentes com os basilares preceitos de justiça.

**Palavras-chave:** Negócio Jurídico. Conflito. Conciliação. Mediação. Flexibilização.

**ABSTRACT:** This article discusses the reform of the Civil Procedure Code, regarding to the procedural legal transaction, an instrument that stimulates the dialogue among the parts trough the conciliation and mediation audiences in a way of influencing in the resolution and prevention of new conflicts. It also treated, with most concern the conciliation and mediation institutions, regulating these functions in our legal system, and the flexibility of the procedure in order to their suitability for the conflict presented to the appreciation of the judiciary, in order to improve and streamline the judicial activity in a more participatory and fast form. The chronic slowness of justice has been a recurring phenomenon for decades and has become a constant worry in the lives of law operators because it leads to lack of trust in justice and the dreaded impunity, so maleficent to the democratic rule of law. The

perspective is of changing in paradigms, modernization of the Law, enrichment of the private autonomy in the process, advances in the social culture, invited to valorize the dialogue and the auto composition, gradual changing in the judiciary system and in the procedures related to the base precepts of the justice.

**Keywords:** Juridical transaction. Conflict. Conciliation. Mediation. Easing.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. Mediação e conciliação – 2.1 O diálogo como forma de resolução dos conflitos – 3. A importância do negócio jurídico firmado – 3.1 Flexibilização procedimental – 4. Audiências de autocomposição e mediação – 4.1 Democratização na formação processual – 5. Fixação do calendário para a prática dos atos processuais – 6. Considerações finais – 7. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB ensejou maior conscientização da população sobre seus direitos e garantias e, na esteira de democratização do País, foram criados novos direitos, nem todos com a clara indicação de meios para assegurá-los, o que contribuiu para o aumento da judicialização de conflitos, propiciando a ida ao Judiciário para se buscar a reparação de danos e abusos provocados pelos consumidores das áreas de telefonia, sistema bancário, energia, planos de saúde, contratos imobiliários, entre outros oriundos da expansão do serviço, o que gerou aumento de consumo devido a intensa urbanização da nossa sociedade.

O acesso à justiça implica na garantia de acesso ao justo processo, sem entraves e delongas, garantindo o ingresso em uma máquina apta a proporcionar a resolução do conflito trazido, com rapidez e segurança às partes.

Outras situações que contribuíram para o aumento de demandas são a enorme edição de leis a cada ano em nosso País, bem como o aumento de cursos jurídicos, que trazem antagonismos, contradições e divergências de interpretação, gerando novas controvérsias e o despertar da sociedade brasileira, com o fluxo de informações pelo mundo digital, que são fatores extremamente importantes para o aprimoramento das relações econômicas e sociais, abarrotando o Judiciário de novos conflitos.

Para que seja assegurado aos cidadãos soluções em tempo razoável e tolerável será necessária a continuidade na gestão da máquina judiciária, mantendo capacitado gerencialmente os magistrados e servidores, informatizando todas as etapas dos processos, ritualizando os procedimentos em reverência ao cumprimento da legislação que dispõe sobre prazos processuais, além de disseminar outros



métodos de resolução de conflitos, uma tendência saudável para maior eficiência da distribuição da justiça.

Nessa perspectiva, este estudo pretende evidenciar a importância do negócio jurídico processual, buscando elencar juridicamente, subsídios que respondam à questão norteadora desta pesquisa, que partiu da seguinte indagação: a adoção da prática da autocomposição que permite a flexibilização procedimental garante uma melhor eficácia no negócio jurídico firmado entre as partes?

O ponto nevrálgico desta discussão diz respeito a autonomia das partes para que seja firmado o negócio jurídico processual, havendo maior paridade de armas por meio do diálogo, levando em consideração as vontades individuais, até chegar no melhor consenso que beneficiem ambas as partes, evidenciando o papel dos conciliadores e mediadores e as vantagens da utilização dos institutos da autocomposição e da mediação.

O Código de Processo Civil, vigente desde 2015, por meio do negócio jurídico processual, nos apresenta uma forma de influenciar na prevenção de novos conflitos, trata com maior preocupação os institutos da conciliação e mediação, a fim de regular de forma mais precisa a função do mediador e do conciliador no nosso ordenamento jurídico.

Na certeza da importância da realização de acordos entre as partes, antes ou durante o trâmite do processo, o negócio jurídico processual, vem em busca de uma otimização e racionalização da atividade jurisdicional, devendo obter atenção especial no quesito de primeiramente tornar-se amplamente conhecido para que, posteriormente, possa ser habitualmente utilizado, com esse intuito é que se propõe a discutir tal temática, pretendendo expor a matéria como forma de discutir e ampliar nossos conhecimentos a respeito do tema.

## **2. MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO**

### **2.1 O DIÁLOGO COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS**

Os artigos 190 e 191 Código de Processo Civil trouxeram uma inovação, o negócio jurídico processual, compactuado entre os demandantes de um processo, onde se é possível formalizar acordos procedimentais a fim de aperfeiçoar e racionalizar a atividade jurisdicional, estimulando assim, a autocomposição em busca de desenvolver uma cultura de pacificação entre as partes do processo, devendo o Estado empenhar-se na organização de instituições capacitadas para mediar o conflito entre os cidadãos.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), comprometido com o sistema a fim de proporcionar um processo mais rápido, uma justiça mais célere, instituiu em todos os Estados brasileiros, por meio da Resolução 125/2010<sup>121</sup>, a Política Judiciária de Tratamento de Conflitos – CEJUSCS, que são unidades da Justiça, onde preferencialmente, devem ocorrer as audiências de conciliação e mediação, disseminando a cultura do diálogo e reduzindo consideravelmente a quantidade de ações ajuizadas no Judiciário. Estes centros estão em conformidade com a Lei da Mediação nº 13.140/2015 e regulados no novo Código de Processo Civil, com maior destaque e amplitude.

A Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, na busca de diálogo entre as partes, criou as Semanas Nacionais de Conciliações, que constitui em um esforço concentrado de Juízes, Servidores, Conciliadores, Estagiários do curso de Direito, Defensores e demais auxiliares, com o intuito em conciliar o maior número possível de demandantes, durante uma semana, trazendo a oportunidade às partes de dialogar e discutir, perante os conciliadores, muitos dos processos que estavam aguardando andamento a mais de ano, porque abrangia todos os processos em tramitação, independentemente da sua fase processual.

O CPC de 2015 ratifica essa tendência incentivando a autocomposição conforme dispõe os art. 165 a 175, sendo um capítulo inteiro dedicado a regular a mediação e conciliação. Vejamos:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em

conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. (BRASIL, 2015)

Diante do resultado favorável do incentivo ao diálogo, a grande quantidade de conflitos resolvidos nas audiências das Semanas Nacionais de Conciliação incentivando a conciliação em processos que apresentavam a possibilidade de acordo, independentemente de sua fase processual, alcançando quantidades significativas de acordos efetuados durante esse período, o Código de Processo Civil veio inovar neste sentido e ainda disciplina as atividades dos conciliadores e dos mediadores para fortalecer, ainda mais essa prática que já estava sendo utilizada.

Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§ 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

§ 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

§ 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais. (BRASIL, 2015)

No tocante aos conciliadores, estes podem sugerir soluções ao conflito, onde as partes já tenham qualquer vínculo anterior, sua atuação pode ser mais efetiva, oferecendo às partes propostas de soluções capazes de resolver o conflito e tenha como resultado final, a consciência da necessidade de cumprir o que foi acordado em audiência. Enquanto que os mediadores não podem interferir na solução do conflito, ele estimula o diálogo entre as partes, buscando fomentar meios de resolução e a busca de soluções viáveis respeitando a autonomia da vontade para o

fim do conflito, como é possível observar o conceito da função dado pelo doutrinador Didier Júnior (2017, pg. 308)<sup>[3]</sup>:

Mediação e conciliação são formas de solução de conflito pelas quais um terceiro intervém em um processo negocial, com a função de auxiliar as partes a chegar à autocomposição. Ao terceiro não cabe resolver o problema, como acontece na arbitragem: o mediador/conciliador exerce um papel de catalisador da solução negocial do conflito. Não são, por isso, espécies de heterocomposição do conflito; trata-se de exemplos de autocomposição, com a participação de um terceiro. (DIDIER, 2017, pg. 308)

Nesse diapasão, para Gonçalves (2019) os Tribunais deverão criar centros judiciais de solução consensual de conflitos, fazendo o cadastro destes profissionais, podendo inclusive fazer concurso público para ter o registro dos profissionais habilitados. Os processos serão distribuídos aleatoriamente e alternadamente.

Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

§ 1º Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal.

§ 2º Efetivado o registro, que poderá ser precedido de concurso público, o tribunal remeterá ao diretor do foro da comarca, seção ou subseção judiciária onde atuará o conciliador ou o mediador os dados necessários para que seu nome passe a constar da respectiva lista, a ser observada na distribuição alternada e aleatória, respeitado o princípio da igualdade dentro da mesma área de atuação profissional.

§ 3º Do credenciamento das câmaras e do cadastro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados

relevantes para a sua atuação, tais como o número de processos de que participou, o sucesso ou insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como outros dados que o tribunal julgar relevantes. (BRASIL, 2015)

A publicidade dos atos, disciplinadas nos §§ 3º e 4º, mostra de forma transparente, dados estatísticos como forma de controle externo de sua atuação, sendo também uma forma de dar publicidade aos seus atos para incentivar e aproximar a sociedade da cultura de resolução dos conflitos através da conciliação e mediação.

§ 4º Os dados colhidos na forma do § 3º serão classificados sistematicamente pelo tribunal, que os publicará, ao menos anualmente, para conhecimento da população e para fins estatísticos e de avaliação da conciliação, da mediação, das câmaras privadas de conciliação e de mediação, dos conciliadores e dos mediadores.

§ 5º Os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do caput, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções.

§ 6º O tribunal poderá optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos, observadas as disposições deste Capítulo. (BRASIL, 2015)

O impedimento constante neste parágrafo é preocupante porque impossibilita a esses profissionais o exercício da advocacia, o que deverá impedir a inscrição dos mesmos pela falta de incentivo econômico. Neste caso a realização de concursos públicos para preenchimento do cargo pode ser a melhor opção para estruturar as câmaras de conciliação.

Art. 168. As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação.

§ 1º O conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado no tribunal.

§ 2º Inexistindo acordo quanto à escolha do mediador ou conciliador, haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação.

§ 3º Sempre que recomendável, haverá a designação de mais de um mediador ou conciliador.

Art. 169. Ressalvada a hipótese do art. 167, § 6º, o conciliador e o mediador receberão pelo seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

§ 1º A mediação e a conciliação podem ser realizadas como trabalho voluntário, observada a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal.

§ 2º Os tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelas câmaras privadas de conciliação e mediação, com o fim de atender aos processos em que deferida gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento.

Art. 170. No caso de impedimento, o conciliador ou mediador o comunicará imediatamente, de preferência por meio eletrônico, e devolverá os autos ao juiz do processo ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos, devendo este realizar nova distribuição.

Parágrafo único. Se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento, a atividade será interrompida, lavrando-se ata com relatório do ocorrido e solicitação de distribuição para novo conciliador ou mediador. (BRASIL, 2015)

Nos casos em que for verificado o impedimento do conciliador ou mediador, deverá ser feita a distribuição do processo, após a comunicação do fato ao Juízo, sendo esta preferentemente por meio eletrônico, a fim de dar celeridade, para solucionar a situação. O impedimento sendo verificado durante a audiência de conciliação ou mediação suspende-se o ato, registrando em ata o ocorrido, para nomeação do novo conciliador ou mediador.



Art. 171. No caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o conciliador ou mediador informará o fato ao centro, preferencialmente por meio eletrônico, para que, durante o período em que perdurar a impossibilidade, não haja novas distribuições

Art. 172. O conciliador e o mediador ficam impedidos, pelo prazo de 1 (um) ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes. (BRASIL, 2015)

O prazo de impedimento torna-se justificável, como já vem sendo utilizado em outros setores da atividade pública, porque evita que o conciliador e o mediador patrocine, represente ou assessorar qualquer das partes a partir da audiência, com o objetivo de impedir a angariação de clientes. Sendo que qualquer que seja a conduta inadequada desses conciliadores e mediadores deverá haver a exclusão do cadastro.

Art. 173. Será excluído do cadastro de conciliadores e mediadores aquele que:

I - agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade ou violar qualquer dos deveres decorrentes do art. 166, §§ 1º e 2º;

II - atuar em procedimento de mediação ou conciliação, apesar de impedido ou suspeito.

§ 1º Os casos previstos neste artigo serão apurados em processo administrativo.

§ 2º O juiz do processo ou o juiz coordenador do centro de conciliação e mediação, se houver, verificando atuação inadequada do mediador ou conciliador, poderá afastá-lo de suas atividades por até 180 (cento e oitenta) dias, por decisão fundamentada, informando o fato imediatamente ao tribunal para instauração do respectivo processo administrativo.

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta. (BRASIL, 2015)

Objetivando a solução de conflitos administrativos, poderá a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criar câmaras de mediação e conciliação, para resolver conflitos que envolvam órgãos e entidades da administração pública, por meio da conciliação; avaliar a solução de conflitos na administração pública e ainda, promover o termo de ajuste de conduta. Mudança significativa para diminuir a quantidade de processos ajuizados pelo Poder Público junto ao Poder Judiciário.

Art. 175. As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica.

Parágrafo único. Os dispositivos desta Seção aplicam-se, no que couber, às câmaras privadas de conciliação e mediação. (BRASIL, 2015)

Importantíssimas essas ponderações dispostas quanto ao papel do conciliador e mediador a fim de possibilitar às partes, a resolução de seu conflito de forma eficaz, quando oferece aos seus jurisdicionados uma satisfação de resolução mais justa, mais transparente, de comum acordo entre eles e se aproxima mais da sensação de dever cumprido, de forma mais célere e satisfativa.

O Código de Processo Civil em seu art. 4º normatiza ainda, que as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa, ratificando o princípio da razoável duração do processo, inclusive em sua fase executiva. Com essas alterações o intento de minimizar a duração dos processos é imprescindível, a boa vontade e o espírito cooperativo de todas as partes envolvidas: Juízes, advogados, promotores, defensores e as partes.

O inciso II e V do art. 139 reforça este princípio dispondo que:

O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

II - velar pela duração razoável do processo; e

V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais. (BRASIL, 2015)

A audiência de conciliação define-se como o meio de solução consensual de conflitos, realizada por conciliadores, nos casos em que não existir vínculo anterior entre as partes, visando a conciliação, sem nenhum tipo de intimidação ou constrangimento. A efetividade de soluções através da conciliação é medida extremamente positiva, pois além de trazer satisfação e contentamento às partes, desafoga o Judiciário.

A eficácia da conciliação exige discussão aberta, direta e franca entre as partes, podendo acontecer antes ou depois da instauração do processo. Sendo uma alternativa importante de aproximação e participação dos envolvidos na solução do conflito. Proporciona ainda, efetivo acesso à justiça, já que sua eficácia depende do tratamento igualitário entre os contendores, que decidem, em conjunto e da melhor forma, a situação conflituosa.

Do mesmo modo, a mediação é o meio de solução consensual de conflitos realizado por mediador, nos casos em que existir um vínculo anterior entre as partes, sendo o instrumento destinado a auxiliar os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, onde as próprias partes possam pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprias, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

O termo de mediação é todo o documento decorrente de uma mediação no qual as partes interessadas manifestam de forma inequívoca o seu desejo de prevenir ou compor o conflito de interesses por meio de um consenso obtido com a participação de um terceiro imparcial.

A mediação é um método não adversarial, consensual e informal, pelo qual uma terceira pessoa imparcial, escolhida ou aceita pelas partes, auxilia os interessados a buscar uma solução justa e adequada ao caso submetido à apreciação. Atuando de modo a facilitar a compreensão do problema, mas sem interferir diretamente, a mediação encoraja e facilita o diálogo entre as partes para a resolução de uma divergência.

A mediação é um gênero que comporta duas espécies ou perspectivas de análise: a mediação passiva e a mediação ativa, decorrendo esta classificação do modelo de procedimento que se adota na formação da vontade para a solução da controvérsia.

Na mediação passiva o mediador não deve ir além da mediação das partes, não podendo fazer sugestões, propor alternativas e nem retirar das partes a responsabilidade pela construção do consenso entre elas. Enquanto que na mediação ativa, de forma contrária, admite-se que o mediador tenha atuação positiva na construção da solução, na busca do consenso, podendo ele fazer sugestões, aconselhar, apresentar propostas, atuando nos limites da atribuição que lhe foi outorgada pelas partes para buscar a resolução da questão conflituosa.

O Código de Processo Civil observa o modelo passivo, sendo resguardada a atuação ativa do terceiro para o caso de conciliação. A mediação civil tem por objetivo regular tão somente os atos, relações ou negócios jurídicos de natureza civil, ou seja, a natureza do conflito será determinada pela subsunção direta do fato à norma civil.

### **3. A IMPORTÂNCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO FIRMADO**

#### **3.1 FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL**

Negócio processual é o fato jurídico voluntário, onde a vontade lícita declarada das partes molda o ato, com o intuito de criar, modificar, conservar ou extinguir direitos, ou seja, escolhendo e estabelecendo certas situações jurídicas, dentro dos limites fixados no nosso ordenamento os efeitos acordados entre as partes. A manifestação da parte com a escolha dos efeitos desejados é um ato que delimita o objeto do processo e demonstra, de forma clara, o que ela busca junto ao Judiciário. Sua vontade é um pressuposto básico e sendo imprescindível a sua exteriorização.

O CPC/15 nos trouxe uma modalidade inovadora de procedimento que deriva dos negócios jurídicos processuais, de forma bilateral ou contratual, ou ainda em audiência de autocomposição, realizada em Juízo, onde as partes poderão estabelecer o procedimento que mais se ajusta a sua demanda.

A relevância da flexibilização procedimental, pode trazer um regramento jurídico para situações mais específicas ao processo, pois se trata de uma proposta que seja democraticamente exercitada pelas partes que encontrarão um espaço para dialogar e refletir. O procedimento passará a ser mais flexível, se adequando melhor

as exigências do caso concreto. Dependendo da complexidade do litígio exigem-se providências diferentes para a obtenção de melhores resultados.

Esta técnica processual será manejada como forma de se alcançar o direito material e aos fins do processo, adequando-o e relativizando a fim de emprestar maior efetividade ao direito processual no desempenho de sua tarefa básica de realização do direito material. Quando o processo versar sobre direitos que admitam a autocomposição, as partes plenamente capazes poderão estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa. Então vejamos:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. (BRASIL, 2015)

O dispositivo em comento, ao ampliar o espaço de possível conciliação entre as partes a ponto de permitir ajustes ou acordos sobre o processo, fez ressurgir a necessidade do estudo dos negócios jurídicos processuais. Vejamos:

Negócio processual é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentre dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais. (DIDIER, 2015, pg. 376)<sup>[4]</sup>

São diversos os exemplos de negócios processuais típicos:

- a eleição negocial do foro (art. 63 do CPC); o negócio tácito de que a causa tramite em juízo relativamente incompetente (art. 65, CPC),

- o calendário processual (art. 191, §§ 1º e 2º CPC), a renúncia ao prazo (art. 225, CPC), o acordo para a suspensão do processo (art. 313, II, CPC),
- organização consensual do processo (art. 357, § 2º),
- o adiamento negociado da audiência (art. 362, I, CPC),
- a convenção sobre o ônus da prova (art. 373, §§3º e 4º, CPC),
- a escolha consensual do perito (art. 471, CPC),
- o acordo de escolha do arbitramento como técnica de liquidação (art. 509, I, CPC), e
- a desistência do recurso (art. 999, CPC), etc. (BRASIL, 2015)

O caput do art. 190 do CPC é uma cláusula geral, criando uma negociação processual, que pode ter como objetivo a situação processual das partes (os ônus, os poderes, as faculdades e os deveres processuais), o procedimento e a fixação de um calendário procedimental.

Os negócios processuais podem ser celebrados antes ou durante a litispendência e passa pelo plano da validade dos atos jurídicos que possuem como requisitos:

- a) Ser celebrado por pessoas capazes;
- b) Possuir objeto lícito;
- c) Observar forma prevista ou não proibida em lei (art. 104, 166 e 167 do Código Civil).

Não observados esses requisitos, implica em nulidade processual, reconhecível *ex officio* nos termos do parágrafo único do art. 190, do CPC.

Convencionando as partes a respeito do procedimento, este deve ter a homologação judicial pelo Juiz, que poderá recusar a convenção nos casos de nulidade ou inserção abusiva em contrato de adesão ou verificar que a parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade, ou seja, onde houver desequilíbrio entre os sujeitos da relação jurídica. Nesta situação o órgão jurisdicional deverá verificar se a negociação foi feita em condições de igualdade entre as partes.



Certo é que, em regra há a necessidade de homologação judicial do negócio processual que tenha por objeto as situações jurídicas processuais, como as mudanças de procedimento, a desistência, a organização consensual do processo, e a sua suspensão convencional. Para Didier Jr. (2015) não havendo necessidade de homologação judicial o ato não é descaracterizado como negócio.

Negócios processuais que tenham por objeto as situações jurídicas processuais, dispensam, invariavelmente, a homologação judicial. Negócios processuais que tenham por objeto mudanças no procedimento podem sujeitar-se a homologação, embora nem sempre isso ocorra; é o que acontece, por exemplo, com a desistência (art. 200, par, ún., CPC), a organização consensual do processo (art. 357, §2º, CPC) e a suspensão convencional do processo (art. 313, II, CPC). (DIDIER Jr., 2015, Pág 379)<sup>[51]</sup>

Ainda ressalta:

O relevante para caracterizar um ato como negócio jurídico é a circunstância de a vontade estar direcionada não apenas à prática do ato, mas, também, à produção de um determinado efeito jurídico. (DIDIER Jr., 2015, Pág 379)<sup>[61]</sup>

Esta exigência de homologação judicial confere a condição de eficácia do negócio jurídico e gera seus efeitos. Afinal, o processo continua a não ser coisa das partes em razão da sua natureza pública.

Os negócios processuais podem tornar-se eficaz ferramenta à prevenção de riscos decorrentes de litígios contratuais de diferentes espécies, pois propiciam aos contratantes a capacidade de estipular alterações capazes de tornar o processo judicial um caminho menos tortuoso à solução do conflito.

## **4. AUDIÊNCIAS DE AUTOCOMPOSIÇÃO E DE MEDIAÇÃO**

### **4.1 DEMOCRATIZAÇÃO NA FORMAÇÃO PROCESSUAL**

No Código de Processo Civil, o negócio processual firmado em audiência de autocomposição, mediação e conciliação devem estar caminhando lado a lado, constituindo-se três instrumentos para a prevenção de solução de conflitos e controvérsias, de natureza individual ou coletiva, considerando que a autocomposição é escopo precípua da justiça moderna.

A democratização na formação do processo com a participação das partes demonstra um processo mais democrático, ensejando um resultado final com maior aceitação vez que abalizado pelo diálogo permanente. No momento em que o cidadão participa na solução de seus próprios conflitos, está também contribuindo para o exercício da sua cidadania. O processo de democratização pressupõe a existência de cidadãos ativos.

Além do desenvolvimento da democracia, os métodos não jurisdicionais buscam contribuir para uma maior celeridade na solução dos problemas e controvérsias, com o aumento da eficácia dos resultados, dentro de um procedimento com redução do desgaste emocional e dos gastos financeiros, buscando a criação de ambientes sociais cooperativos e harmônicos, com a manutenção ou restauração da paz social, como predispõe Didier Jr (2017, Pág 379):

Compreende-se que a solução negocial não é apenas um meio eficaz e econômico de resolução dos litígios: trata-se de importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula as suas relações. Neste sentido, o estímulo à autocomposição pode ser entendido como um reforço da participação popular no exercício do poder - no caso, o poder de solução dos litígios. Tem, também por isso, forte caráter democrático. O propósito evidente é tentar dar início a uma transformação cultural - *da cultura da sentença para a cultura da paz*. (DIDIER Jr., 2017, Pág 379)<sup>[7]</sup>

A conciliação é um instrumento que já consta de longa data no ordenamento jurídico brasileiro, sendo oportuno fazer a referência às normas constantes da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>[8]</sup>, Código de Processo Civil de 1973<sup>[9]</sup> e da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais<sup>[10]</sup>, todavia, sem o rigor científico que é encontrado no atual Código de Processo Civil sancionado em 2015.

A pretensão de abolir alguns atos processuais, muitas das vezes desnecessários ou inúteis, proporciona um entendimento mais transparente às partes envolvidas na lide e ainda acelera a finalização do litígio, e a reforma do Código de Processo Civil Brasileiro foi bastante incisiva neste ponto, pois a muito tempo, a sociedade clama por um Judiciário mais célere. A morosidade crônica da justiça é um fenômeno recorrente há décadas e se tornou uma preocupação constante na vida dos envolvidos porque leva à falta de confiança na justiça e a temida impunidade, tão maléfica para o Estado Democrático de direito.

Segundo as novas regras do procedimento comum, ao ajuizar uma ação judicial, o autor deve informar, em sua petição inicial, se tem interesse na autocomposição e, em caso positivo, deve indicar a sua preferência pela conciliação ou pela mediação (art. 319, inciso VII). Incumbe, primeiramente, ao advogado, antes mesmo do ingresso em juízo, cogitar a possibilidade de utilização de um dos meios consensuais e identificar, a partir da natureza da relação entre as partes e dos elementos do conflito, o que melhor se ajusta a sua resolução.

Quando a petição inicial preencher todos os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz, no exercício de seu dever gerencial do processo, designará audiência de autocomposição com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

Vale lembrar que a manifestação prévia, pelo autor, do desinteresse na tentativa de autocomposição não impede que seja fixada a data da sessão de mediação, quando o juiz considerar que as particularidades do litígio sugerem o emprego de tal método, porque para afastar essa realização é necessário que a parte ré apresente com antecedência mínima de 10 (dez) dias, da data designada, sua expressa falta de vontade de submeter-se ao procedimento.

O Juiz controlará a validade dessas convenções de ofício ou a requerimento das partes, recusando a aplicação somente em casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou quando uma das partes se encontrarem em manifesta situação de vulnerabilidade.

O procedimento de mediação tem como características a informalidade e a flexibilidade procedimental, não estando sujeito ao rigor formal de um rito estabelecido em lei. Os litigantes são os responsáveis pela mediação e conciliação, inclusive no que se refere à escolha do procedimento que será seguido, pautado na autonomia da vontade e no protagonismo dos mediandos, os quais, por conhecerem bem o conflito, apresentam soluções adequadas e, ao mesmo tempo, diminuem os riscos que podem advir de uma decisão imposta.

A solução do conflito é decidida pelos próprios envolvidos, sem a opinião do mediador, tornam os acordos mais efetivos, espontaneamente cumpridos e também previnem a reedição do conflito. Ao fim da negociação espera-se que seja obtido e formalizado o acordo, de forma clara e acessível às partes, lavrar-se-á o termo de mediação, que será homologado e constituirá um Título Executivo Judicial. (Art. 515, II, CPC/2015)

## **5. FIXAÇÃO DO CALENDÁRIO PARA PRÁTICA DOS ATOS PROCESSUAIS**

Código de Processo Civil prevê, ainda, a possibilidade de estipulação do calendário processual, se enquadrando na categoria dos negócios jurídicos processuais plurilaterais. De comum acordo com o Juiz, as partes poderão manifestar a vontade estipulando datas para a prática de atos processuais – contestação, réplica, perícia, audiências, sentença etc. Em qualquer dos casos, como abriga atos a serem praticados pelas partes e pelo juiz, todos devem a ele aderir para que se torne eficaz. Trata-se de instrumento valioso de combate ao procedimento formal que tornam mais demorada a prestação jurisdicional.

O calendário busca enfrentar aqueles períodos de tempo em que não há prazo correndo para qualquer das partes – juntada de petição, espera da data de publicação, intimações, etc. As partes serão intimadas uma só vez de todas as datas, correndo o processo sem interrupções para novas intimações.

A fixação de calendário processual no início do processo é eficiente maneira de adequar do rito procedimental, o tempo necessário para a produção de provas; de enfrentamento da morosidade do processo civil; e de garantia da segurança jurídica, decorrente da elevada previsibilidade da duração do processo nestes moldes. Vejamos:

Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§1º. O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§2º. Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário. (BRASIL, 2015)

O artigo 191 do Código de Processo Civil dispõe-se a dar total aplicabilidade à flexibilização dos formalismos exagerados para não comprometer com a correta solução das controvérsias, sem distanciar-se, da necessidade de preservação das garantias fundamentais do processo, atuando no campo exclusivamente negocial.

Os §§ 1º e 2º do art. 191 vincula as partes e o juiz, e os prazos neles previstos e estabelecidos por intermédio do negócio jurídico processual, portanto deve haver neste momento a concordância do órgão jurisdicional acerca da disposição que trate de prazos para a prática de atos processuais. Firmado os prazos no calendário,

apenas poderão ser modificados de maneira excepcional e comprovadamente justificada.

Destaca-se que o calendário processual, dispensa a intimação das partes para a audiência e para a prática de atos processuais, fazendo com que o processo seja mais dinâmico, a fim de trazer maior celeridade. Trata-se de uma forma de eliminar também o trabalho burocrático do cartório judicial e de se evitar a nulidade de alguma intimação realizada com vício formal.

A parte autora tem que manifestar interesse na petição inicial, da audiência de autocomposição, devendo a audiência ser designada com mais de 30 dias, com duração de 20 minutos entre uma e outra audiência. Após ocorrerá a citação que deverá ser efetivada 20 dias antes da audiência.

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. (BRASIL, 2015)

A petição inicial deverá preencher os seguintes requisitos: Juízo a quem é dirigida; dados para cadastro do autor e do réu com nome, estado civil, profissão, CPF ou CNPJ, e etc., fatos e fundamentos do pedido, o pedido e suas especificações, o valor da causa, as provas, e a opção pela realização da audiência de conciliação e mediação. Não preenchidos esses requisitos o Juiz determinará a emenda da inicial, em 15 dias.

Recebida e ocorrida a citação da parte requerida, o prazo para apresentação de contestação será contado não da juntada do aviso de recebimento aos autos, mas sim a partir da audiência, ou da última sessão, quando não houver a conciliação:

§ 1º. O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como às disposições da lei de organização judiciária. (BRASIL, 2015)

A tentativa de conciliação poderá ser feita, não só no ajuizamento da ação, como no decorrer do processo, verificando a possibilidade de acordo, reitera-se a tentativa de trazer as partes em juízo, obedecendo ao prazo de 2 meses da realização da primeira audiência:

§ 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.

§ 3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

§ 4º A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição.

§ 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

§ 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

§ 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei. (BRASIL, 2015)

Não comparecendo as partes, será considerado ato atentatório a justiça com multa de até 2% (dois por cento). As partes devem comparecer acompanhadas de seu advogado ou defensor, podendo ser representada ou agir em seu nome:

§ 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

§ 9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos.

§ 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.



§ 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte. (BRASIL, 2015)

Como já dito anteriormente, as mudanças implementadas pelo atual código com o intuito de acelerar os ritos processuais e diminuir a morosidade, concretiza o princípio da razoável duração do processo. As partes poderão em tempo adequado obter a prestação jurisdicional buscada.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É visível que o objetivo de criar um sistema mais eficiente, sob a perspectiva de efetivas mudanças com o Código de Processo Civil, criou novas regras para a garantia e a realização concreta de direitos, com a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição e da razoável duração do processo. Enfatiza-se a necessidade de incentivarem os meios alternativos de solução de conflitos, principalmente no que diz respeito aos institutos da mediação e conciliação, como forma a contribuir com a criação de uma cultura de acordos, devendo o Estado empenhar-se na organização de instituições capacitadas para mediar o conflito entre os cidadãos. O acesso à Justiça não pode ser visto simplesmente como a única solução de toda e qualquer demanda, independentemente de um exame de sua relevância jurídica, econômica e social e da adequação do custoso e lento processo judicial para solucionar, de modo efetivo, conflitos que deveriam ser alvo de outras políticas públicas.

Com efeito, a perspectiva continua sendo a de mudança de paradigmas, modernização da lei, valorização da autonomia privada no processo, avanços na cultura da sociedade, convidada a valorizar o diálogo e a autocomposição, trata-se de uma mudança gradativa no sistema judiciário e nos procedimentos processuais condizentes com os basilares preceitos de justiça.

É preciso acreditar no Direito, é preciso traçar as rotas que permitam ao Direito trilhar caminhos menos burocráticos e mais eficientes, perseguindo os ideais da verdadeira justiça, em defesa dos direitos da pessoa humana. O atual Código ao excluir o monopólio do juiz na direção do processo, trazendo uma gestão compartilhada do procedimento de caráter aberto e de grande amplitude, promove um grande avanço ao trazer mais autonomia às partes para participarem efetivamente na solução de seus próprios conflitos.

Por fim, cabe ressaltar que os Operadores do Direito, ao aplicarem as novas regras, deverão sempre ter em mente que o processo não tem um fim em si mesmo, mas é na verdade um meio para que se alcance o bem jurídico objeto da demanda, que é o verdadeiro objetivo de todo o processo. Tratando-se de uma perspectiva precoce, acredito que ainda estamos trilhando para uma importante mudança de postura da nossa cultura de litigância, reduzindo significativamente o ajuizamento de demandas desnecessárias e, como consequência, a diminuição no grande número de processos em tramitação.

## 7. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. PANTOJA, Fernanda Medina. PELAJO, Samantha. **A Mediação no Novo Código de Processo Civil**. Editora Forense. 2016

BRASIL. Lei 13.105 de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível: em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 24 abr.2020.

COSTA, Machado. **Novo CPC: Sintetizado e resumido: 5 Maneiras de Conhecer o Novo CPC**. Editora Atlas. 2015

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processual Civil. Parte Geral e Processo de Conhecimento. Volume 1**. Editora Juspodivm. 2017

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processual Civil. Parte Geral e Processo de Conhecimento. Volume 1**. Editora Juspodivm. 2015

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquemático**. Editora Saraiva. 2019

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. SILVA, Larissa Clare Pochmann da. ALMEIDA, Marcelo Pereira de., **O Novo Código de Processo Civil**. Editora GZ.2015

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo CPC Código de Processo Civil**. Editora Método. 2015

NUNES, Dierle. SILVA, Natanael Lud Santos e. **CPC Referenciado Lei 13.105/2015**. Empório do Direito. 2015

ROCHA, Caio Cesar Vieira. SALOMÃO, Luis Felipe. **Arbitragem e Mediação A Reforma da Legislação Brasileira**. Editora Atlas. 2015

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil Artigo por Artigo**. Revista dos Tribunais. 2015

NOTAS:

<sup>[1]</sup> Graduado em Direito pela Fundação Universidade Federal do Tocantins, Especializado em Direito Constitucional pela Fundação Universidade do Tocantins, Especializado em Direito Tributário pela Fundação Universidade do Tocantins, Mestre em Direito Tributário pela Universidade Católica de Brasília e Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino.

<sup>[2]</sup> Essa Resolução foi alterada em 2016, para fim de adequá-la ao CPC/15 e à Lei n. 13.140/2015.

<sup>[3]</sup> DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processual Civil. Parte Geral e Processo de Conhecimento. V. 1**. Ed. Juspodivm. 2017.

<sup>[4]</sup> DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processual Civil. Parte Geral e Processo de Conhecimento. V. 1**. Ed. Juspodivm. 2015.

<sup>[5]</sup> DIDIER JR, 2015, p. 379

<sup>[6]</sup> id., 2015, p. 379

<sup>[7]</sup> DIDIER Jr., 2017, Pág 379

<sup>[8]</sup> BRASIL. Art. 625-A do Decreto-Lei 5.452 de 1943. **Dispõe sobre a Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível: em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em 06 mai.2020.

<sup>[9]</sup> BRASIL. Arts. 447 a 449 da Lei 5.869 de 1973. **Dispõe sobre o Código de Processo Civil**. Disponível: em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm)>. Acesso em 06 mai.2020.

<sup>[10]</sup> BRASIL. Arts. 21 e segs. da Lei 9.099 de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. Disponível: em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm)>. Acesso em 06 mai.2020.



## OS EFEITOS PATRIMONIAIS GERADOS PELA UNIÃO ESTÁVEL SOB A ÓTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

**NATALYA ALVES DE OLIVEIRA:**

Bacharelanda em Direito pela Faculdade Serra do Carmo – FASEC de Palmas-TO

KARINE ALVES GONÇALVES MOTA<sup>[1]</sup>

(orientadora)

**RESUMO:** Dentre as constituições familiares que existem, a união estável passou por diversas transformações durante o seu processo histórico, diferenciando-se em alguns efeitos do modelo tradicional que é o casamento. A união estável entre companheiros do sexo feminino e masculino é reconhecida como entidade familiar pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, § 3º, que também facilita a sua transição para casamento. Este artigo pretende pesquisar as questões referentes ao princípio histórico da união estável no ordenamento jurídico do Brasil, como também os reflexos patrimoniais decorrentes deste instituto. O procedimento metodológico consistirá na pesquisa bibliográfica fundamentada no debate teórico dos resultados encontrados em conjunto com o Direito brasileiro. Este artigo pretende ainda responder à problemática de como a união estável é regulamentada pela legislação civil brasileira e quais são os efeitos patrimoniais decorrentes deste tipo de união. O objetivo geral do artigo é analisar quais são os efeitos patrimoniais que decorrem da união estável. Nesta perspectiva, o que se pretendeu foi que, ao final da pesquisa, as informações obtidas e analisadas possam servir de base para outros trabalhos da área, além de auxiliar no reconhecimento dos efeitos que esta unidade familiar gera, servindo ainda de prevenção aos futuros litígios, contribuindo para que os direitos dos participantes deste tipo de união sejam conhecidos, para que, desta maneira, os direitos contidos na legislação brasileira dos indivíduos que vivem em união estável sejam aprimorados e efetivados.

**Palavras-chave:** Código Civil; Efeitos patrimoniais; União estável.

**ABSTRACT:** Among the family constitutions that exist, the stable union has undergone several transformations during its historical process, differing in some effects from the traditional model that is marriage. The stable union between female and male companions is recognized as a family entity by the Federal Constitution of 1988, in its article 226, § 3, which also facilitates their transition to marriage. This article intends to research the questions related to the historical principle of stable union in the Brazilian legal system, as well as the patrimonial reflexes resulting from

this institute. The methodological procedure will consist of bibliographic research based on the theoretical debate of the results found in conjunction with Brazilian law. This article also intends to answer the problem of how the stable union is regulated by the Brazilian civil legislation and what are the patrimonial effects resulting from this type of union. The general objective of the article is to analyze the patrimonial effects that result from the stable union. In this perspective, what was intended was that, at the end of the research, the information obtained and analyzed could serve as a basis for other works in the area, in addition to helping to recognize the effects that this family unit generates, also serving to prevent future litigation. , contributing for the rights of the participants of this type of union to be known, so that, in this way, the rights contained in the Brazilian legislation of the individuals who live in a stable union are improved and implemented.

**Keywords:** Civil Code; Property effects; Stable union.

## INTRODUÇÃO

Ao longo do processo histórico brasileiro a legislação ofereceu resistência para o reconhecimento dos direitos advindos do regime de união estável. E somente após a Constituição Federal de 1988 reconhecê-lo é que houve um progresso considerável para a viabilização da composição da unidade familiar àqueles que tinham a pretensão de constituí-la sem as formalidades predominantes do regime de casamento. Assim, com o reconhecimento constitucional da união estável, alguns dispositivos legais vieram a voga, dentre os quais a Lei nº 8.971/1994 foi a primeira, seguida da Lei nº 9.278/1996 e, posteriormente, o Código Civil de 2002, as quais previam os requisitos necessários para se constituir a união estável, bem como estabeleciam os efeitos gerados por ela.

Ao se considerar que a normatização deste regime provoca discussões acerca da doutrina, buscou-se pesquisar as questões referentes ao princípio histórico da união estável no ordenamento jurídico do Brasil, como também os reflexos patrimoniais decorrentes deste instituto.

Desta forma, para que se pudesse investigar o tema, utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica fundamentada no debate teórico dos resultados encontrados em conjunto com o Direito brasileiro.

Assim, este artigo pretendeu responder à problemática de como a união estável é regulamentada pela legislação civil brasileira e quais são os efeitos patrimoniais decorrentes deste tipo de união.



O objetivo geral do artigo é analisar quais são os efeitos patrimoniais que decorrem da união estável. E como objetivos específicos busca conceituar o direito de família e da união estável no contexto da legislação brasileira; definir a união estável a partir do Código Civil de 2020; e apontar os efeitos jurídicos patrimoniais da união estável, tais como o direito a alimentos, a sucessão hereditária e a meação e regime de bens.

Nesta perspectiva, o que se pretendeu foi que, ao final da pesquisa, as informações obtidas e analisadas possam servir de base para outros trabalhos da área, além de auxiliar no reconhecimento dos efeitos que esta unidade familiar gera, servindo ainda de prevenção aos futuros litígios, contribuindo para que os direitos dos participantes deste tipo de união sejam conhecidos, para que, desta maneira, os direitos contidos na legislação brasileira dos indivíduos que vivem em união estável sejam aprimorados e efetivados.

E, para que os objetivos propostos neste artigo fossem alcançados, apresentou-se uma análise sucinta das considerações sobre o direito de família e da união estável. Em seguida discorreu-se sobre os aspectos da união estável no Código Civil de 2002. Logo após, expôs-se algumas reflexões sobre os efeitos patrimoniais gerados a partir do estabelecimento da união estável. E, por fim, realizou-se as considerações finais a respeito do tema pesquisado.

## **1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO DE FAMÍLIA E DA UNIÃO ESTÁVEL NO CONTEXTO BRASILEIRO**

O direito versa a respeito de um conjunto de conceitos formados por significantes que equivalem a significados diferentes em dados momentos sociais e históricos. Isto é, mesmo mantendo a mesma nomenclatura, os institutos ou instituições mudam de sentido conforme os valores que vigoram na sociedade naquele determinado momento. Assim, o significado de família transformou-se desde o início do século XX até a atualidade. Como consequência disso, a legislação relativa ao Direito de Família remodelou-se de modo intenso de certo momento da história para o seguinte. (PEREIRA, 2013)

Sobre esta temática, Pereira alude que cada momento histórico possui suas regras características. Sendo que o passado não é desprezado, nem tampouco há o rompimento com as tradições, porém remodelam-se ou disciplinam-se os fatos humanos de acordo as circunstâncias do momento. Isso porque a sociedade não é estática, nem o Direito. Pois se assim o fosse, seria imposto à sociedade uma imobilização que não pode ser comparada com o sentido evolutivo da civilização. Portanto, o Direito é mutável, assim como a vida. (PEREIRA, 2013)

## 1.1 O direito da família segundo o Código Civil de 1916

O Código Civil de 1916 sofreu influência dos princípios revolucionários da França, tendo como arquétipo o Code de Napoleão; e sua natureza era de característica individualista, liberal e patrimonialista. Desta maneira, no início do século XX, considerava-se a família como o centro que compunha os patrimônios que tinha como característica principal a reflexão de sua intenção principal de oferecer segurança ao patrimônio da burguesia. Neste sentido, a propriedade possuía um caráter absoluto, sendo o contrato a lei que existia entre as partes e a família funcionava como uma unidade econômica. (LÔBO, 2008)

Em relação a isso, Karl Marx, que foi um dos mais importantes críticos da ideologia da época, aduz que “A burguesia rasgou o véu de sentimentalismo que envolvia as relações de família e reduziu-as a simples relações monetárias”. (MARX E ENGELS, 1998, p. 11)

O casamento, na concepção clássica do direito privado, não considerava a dignidade das partes. As relações jurídicas disciplinadas pelas normas jurídicas do Código Civil não eram estabelecidas entre os seres humanos, mas sim entre os patrimônios, uma vez que os seus interesses não eram importantes. Os indivíduos, naquele período, eram subservientes aos interesses familiares e não aos seus, não se valorizando o afeto de modo algum. (FACHIN, 1994)

O que evidencia que a família dependia em primeiro lugar da lei, visto que somente o casamento realizado de forma solene garantiria categoria de família a um grupo de pessoas. E como concretização da segurança do patrimônio, a dissociação do casamento era proibida pela legislação. (FACHIN, 1994)

Assim, embora ocorressem as situações estáveis de concubinato de maneira comum, a realidade vigente não gerava nenhuma proteção jurídica aos seus membros. Nos moldes burgueses, esta situação era encarada como um fenômeno de ruptura, sendo estas famílias não formalizadas pelo patrimônio ignoradas pela sociedade e pelo legislador pátrio. (LEITE, 1997)

Neste modelo de composição familiar, cada membro desempenhava uma função fixa preestabelecida, dentro de uma hierarquia rígida. A família era patriarcal, sendo o posto mais elevado ocupado pelo marido, o qual representava o grupo familiar e subjugando os demais membros a sua autoridade. Destarte, ao se casar, a mulher se tornava relativamente incapaz, sendo os atos da sua vida civil assistidos pelo marido, que era o único administrador do patrimônio da família, atribuindo à mulher a posição de dependente. Neste caso, o denominado “pátrio poder” também era de exclusividade do marido. (LÔBO, 2008)

No que tange aos filhos, os que eram denominados legítimos deveriam ser submetidos ao patriarca. E aos considerados ilegítimos não havia qualquer forma de proteção garantida a eles, sendo-lhes tolhidos ainda o reconhecimento paterno, mesmo que fosse da vontade do pai. No Código Civil de 1916, em seu artigo 358, declara-se que os filhos originados de atos incestuosos ou de adultérios não podem ser reconhecidos. (PEREIRA, 2013)

A perpetuação integral do patrimônio da família era o objetivo das características supracitadas, não considerando de nenhuma forma a realização pessoal e dignidade dos seus membros. A estabilidade da instituição familiar é vista pelo Código Civil de 1916 como mais importante do que o bem-estar e felicidade dos indivíduos que compõe tal estrutura. (RUZYK, 2005)

## **1.2 A transição da composição familiar**

No período que compreende os anos de 1960 e 1970, ocorreram mudanças drásticas na sociedade brasileira devido aos movimentos pela liberação dos costumes, os questionamentos das imposições religiosas, os conflitos que ocorriam no mundo na época, à Revolução Industrial e ao aceso às mídias de comunicação. Em razão disso, a família acabou se tornando mais urbanizada, com menor número de membros e menos hierarquizada. (RUZYK, 2005)

Logo, a jurisprudência, legislação e doutrina tiveram que ser moldar aos novos valores formados. Como exemplo, pode-se citar a Lei 883, de 2949, que tornou possível o reconhecimento de filhos fora do casamento. A Lei 412, de 1962, conhecida ainda por "Estatuto da Mulher Casada", pôs fim com a incapacidade relativa da esposa, permitindo que a mulher pudesse trabalhar e realizar negócios sem depender da autorização do marido. E a Lei 6.515, de 1977, também denominada "Lei do Divórcio", possibilitou a dissociação do casamento, o que foi uma grande novidade na época. (RUZYK, 2005)

## **1.3 Constituição Federal de 1988**

Em progresso aos acontecimentos advindos do Código Civil de 1916 em relação ao Direito da Família, mais especificamente no que tange aos matrimônios, os doutrinadores distinguiram a união estável da relação matrimonial a partir da Constituição Federal de 1988, uma vez que o primeiro modelo era de natureza predominantemente informal, enquanto o segundo era predominantemente formal. (TARTUCE e SIMÃO, 2012)

A união estável como estrutura familiar obteve esta denominação com a promulgação da Constituição Federal de 1988, na qual é estabelecido no seu artigo

226, § 3º, que: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. (BRASIL, 1988, p. 231)

Diante deste princípio, houve a necessidade de serem criadas leis para regulamentar a norma. E com a Constituição Federal anuindo a união estável como constituição familiar, surgiu, então, duas novas correntes a respeito de tal modalidade de família em relação ao casamento. Na primeira fala-se da existência de uma hierarquia entre essas instituições, no que se refere a lei que assegura a união estável em um nível inferior ao do casamento, desta forma nenhuma vantagem desta relação pode ser atribuída às partes. E, ao oposto desta, a segunda entende que a união estável é um instituto independente do casamento, pois o texto contido na Constituição Federal de 88, em seu artigo 226, § 3º, pretendia instituir uma limitação ao legislador infraconstitucional, o qual não poderia fixar impedimento algum à transição da união estável em casamento. (SIMÃO, 2010)

Como consequência destes fatos, as Leis nº 8.971/1994 e 9.278/1996 foram as primeiras que estabeleceram os critérios necessários à configuração da união estável.

#### **1.4 As leis 8.971/1994 e 9.278/1996**

A primeira Lei que regulamentou a união estável foi a Lei nº 8.971/1994, logo após a Constituição Federal de 1988 entrar em vigor, na qual eram estabelecidos os requisitos de convivência pelo tempo mínimo de cinco anos ou pela existência de filhos advindos desta relação, ainda que na súmula 382 do Superior Tribunal Federal, de 1964, já existisse a dispensa deste requisito de tempo mínimo de convivência. (TARTUCE e SIMÃO, 2012)

Após o supracitado, o professor Álvaro Villaça de Azevedo idealizou a Lei nº 9.278/1996, a qual dispensava os requisitos contidos na lei anterior, os quais a saber são os critérios de tempo de convivência entre o casal ou a existência de filhos entre eles. O que se definiu nesta lei foi que: “É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família”. (BRASIL, 1996, p. 01)

#### **1.5 Requisitos para a configuração da união estável**

A relação entre o homem e a mulher, realizada por livre vontade das partes e que tem por finalidade a constituição familiar é considerada como uma união estável. (PEREIRA, 2012)

O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1723, aduz que: "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" (BRASIL, 2008). Sendo estes, então, os requisitos necessários para o reconhecimento da união estável entre o casal.

Sobre esta temática, há doutrinadores como a professora Maria Helena Diniz que esclarece que para se configurar a união estável é necessário que alguns requisitos fundamentais estejam presentes no relacionamento em questão, os quais são:

- a) diversidade de sexo;
- b) ausência de matrimônio civil válido e de impedimento matrimonial entre os conviventes;
- c) notoriedade das afeições recíprocas, afirmando não se ter união estável se os encontros forem furtivos ou secretos, embora haja prática reiterada de relações sexuais;
- d) honorabilidade, reclamando uma união respeitável entre os parceiros;
- e) fidelidade entre os parceiros, que revela a intenção de vida em comum;
- f) coabitação, uma vez que o concubinato deve ter a aparência de casamento, e;
- g) participação da mulher no sustento do lar como administradora e também provedora. (DINIZ, 2014, p. 76)

Em sequência à compreensão da doutrinadora, o professor Silvio Venosa lista alguns elementos que constituem a união estável, tais como:

- a) estabilidade da união, como transcurso de razoável prazo;
- b) continuidade da relação, complementar à estabilidade;
- c) diversidade de sexos, posto que necessário o intuito de gerar prole;
- d) a publicidade da convivência e;

e) o objetivo de constituição de família. (VENOSA, 2010, p. 42)

É importante destacar que existem direitos e deveres que o casal que vive sob o regime de união estável deve respeitar, os quais são impostos pela legislação vigente no Brasil; e que estes são semelhantes aos que são exigidos na sociedade conjugal, o que aproxima a união estável ao casamento. Ressalta-se ainda, no artigo 1724, do Código Civil brasileiro, que: “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”. (BRASIL, 2008, p. 363)

Desta forma, há também a necessidade de que a relação existente esteja em posição contrária ao que se denomina de concubinato, adultério, ou qualquer outra situação que não tenha proteção da legislação brasileira e que seja contrária ao Direito. (PEREIRA, 2012)

## **2.A UNIÃO ESTÁVEL NO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

O Código Civil de 2002 manteve, através da Lei nº 9.278/1996, a regulamentação da constituição familiar presente na união estável. Porém, foram estabelecidos pelo legislador ordinário alguns requisitos limitantes das situações caracterizadas como união estável. Dentre elas, pode-se citar a estabilidade da união entre os indivíduos que compõe a relação, pois há a necessidade de que haja uma união pública, existente há um tempo considerável e que possua a intenção de que se constitua uma família para que a união seja reconhecida, não sendo caracterizado como um relacionamento fortuito ou eventual. (VENOZA, 2010)

A união estável é configurada pelo Código Civil de 2002, por meio dos seus artigos 1.723 ao 1.727. No artigo 1.723, § 1º, estabelece-se que a constituição da união estável não pode ser configurada no caso de ocorrerem os impedimentos dispostos no artigo 1.521, os quais causam o impedimento do matrimônio, exceto o que aduz o inciso VI, o qual torna possível a união estável no caso de haver separação judicial ou de fato. Já no parágrafo 2º do supracitado artigo, é estabelecido que as causas que suspendem o casamento e que estão descritas no artigo 1.523 não configuram impedimento para que a união estável se configure. Assim, ante à entrada da Lei nº 11.441/2007 em vigor, a qual torna admissível a separação jurídica extrajudicial, é preciso entender que o indivíduo separado judicialmente poderá constituir união estável. (TARTUCE E SIMÃO, 2012)

Já no que se refere à constituição do denominado concubinato impuro, é quando os indivíduos que compõe a relação, ou também denominados concubinos, possuem alguns dos fatores que impedem a formação matrimonial, ou seja, quando há a convivência entre uma das partes, ou as duas, que por ventura tenham



impedimentos para se celebrar o casamento e, por conseguinte, não podem estabelecer uma união estável entre si. (TARTUCE E SIMÃO, 2012)

Nesta perspectiva, o Código Civil de 2002 também acolheu a denominação citada anteriormente, dispõe em seu artigo 1727 que: “As relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar, constitui concubinato”. (BRASIL, 2008, p. 363)

O concubinato impuro, nesta visão, é identificado atualmente como concubinato somente e é caracterizado quando algumas das situações abaixo relacionadas estão presentes na relação, tais quais:

Se um ou ambos os concubinos forem casados não separados (de fato, extrajudicialmente ou judicialmente) – art. 1521, VI, com exceção da previsão do art. 1.723, § 1º, do CC. Se os concubinos tiverem entre si impedimentos decorrentes de parentesco consanguíneo (ascendentes e descendentes ou irmãos). Não se aplica o impedimento entre colaterais de terceiro grau (tios e sobrinhos), pois não há risco à prole (interpretação sistemática, à luz do Decreto-lei 3.200/1941 e do Enunciado 98 CJF) – art. 1.521, I e IV, do CC. Se os concubinos tiverem entre si impedimentos decorrentes de adoção – art. 1.521, III e V, do CC. Se os concubinos tiverem entre si impedimentos decorrentes de parentesco por afinidade (sogra e genro, sogro e nora, padrasto e enteada, madrastra e enteado) – art. 1.521, II, do CC. Se os concubinos tiverem entre si impedimento decorrente de crime – art. 1.521, VII, do CC. (TARTUCE E SIMÃO, 2012, p. 268 - 269)

Mesmo que a legislação civil nacional regulamente a união estável, ainda há debates sobre os efeitos provocados principalmente acerca das questões pessoais e patrimoniais que decorrem desta união, sendo, portanto, o objeto de estudo deste artigo.

### **3.EFEITOS DECORRENTES DA UNIÃO ESTÁVEL**

É importante delinear os efeitos derivados da união estável, uma vez que tornaram possível que reflexos advindos da sua previsão constitucional e a da sua regulamentação infra-institucional tornaram possível que reflexos de ordem patrimonial fossem produzidos e foram discutidos nos tópicos subsequentes deste artigo.

### 3.1 Os efeitos patrimoniais jurídicos da união estável

Os efeitos patrimoniais relacionados à união estável são semelhantes aos do matrimônio. Quando se casam, o casal escolhe as regras patrimoniais que sua união adotará, baseada no regime de bens adotado e que entram em vigor posterior à celebração do casamento. (PEREIRA, 2012)

A princípio, na união estável não há alteração em relação ao patrimônio, sendo possível que cada cônjuge administre os seus bens de forma livre. Como consequência da estabilidade do relacionamento, os reflexos disso tudo surgem à proporção que a família não formal se desenvolve, o que provoca as alterações das relações econômicas existente entre os indivíduos. Contudo, vale destacar que antes que a relação se caracterize como estável é possível que possam ocorrer efeitos patrimoniais, quando as partes adquirirem novos bens em consonância com a união, passa a ser tratada como direito obrigacional. (CZAJKOWSK, 1997)

Destarte, o estabelecimento dos efeitos jurídicos patrimoniais da união estável foi proveniente da doutrina e da jurisprudência. Sob o reflexo desta evolução está o surgimento das Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, que foram reforçadas no Código Civil de 2002, o qual conecta o regime de comunhão de bens às relações patrimoniais que existe entre os cônjuges ou conviventes, exceto quando houver um contrato que se oponha a isto. (PEREIRA, 2012)

Assim sendo, se a união estável for comprovada, os bens obtidos durante a relação constante e que seja dispendioso, passa a pertencer aos indivíduos, que, por consequência, passam a dividir também todo o patrimônio como se fossem casados, tal como versa no Código Civil, em seu artigo 1658 e posteriores. Todavia, a aplicação deste dispositivo só ocorrerá caso o contrato escrito não tenha sido estipulado forma diversa. (PEREIRA, 2013)

Por outro lado, durante bastante tempo a caracterização do patrimônio comum não era de fácil acesso, principalmente nos casos de relações provenientes da união estável. Preliminarmente, a Lei nº 8.971/94 discorria que era incumbência da mulher a comprovar que a união estável existia de fato, além de provar ainda a dificuldade comum enfrentada para adquirir os bens do casal, o que na maioria das vezes se tornava impossível de se realizar. (PEREIRA, 2013)

Esta fase é bem definida por Czajkowowsk, o qual aduz que:

No Brasil, com o advento da República e a consequente separação entre a Igreja e o Estado, o casamento passou a ser um ato de natureza civil, deixando de ser um ato meramente

religioso. Constatou-se, todavia, com o passar dos anos que, por força da tradição ou por ignorância, muitos casais compareciam apenas à cerimônia religiosa do seu casamento, sem regularizar o matrimônio no registro civil. Perante a lei, assim, eram concubinos. Essas pessoas passavam o restante de suas vidas, ou grande parte dela, acreditando-se casadas. Constituíam família e, às vezes amalhavam significativo patrimônio que, via de regra, ficava só em nome do varão. O mesmo acontecia, antes do advento da Lei do Divórcio, com casais em que um deles, ou ambos, era “desquitado”. Não havendo possibilidade de casar novamente, iniciavam uma longa e duradoura convivência. O patrimônio, construído com o esforço de ambos, ficava só em nome do varão. Nestes casos, assim como em qualquer outro onde o homem e a mulher simplesmente optavam por uma união informal, surgia um mesmo problema: rompida a união, por desentendimento ou pela morte do varão, a mulher ficava em situação econômica extremamente difícil. O patrimônio que tinha ajudado a formar, às vezes no decorrer de toda uma vida, permanecia só com seu ex-companheiro, ou com os herdeiros dele. Herdeiros estes nem sempre filhos comuns, e nem sempre compreensivos com a companheira sobrevivente do falecido. (CZAJKOWSK, 1997, p. 129)

Desta maneira, a instituição da sociedade entre os concubinos foi desenvolvida de fato pela jurisprudência, o que beneficiou a mulher de certo modo, consagrando a Súmula 380/STF167, a qual teve a expressão “esforço comum” como referência. Na sociedade de fato e sob as regras do Direito Obrigacional, para que ambas as partes terem o direito de possuir algum bem, era preciso que o esforço econômico e financeiro comum fosse comprovado. E, com o tempo, os tribunais começaram a reconhecer que “a contribuição indireta era o suporte doméstico e emocional dado por uma das partes, à outra que saía para trabalhar e dava sua contribuição direta para a aquisição patrimonial”. (PEREIRA, 2013, p. 271)

Conforme alude o jurista Rodrigo da Cunha Pereira, o pilar do direito patrimonial que há na relação de concubinato, até a promulgação da Constituição Federal de 1988 e das Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, foram as Súmulas do Superior Tribunal Federal, as quais versam que:

Súmula 35 – Em caso de acidente de trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do

amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio.

Súmula 380 – Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

Súmula 382 – A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato. (PEREIRA, 2013, p. 271)

Até a previsão do regime de bens para os cônjuges, percorreu-se um caminho bem extenso, tendo seu incício marcado pelo reconhecimento da união estável como sociedade de fato através de jurisprudências que margeavam o direito de família e que reconhecia os efeitos patrimoniais, sob a condição de existirem provas do esforço de ambos para a aquisição dos bens do casal, tendo como destaque a Súmula 380. (PEREIRA, 2013)

Rodrigo da Cunha Pereira prossegue falando sobre o avanço que ocorreu a partir da Constituição Federal 1988, expondo que:

A grande mudança no direito concubinário se deu a partir de 1988 com a Constituição da República, autorizando definitivamente que questões relativas a essa forma de constituição de família fossem tratadas no campo do Direito de Família e não mais no campo do Direito Obrigacional. Essa não é apenas uma simples mudança didática na organização jurídica. Reveste-se de grande importância porque instala um outro marco teórico, mudando o ângulo de visão e o raciocínio da atribuição e distribuição de direitos decorrentes da união estável. Com isso, a concepção sobre contribuição indireta ganha mais força. Em última análise, significa uma revalorização do trabalho doméstico, atribuindo-lhe um conteúdo econômico. (PEREIRA, 2012, p. 272)

No enalço deste avanço ittompe a Lei nº 9.278/96, que dispõe no artigo 5º a aceitação do esforço comum como sendo presumido, deixando de ser necessario comprová-lo, o que era exigito até aquele momento. (PEREIRA, 2013)

É importante destacar que embora o artigo 1.725 do Código Civil de 2020 e o artigo 5º da Lei nº 9.278/96 tenham semelhanças, eles não são idênticos. O que os difere é que o Código Civil eliminou da sua redação a palavra presunção e, com a

concessão de um regime legal de bens aos companheiros, fez com que as regras patrimoniais da união estável e as do casamento se assemelhassem. (PEREIRA, 2013)

Outrossim, Andréa Rodrigues Amim comenta que:

A partir da entrada em vigor da nova lei, não mais se admitirá a prova de que não houve contribuição da companheira (o) na formação do patrimônio constituído durante a constância da união estável. O único ônus será a comprovação da existência da união, seu termo inicial e o patrimônio efetivamente adquirido durante este período. Feita tal prova e dissolvida a união cada companheiro terá direito àmeação.(AMIN et al, 2002, p. 440)

E na mesma perspectiva, Rodrigo da Cunha Pereira se podiciona ensinando que:

O Código Civil inova, ao dispor sobre a desnecessidade de prova do esforço comum na aquisição destes bens, e dificultou a demonstração da presunção prevista no art. 5º da Lei 9.278/96. Na ausência de pacto entre as partes, dispendo de forma diferente, a vida dos companheiros será regulada pelo regime da comunhão parcial debens. Essa disposição traz grandes mudanças para a ordem jurídica, uma vez que dificultou a aferição do critério da proporcionalidade na contribuição, direta ou indireta. A regra geral será, então, ser suficiente a caracterização da união estável, para o partilhamento dos bens, sendo este regime mais abrangente e amplo do que o estabelecido pela Lei 9.278/96. (PEREIRA, 2013, p. 170)

A vista disso, o regime de comunhão parcial de bens legitimado categoricamente pelo Código Civil de 2002 estabeleceu o que ja vinha sendo consolidado pela jurisprudência e pla doutrina no que se refere aos bens dos cônjuges, que passaram a ser constitucionalmente protegidos como como entidade familiar.

### **3.2 Consequências patrimoniais da união estável**

Após todas as considerações doutrinárias acerca dos reflexos dos efeitos patrimoniais dispostos no Código Civil, em seu artigo 1.725, citadas neste artigo, foram tratados a seguir particularidades que são protegidas no direito da família, os

quais a saber são: o Direito a Alimentos; A Sucessão Hereditária; e a Meação e Regime de Bens.

### **3.3 Direito a Alimentos**

A união estável foi reconhecida como entidade familiar através da Constituição Federal de 1988. E esta instituição, por conseguinte, obteve proteção jurídica no que se refere aos direitos de cunho pessoal, patrimonial, bem como outros direitos difundidos pela legislação.(VENOSA, 2010)

A respeito da questão alimentícia ao ex-cônjuge, o jurista Silvio Benosa ensina que:

Desse modo, vimos que não é mais só pelo casamento que se constitui a entidade familiar, mas também pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, na dita família monoparental, e, para efeito de proteção do Estado, também a união estável entre homem e mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. Até a Lei nº 8.971/94, os tribunais entendiam majoritariamente que não existia dever alimentar entre os companheiros, pois silenciava a lei na proteção específica a essa união, embora vários diplomas legais a protegessem. Havia, porém, quem entendesse o contrário, admitindo o cabimento de pensão à ex-companheira, comprovada a convivência duradoura. Essa lei permitiu, no art. 1º que “a companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de 5 (cinco) anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade. Parágrafo Único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro da mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva. Nessa não muito elogiável redação, reconheceu-se o direito a alimentos aos companheiros. A seguir, a Lei nº 9.278/96 reconheceu a entidade familiar duradoura de um homem e de uma mulher e prescreveu a assistência material recíproca (art., 2º, II). No art. 7º, a noção é completada: “Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar a título de alimentos”. Antes dessas leis, não havia obrigação alimentar



decorrente do companheirismo na lei, e os reflexos patrimoniais eram conferidos a outro título, sem relação com o instituto. Anotamos, das dicções legais, que somente se admitem as uniões estáveis entre pessoas de sexo diferente. Nada impede, também, para reconhecimento dessa união, que os conviventes sejam casados com terceiros, separados de fato ou não, pois a Lei nº 9.278/96 não faz a distinção que estava presente na Lei anterior (nº 8.971/94), que se referia à convivência de pessoa solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva. Desse modo, é perfeitamente possível, no caso concreto, que pessoa separada de fato ou de direito ou divorciada tenha que fornecer alimentos tanto ao cônjuge quando à concubina, da mesma forma que é possível pensionar mais de uma ex-esposa. A 8 problemática, na verdade, se inicia por definir se o atual Código Civil revogou efetivamente essas duas leis. Firmada pela lei a obrigação alimentícia entre os companheiros, identicamente ao casamento, há causas que admitem sua exclusão e extinção. Identicamente, portanto, conforme o art. 1724 do presente Código, “as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”. Assim, por exemplo, por perfeita analogia com o matrimônio, aquele que voluntariamente abandona o lar perde o direito a alimentos. A mesma jurisprudência aplicável ao casamento nessa hipótese também se amolda à união estável. É importante ter em mente que benefício algum, superior, maior ou melhor que os concedidos ao casamento, deve ser outorgado à união sem casamento. Como em toda situação de alimentos, também entre os companheiros há que existir necessidade de ser beneficiário de alimentos; extinguir-se-á a obrigação de alimentar se o companheiro une-se a outra pessoa etc. Da mesma forma que no casamento, não sendo os conviventes parentes, pode haver renúncia aos alimentos no desfazimento dessa sociedade. (VENOSA, 2005, p. 412-413)

É possível verificar que o dever de mútua assistência na união estável é pacificado na doutrina, que fala que mesmo que haja a dissolução do casamento, este dever não pode ser dissoluto. E para que estes alimentos sejam fixados, é preciso analisar alguns elementos, tais como: o status social do pleiteante dos alimentos; a sua empregabilidade; e o status social do prestador dos alimentos. Entretanto, os

alimentos devem ser devidos de modo a não interferir na condição social de uma das partes. (VENOSA, 2010)

Ressalta-se, portanto, que há um posicionamento jurisprudencial que reconhece a prestação de alimentos ao ex-companheiro quando a união estável é dissolvida, porém a parte deve comprovar a dependência econômica e que a ausência dos alimentos fará com que o seu status social seja reduzido acentuadamente. (VENOSA, 2010)

### **3.4 Sucessão Hereditária**

herança não é confundida com a meação. No que se concerne a ela, os direitos sucessórios são limitados aos bens que se adquire, de modo oneroso, durante a união estável, como estabelece o artigo 1.790, do Código Civil de 2002, Caput. (BRASIL, 2008)

O que acontece é que existem diversas críticas e controvérsias em relação à interpretação do artigo supracitado. Diante disso, o jurista Caio Mário da Silva Pereira (2013, p. 163) entende que: “a sensação de que o art. 1790 é, no sistema do novo Código Civil, um corpo estranho, pouco à vontade na companhia de outras normas originalmente concebidas para um sistema que simplesmente desconhecia a figura do companheiro, no campo sucessório”.

Isso demonstra que a sucessão legítima de uma das partes dos companheiros é dada de maneira distinta e com menos vantagens da que é outorgada ao cônjuge sobrevivente. Em virtude disso, o companheiro sobrevivente, na ordem de vocação hereditária, não opta por nenhum parente sucessível, tampouco os colaterais. (PEREIRA, 2013)

Ainda de acordo com o artigo, o Código exclui da sucessão os bens não foram adquiridos onerosamente na duração da união em favor de uma das partes envolvidas. Ou seja, no que tange aos demais bens, o companheiro não poderia participar da sucessão, o que faria com que outros herdeiros fossem convocados, segundo a ordem de sucessão relacionada ao próprio diploma civil. E, em relação à concorrência com os descendentes, trata-se a partilha patrimonial em decorrência da diferenciação conferida à concorrência com os filhos comuns e exclusivos. (FIUZA, 2003)

Por conseguinte, os descendentes são prestigiados pelo doutrinador Cezar Fiuza (2006), não se esquecendo da parte que é devida à companheira. Aduz ainda que a solução para esta questão é considerar que todos os filhos são exclusivos, independente de qual seja a realidade própria desse fato, sendo desenvolvida, deste

modo, uma ficção jurídica. Subsequente a isso, caberia aos filhos a parte proporcional e à companheira metade do que foi concedido a cada filho, sob a égide do artigo 1.790, Inciso II, do Código Civil. (BRASIL, 2008)

Isto posto, o artigo 1.790, em seu Inciso III, sofre críticas, pois versa sobre a concorrência do companheiro com os demais parentes sucessíveis, sendo-lhe concedido o direito a um terço da herança. (LISBOA, 2004)

Estas críticas são direcionadas à possibilidade de concorrência com os herdeiros colaterais, mesmo que estes não tenham tido qualquer contato com os sujeitos em vida. Ainda assim, a vontade do morto poderia ser divergente da que fora praticada. Por conseguinte, autores como Roberto Senise Lisboa (2004) citam que tal situação é reprovável, uma vez que o dispositivo delimita a porção devida de direito ao convivente, de modo desnecessário e indesejado, quando este concorre com parentes colaterais, por exemplo. O autor considera que este concurso deveria sequer existir. O ideal seria que para os fins de sucessão fosse concedida ao convivente a prevalência sobre os colaterais, que ficariam, então, excluídos.

E, não existindo descendentes, ascendentes, tampouco colaterais, todo o acervo hereditário seria herdado pelo companheiro e não somente os bens adquiridos de modo oneroso na duração da união estável. O que, no entendimento de Fiuza, seria a interpretação mais acertada. Ele também diz que no caso de outra interpretação ser admitida, o companheiro terá direito a todos os bens adquiridos conforme preceituado na lei, sendo estes incorporados aos demais patrimônios do município onde se localizam. Todavia, não existe razão para que esta interpretação seja tomada, mesmo na iminência de quem a defende. (FIUZA, 2003)

Por fim, o autor termina afirmando que a dignidade da pessoa e da família não deve ser ferida pela interpretação do texto legal, mesmo não havendo a consolidação realizada pelo casamento. Desta maneira é possível perceber que o reconhecimento legítimo da sucessão dos companheiros é dado de modo distinto e desvantajoso do que o que é atribuído ao cônjuge sobrevivente, visto que, no que tange à vocação hereditária, o companheiro sobrevivente não tem preferência por nenhum parente sucessível, mesmo quando se trata de colaterais. (GONÇALVES, 2010)

### **3.5 Meação e Regime de Bens**

A respeito da meação e regime de bens, a Lei nº 9.278/96, em seu artigo 5º, estabelece que: "Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto

do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação". (BRASIL, 1996, p. 01)

O que demonstra que a presunção referida à colaboração dos conviventes para que o seu patrimônio seja construído durante a vida em comum do casal de fato existe.

Assim, não se pode ser contrário ao disposto no artigo 1.725 do Código Civil, pois ele não permite que o direito à meação seja afastado, uma vez que houve equiparação integral da união estável com o casamento realizado sob o regime de comunhão de bens. Desta forma, os bens que foram adquiridos de modo oneroso no decorrer do casamento são pertencentes a ambos os cônjuges, tendo, portanto, a obrigação de serem partilhados em casos de dissolução do casamento, observando-se as normas que regulamentam o regime de comunhão parcial de bens. (CAHALI, 2010)

Logo, Francisco Jose Cahali enfatiza que:

A forma proposta é mais abrangente que o regime até então vigente, de condomínio sobre o patrimônio adquirido a título oneroso. Passam a integrar o acervo comum, por exemplo, os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso do trabalho ou despesa anterior, e o fruto dos bens particulares (art. 1.660). O próprio artigo permitiu aos companheiros afastar a incidência desse regime mediante contrato escrito. (CAHALI, 2010, p. 114)

Em vista disso, o regime da comunhão de bens que engloba tudo aquilo que se obteve através do matrimônio será aplicado, exceto o que estiver disposto em contrário no contrato.

O que também é digno de destaque é a questão da ocorrência ou não da regra da obrigatoriedade do regime da separação de bens para os cônjuges, tal qual incide no casamento de indivíduos maiores de setenta anos, os quais devem adotar o regime mencionado. (PEREIRA, 2013)

O entendimento de Caio Mario da Silva Pereira sobre esta questão é que:

A aceitação da possibilidade de os companheiros idosos optarem, mediante contrato escrito, pelo regime da comunhão parcial de bens, previsto no art. 1725 do Código Civil, significaria estarmos, mais uma vez, prestigiando a união

estável em detrimento do casamento, o que não parece ser o objetivo do legislador constitucional, ao incentivar a conversão da união estável em casamento. No nosso entender, deve-se aplicar aos companheiros maiores de 60 anos (atualmente, 70 anos) as mesmas limitações previstas para o casamento para os maiores desta idade: deve prevalecer o regime da separação legal de bens. A omissão do legislador na hipótese dos companheiros idosos criou flagrante conflito de interpretação. (PEREIRA, 2013, p. 87)

O que se deve ressaltar é que a jurisprudência tem se manifestado aludindo que esta restrição não é compatível com os dispostos constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, como também com a garantia do processo justo da lei, considerado na acepção substantiva. (PEREIRA, 2013)

E, por fim, ressalta-se que à pessoa casada, porém de fato separada, lhe é permitida a constituição da união estável, sendo a comunhão parcial de bens o regime disposto a sua relação. Sendo que, neste caso, a pessoa não poderá conviver sob o regime de comunhão com seu cônjuge, concomitantemente em regime de comunhão parcial de bens com o seu companheiro. (PEREIRA, 2013)

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A partir do que foi exposto no decorrer deste artigo, se pôde entender que a estrutura familiar, ao decorrer do tempo, passou por diversas alterações que estão relacionadas às variantes que conceituam a ideia de família, além dos seus membros também sofrerem alterações que trouxeram mais liberdade e autonomia para as suas ações.

Neste contexto, a união estável pôde ser reconhecida pela Constituição Federal como uma entidade familiar, além de ser protegida por ela, contudo, mesmo com tantos avanços, este regime não atingiu a equiparação ao casamento pela legislação. Posto isso, os companheiros passaram a ter as garantias constitucionais quanto à proteção jurídica contra possíveis injustiças caso a união seja rompida, sendo afastado qualquer privilégio de uma parte em detrimento da outra nestes casos.

Ademais, é bom destacar que entre as modalidades de casamento, concubinato e união estável existem algumas diferenças. Dentre elas, a primeira desfruta de interferência do Estado a partir da habilitação até a celebração do casamento. A segunda possui impedimentos matrimoniais, o que impede a

contração do matrimônio. E a terceira, ao contrário da anterior, há a possibilidade de os companheiros optarem por viver sem que haja formalização, de modo que exista uma relação entre o casal, de maneira pública e duradoura, sem haver impedimentos matrimoniais, com o objetivo da constituição familiar, sendo possível que a união estável possa se transformar em casamento, dentro das previsões dos requisitos legais.

Uma das principais características comuns entre o casamento e a união estável está no campo do direito sucessório. Isso porque com o Código Civil de 2002 dispõe que o companheiro na participação sucessória do outro, terá direito a herança total somente se houver parentes sucessivos, o que faz com que o companheiro seja prejudicado, uma vez que na Lei nº 8.971/94 era prescrito que um dos companheiros na ausência de descendentes ou ascendentes herdaria a totalidade dos bens. Convém ressaltar que o companheiro terá direito à meação de bens que foram adquiridos de modo oneroso no decorrer da união estável, a não ser que haja um contrato, bem como poderá participar da sucessão do outro de acordo com o que está definido no Código Civil.

Por fim, a união estável tem se tornando um dos modelos que mais se adequam aos anseios de união da sociedade atual, pois proporcional uma liberdade maior aos companheiros, além de possibilitar a dispensa das formalidades. A instituição permite ainda a alienação dos bens independente de outorga uxória e possui direitos patrimoniais que garantem que o rompimento desta relação seja feito de maneira digna e justa no que se refere ao âmbito patrimonial.

## REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa et al. **O novo Código Civil**: livro IV do direito de família. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

\_\_\_\_\_. Código Civil (2002). **Código civil brasileiro e legislação correlata**. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.278**, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 maio 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2020.



\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.971**, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 dez. 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8971.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2020.

CAHALI, Yussef Said. **Separações conjugais e divórcio**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CZAJKOWSK, Rainer. **União livre a luz das leis 8.971/94 e 9.278/96**. Imprensa: Curitiba, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v.5: direito de família. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. **Revista da AJURIS**, p. 202 – 211, n. 60. Mar. 1994. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8978/6284>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 7. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 7. ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de direito civil**: direito de família e das sucessões. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **O Manifesto Comunista**. 15. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 8. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Novo Código Civil**: da união estável, da tutela, da curatela. 2. ed. Vol. XX. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas**: da unidade codificada a pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SIMÃO, José Fernando. Efeitos patrimoniais da união estável. Álvaro Villaça Azevedo – um homem à frente de seu tempo. In: SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; ZUCCHI, Maria Cristina (Org.). **Direito de família no novo milênio**: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil**: direito de família 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2012.

VENOSA, Sílvio de Sávio. **Direito Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NOTA:

[1] Doutora em Ciências pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela UNIMAR. Bacharel em Direito pela PUC/GO. Advogada e professora da Faculdade Serra do Carmo - FASEC. E-mail: prof.karinemota@fasec.edu.br

## O JUIZ DAS GARANTIAS

**PATRICIA SILVA FEITOSA:** Acadêmica. do Curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo, 3º Sargento do Exército Brasileiro, Técnica em enfermagem especialista em atendimento intensivo.

**ÊNIO WALCÁCER DE OLIVEIRA FILHO<sup>[1]</sup>**

(orientador)

**RESUMO:** O presente artigo teve como aporte teórico promover uma discussão mediante campos bibliográficos acerca da temática: o juízo das garantias. Entende-se que figura do Juiz de Garantias é limitada como o responsável pelo controle legal da investigação criminal, bem como pela salvaguarda dos direitos fundamentais do acusado mediante o novo Código de Processo Penal (CPP), especificamente no Art. 14. Para tanto, a pergunta problema a ser respondida consistiu em: o juiz das garantias consolidaria o sistema acusatório no Brasil? E quais os efeitos da liminar proferida pelo STF na suspensão dos dispositivos? Sendo que, o objetivo geral visou compreender a função do juiz das garantias mediante a promulgação da Lei nº 13.964 no Brasil. Assim, delimitou os objetivos específicos em: entender como funciona o sistema de um juiz; o que pretendeu a reforma legislativa; quais os argumentos de suspensão da lei. A metodologia aplicada foi de natureza básica, com abordagem qualitativa e objetivo exploratório-descritivo através da revisão bibliográfica em leis, artigos e dissertações. Conclui-se que o juiz deve participar de todas as fases de um inquérito, se as mudanças forem aprovadas, pois estão suspensas em conformidade com o período vivenciado da pandemia, mas é preciso enfatizar que o juiz de garantias terá a sua funcionalidade exercida na práxis de julgar o caso em relação aos materiais colhidos na fase do processo investigativo.

**Palavras-chave:** CPP. Juiz de Garantias. Sistema Jurídico.

**ABSTRACT:** The present article had as theoretical support to promote a discussion through bibliographic fields about the theme: the judgment of guarantees. It is understood that the figure of the Guarantee Judge is limited as responsible for the legal control of the criminal investigation, as well as for the safeguarding of the fundamental rights of the accused through the new Code of Criminal Procedure (CPP), specifically in Art. 14. For that, the problem question to be answered was: would the guarantee judge consolidate the accusatory system in Brazil? And what are the effects of the injunction issued by the STF on the suspension of the devices? Since, the general objective aimed to understand the role of the judge of guarantees

through the promulgation of Law No. 13,964 in Brazil. Thus, it outlined the specific objectives in: understanding how a judge's system works; what the legislative reform sought; what are the arguments for suspending the law. The applied methodology was of a basic nature, with a qualitative approach and an exploratory-descriptive objective through the literature review of laws, articles and dissertations. It is concluded that the judge must participate in all phases of an investigation, if the changes are approved, as they are suspended in accordance with the period experienced by the pandemic, but it is necessary to emphasize that the judge of guarantees will have his function exercised in the praxis to judge the case in relation to materials collected during the investigative process.

**Keywords:** CPP. Guarantee Judge. Juridical system.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. 3 O JUIZ DAS GARANTIAS NA LEI 13.964/2019. 4 A MEDIDA CAUTELAR 6299 DE 2020. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

## 1 INTRODUÇÃO

O artigo consistiu em fazer um aporte bibliográfico referente ao juízo das garantias mediante a essa funcionalidade no campo jurídico no qual possibilitou uma nova reflexão para ciência do direito acerca dos aspectos legitimadores sobre a supracitada temática.

O estudo buscou enfatizar uma interface entre a reforma e a suspensão liminar da medida por se tratar de um objeto relevante de forma social no qual a nova legislação buscou adequar o sistema processual à previsão constitucional, no que tange a suspensão via liminar em uma ADI.

Ademais, o tradicional e o velho sistema jurídico brasileiro, em que se estabelecia nos pressupostos legais que a figura do juiz consistia como o responsável por toda a persecução penal. Sendo que através da Lei nº 13.964 promulgada em 24 de dezembro de 2019, instituiu a figura do juiz das garantias como uma práxis inovadora na legislação penal brasileira.

Apesar de ser um momento novo, essa mudança na criação dessa atividade jurisdicional no território brasileiro referente as fases pré-processual e processual não é mérito exclusivo do Brasil, outros países já o fazem, sendo eles da Europa ou do continente americano.

Para Reis (2016, p. 9), os aspectos históricos dos sistemas processuais penais e das principais características de cada modelo clássico, são destacados com o advento da Constituição Federal de 1988.

Frisa-se com a CF de 1988, o país pode consagrar o sistema processual acusatório ao dividir as funcionalidades dos sujeitos pertencentes ao processo, em especial ao princípio da imparcialidade do juiz. Todavia, no que se refere ao código vigente, este legitima que na gestão da prova está nas mãos daquele que a julgará, sendo incoerente com a promulgação do Estado Democrático de Direito. (REIS, 2016, p. 9).

Conforme Novo (2020, p. 1), o juiz de garantias é “responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais, e é de sua competência”, entre outros, “decidir sobre prisão provisória, sobre afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico e sobre procedimentos de busca e apreensão”.

Dessa forma a pergunta problema a ser respondida consistiu em: o juiz das garantias consolidaria o sistema acusatório no Brasil? E quais os efeitos da liminar proferida pelo STF na suspensão dos dispositivos?

Diante desta emblemática o objetivo geral visou compreender a função do juiz das garantias mediante a promulgação da Lei nº 13.964 no Brasil. Assim, delimitou os objetivos específicos em: entender como funciona o sistema de um juiz; o que pretendeu a reforma legislativa; quais os argumentos de suspensão da lei.

Nesta contextualização as possíveis hipóteses consistiu em averiguar respostas no entorno de que o juiz das garantias consolida o sistema acusatório no Brasil permitindo a imparcialidade ao juiz da instrução e julgamento, sendo a suspensão por liminar do STF uma medida deletéria que atrasará ou inviabilizará a consolidação do sistema brasileiro.

Para tanto, a organização metodológica pautou-se por uma pesquisa de natureza básica, com abordagem qualitativa, objetivo exploratório-descritivo mediante a revisão bibliográfica em leis, artigos e dissertações publicadas sobre a temática, bem como pela análise do julgamento da ADI.

Neste sentido, o trabalho possui uma estrutura no qual primeiramente situa o leitor mediante a introdução, sendo seguida pela segunda seção em que enfatiza o princípio do Juiz natura.

A terceira sessão delineou acerca do Juiz das Garantias em conformidade com a nova Lei nº 13.964/2019. Na quarta seção faz-se uma análise do julgamento da ADI 6299.

Por fim, as considerações finais em que destaca as respostas que foram alcançadas para o problema, bem como o objetivo geral e a visão do pesquisador sobre o objeto em tela.

## 2 O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

O Princípio do Juiz Natural teve origem no direito Comum também conhecido como *common law*, construído com base na ideia da vedação do tribunal de exceção, nada mais é que a proibição de constituir um órgão do judiciário exclusivo para o processo e julgamento de determinada infração penal. (PACELLI, 2015).

Doravante Pacelli (2015), destaca que o:

O princípio do juiz natural tinha somente como base um órgão previamente constituído para o processo de crimes, que estes eram definidos com antecedência, assim antes de um crime por cometido já saberia que neste órgão seria o competente para o respectivo julgamento.

Por isso, não é apenas o órgão judiciário que teria garantia mais a pessoa do juiz, de modo ter o impedimento de alguma modificação arbitrárias as regras da jurisdição. Então no *common law*, o aspecto histórico destaca que o direito era criado e adaptado pelos juízes que para uma decisão ser tomada dependia de decisões adotadas em casos anteriores.

Posteriormente, no direito norte-americano, na elaboração do princípio do juiz natural foi acrescentada a exigência de competência estabelecida ao fato, fruto, que iria do federalismo a formação política daquele estado.

No direito brasileiro, em suas duas vertentes fundamentais adotando ao juiz natural, a do juiz cuja competência seria definida anteriormente à prática do fato e da vedação de tribunal de exceção, reconhece como juiz natural a competência do órgão do poder judiciário, previamente estabelecida, utilize de fontes constitucionais.

Assim a exigência vem da configuração do modelo constitucional republicano, em que a função do poder público em especial do judiciário, compete em uma distribuição extensa e minuciosa. (PACELLI, 2015)



No ordenamento jurídico brasileiro, na Constituição Federativa de 1988, entendeu-se a importância de fixar a competência em relação a função jurisdicional penal, pelo critério de especialização quanto à matéria, com isso estabelecendo foros privativos nos tribunais superiores e de segunda instância para o processo e julgamento de ocupantes de cargos públicos.

Conforme Reis (2016, p. 14):

Em um Estado Democrático de Direito, em decorrência da lógica da separação de funções, o julgador legalmente constituído para exercer a jurisdição possui uma posição bem definida no processo, isto é, para a exercer a função de garantidor dos direitos fundamentais dos indivíduos enquanto se mantém limitado a julgar motivadamente pelas provas produzidas apenas pelas partes.

No que tange aos foros privativos, a constituição estabelece competência de órgãos colegiados. De acordo com o Pacelli (2015, p. 38)

E em razão das opções feitas pelo constituinte na tarefa de distribuição da jurisdição, fala – se em competência *ratione materiae*, especializada por matéria, e em competência *ratione loci* (em razão do lugar) foi delegada para a legislação (infraconstitucional), não se impondo como exigência do juiz natural.

Percebe-se na afirmativa do autor que para um juiz natural não é exigido a *ratione loci* que é em razão do lugar, mas sim a *ratione materiae* que seria em razão da matéria, e *ratione personae* que é em razão das funções.

Além disso, o art. 95 da CF de 1988 prevê, como prerrogativa dos magistrados: a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios. E como vedações: o exercício de outro cargo ou função, salvo magistério; dedicar-se a atividade político-partidária; receber custas relativas a processos; auxílios de qualquer espécie, salvo os permitidos em lei; exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento. (BADARÓ, 2011).

No que se refere a competência em razão da matéria, o juiz natural é instituído para o processo e julgamento dos crimes de competência em várias esferas no âmbito judiciário, na Justiça Federal, Estadual, da Justiça Militar – Estadual e Federal – e da Justiça Eleitoral.

Segundo Pacelli (2015), na Carta Magna em seu artigo 5º, XXXVIII e LIII também trás a garantia do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, e respectivamente, ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

Na competência *ratione personae*, são previstos os foros privativos tanto para o processo como para julgamento de determinadas autoridades no que diz respeito a pratica de crimes comuns e ou de responsabilidade, o Supremo Tribunal Federal, do Supremo Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça, elencados na Constituição Federal de 1988.

E como foro privativo por prerrogativa de função, aos crimes eleitorais será competência dos tribunais regionais eleitorais, todavia os crimes eleitorais também recebem o tratamento de crimes comuns, opondo – se para este fim, unicamente aos crimes de responsabilidade.

Também a previsão para competência de órgãos jurisdicionais superiores e de segunda instancia, bem como de órgãos do poder político, assembleias, câmara de vereadores e senado, no que diz respeito ao processo e julgamento dos chamados crimes de responsabilidade.

Conforme Pacelli (2015, p. 39)

Em todas essas hipóteses, atendida ainda a exigência de vedação de instituição de qualquer tribunal ou juiz de exceção para o caso, pode – se falar em juiz natural, inafastável por legislação infraconstitucional, em razão de estar à distribuição da competência estabelecida na própria Constituição Federal. Da aludida previsão constitucional resultou a revogação ou a não aplicação de diversos dispositivos do Código de Processo Penal, quando em confronto com as regras definidas nas normas constitucionais pertinentes.

É de suma importância deixar registrada a alteração de entendimento jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça, que reconhecia a nulidade dos julgamentos de recursos proferidos por Câmara composta majoritariamente por Juízes de primeiro grau, ante a violação do principio do juiz natural, de que são exemplos às decisões proferidas no HC nº 110.498 e HC nº100.426-SP, Relator, neste ultimo, o Ministro Félix Fischer.

Revedo o referido entendimento, pela Corte, iniciado na apreciação de questões semelhantes ao Tribunal de Justiça de São Paulo, que foi determinada um

mutirão de julgamentos, valendo – se da convocação juízes de primeira instancia, sem se valer da observância dos critérios legais de substituição, teve por fim a validação dos julgamentos, desde que houvesse regularidade a convocação de juízes, seja por motivos de licenças, férias e impedimento legais de Desembargadores, quando da apreciação do HC nº 109.456, Relatora a Des. (convocada do TJ/MG) Jane Silva da 3ª seção, consolidando a orientação da quinta e da sexta Turma, ocasião em que o Ministro Felix Fischer deixa registrada a modificação de seu entendimento anterior. Somente o Ministro Nilson Naves, que não fazia distinção nos critérios de critérios de convocação, para fins de nulidade. (PACELLI, 2015)

Lê – se na ementa:

“[...] I – É perfeitamente possível o julgamento nos Tribunais por Turmas ou Câmaras parcialmente integradas por Juízes de Primeiro Grau, mediante convocação. II – Ausente a criação de novas Câmaras compostas exclusiva ou majoritariamente por Magistrados de Primeiro Instancia convocados, mas unicamente a convocação para auxiliar Desembargadores específicos e, apenas eventualmente em casos de férias ou outros afastamentos, substitui – lós, não há nulidade a sanar. Precedentes do STF e do STJ. [...]” (STJ – 3ª Seção, Rel. Des. (Convocada) Jane Silva, vencido o Ministro Nilson Naves)

Conclui-se assim que as regras do juiz natural, diz respeito às determinações constitucionais acerca da jurisdição brasileira, no âmbito da competência em razão da matéria e em razão da prerrogativa de função, bem como da proibição do juiz ou tribunal de exceção, consequência do princípio da impessoalidade que subordina as relações Estado/administrado, e também Estado/jurisdicionado.

### **3 O JUIZ DAS GARANTIAS NA LEI 13.964/2019**

O tradicional e velho sistema jurídico brasileiro traz o juiz de direito como o responsável por toda a persecução penal, em processos iniciados por magistrados que acumulavam as funções de garantia e julgamento.

Com a implantação do juiz das garantias, vem a ser uma inovação na legislação penal brasileira, trazida pela Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019.

A supracitada Lei 13.964/19 nos seus artigos 3-A a 3-F introduzidos no Código de Processo Penal:

Criou a figura do juiz de garantias, que nada mais é um magistrado com atuação no âmbito criminal em fase exclusivamente pré-processual, (ressalvados os crimes de menor potencial ofensivo, como por exemplo, lesão corporal leve, exposição ou abandono de recém-nascido, omissão de socorro,), ele seria o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário” (BRASIL, 2019).

Na fase de **investigação e recebimento** da acusação, atuará o Juiz das Garantias, enquanto na fase de **juízo**, o juiz de instrução e julgamento não receberá, nem se contaminará pelo produzido na fase anterior, já que somente as provas cautelares, irrepetíveis e antecipadas e antecipadas, medidas de obtenção de provas e antecipação de provas serão encaminhados.

Conforme está expresso no art. 3º-A da lei em questão:

*O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase da investigação e a substituição da atuação probatória do órgão da acusação”, percebemos aí a importância do juiz das garantias para o processo penal, assegurando a distinção entre atos de investigação e atos de prova e, por sua vez, efetivado o direito de ser julgado com base em provas produzida em ~~seu~~ contraditório judicial. (BRASIL, 2019).*

O restante dos elementos informativos produzidos no inquérito, conforme o novo sistema, deverá permanecer acautelado no Juiz de Garantias (CPP, art. 3-C, § 3º), com acesso às partes (CPP, art. 3-C, §4º).

O restante dos elementos informativos produzidos no inquérito permanecerá acautelado no Juiz das Garantias (CPP, art. 3-C, § 3º), com acesso às partes (CPP, art. 3-C, §4º). O restante deverá permanecer acautelado no Juiz das Garantias (CPP, art. 3-C, § 3º), com acesso às partes (CPP, art. 3-C, §4º).

#### **4 A MEDIDA CAUTELAR 6299 DE 2020**

Uma das questões essenciais sobre o juiz das garantias, e que traz preocupação à setores do Poder Judiciário, é o aumento de custos decorrente de sua implementação, e a conseqüente necessidade de ampliação do quadro de juízes, hoje já deficitário no Brasil. (BRASIL, 2019).

O que deixa mais preocupante a respeito da implementação do juiz das garantias seria que para ela funcionar perfeitamente o Estado teria que aumentar o quadro de juízes que hoje já se encontra com déficit alto em todas as áreas da justiça, resultando um gasto excessivo para o judiciário.

Contudo a decisão liminar do Ministro Luiz Fux sobre a ADI 6299 MC / DF afirma que:

a criação do juiz das garantias não apenas reforma, mas refunda o processo penal brasileiro e altera direta e estruturalmente o funcionamento de qualquer unidade judiciária criminal do país". Porem tal afirmação caracteriza como se a decisão tivesse alta complexidade, de fato a medida busca é dividir tais competência da primeira instancia em dois momentos distintos que são: da instauração do inquérito policial ate o recebimento da denuncia onde o juiz de garantias iria atuar e do recebimento da denuncia à sentença onde caberia a outro juiz. (BRASIL, STF, 2020).

Quatro ações chegaram ao STF, ajuizadas por associações de classe e partidos políticos para questionar a medida. Fux é o relator das ADIs.

Antes mesmo de ser implantada a lei 13.964/19 nos dispositivos referentes ao juiz das garantias o ministro Luiz Fux, então vice-presidente do Supremo Tribunal Federal, suspendeu a implementação até que a decisão seja ratificada no Plenário da Corte.

Conforme a afirmativa do ministro (BRASIL, STF, 2020), a criação do juiz das garantias não apenas reforma, mas afunda o processo penal e altera direta e estruturalmente o funcionamento de qualquer unidade judiciária criminal do país.

Sendo evidenciada na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6299 (BRASIL, STF, 2020):

Despacho: Este despacho contempla quatro ações diretas de inconstitucionalidade, ajuizadas em face de dispositivos diversos da Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, os quais alteraram regras do Código de Processo Penal e do Código Penal, no bojo do que se denominou "Pacote Anticrime" (MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.299 DISTRITO FEDERAL, STF,

ADIU – 6298, 6299, 6300, 6305, Relator Ministro Luiz Fux, Publicação: 22/01/2020).

De acordo com o ministro Fux, um dos problemas com a implementação do juiz das garantias seria a alteração dos serviços judiciários que, para ele, "enseja completa reorganização da justiça criminal do país".

O ministro entendeu após analisar a questão que o projeto aprovado funcionaria como uma reforma do Poder Judiciário. Assim, para ele, as mudanças seriam vedadas a outros poderes, que não o próprio Poder Judiciário. Além de ocorrer impacto orçamentário, afirma Fux, o que viola o novo regime fiscal da União, instituído pela Emenda Constitucional 95/2016.

Neste sentido, abarcou-se em três pontos:

primeiro, o artigo 28 do CPP e estabeleceu regras para o arquivamento de inquéritos policiais, a suspensão a obrigatoriedade de apresentar o preso a audiências de custódia em até 24 horas. Segundo, com a aplicação dessa norma, o Ministério Público deveria comunicar a vítima, a polícia no caso de arquivamento do inquérito, e o investigado, e por último encaminhar os "autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei". Para o ministro, a medida desconsiderou os impactos financeiros no âmbito do MP em todo o país. No último ponto, o ministro tem convicção de suspender a regra que definiu que o juiz do caso não pode proferir a sentença se declarar uma das provas inadmissíveis. (BRASIL, STF, 2020).

Conforme citado anteriormente sobre a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.299 do Distrito Federal, no qual o Ministro Luiz Fux então relator, destaca a necessidade de aprofundar acerca do assunto.

Ademais, foram ajuizadas no Supremo Tribunal Federal com o advento (chegada) da lei 13.964/19 também conhecida como Pacote Anticrime, quatro ações diretas de inconstitucionalidade.

As mencionadas ADIns correm sob os números 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305. Em 15 de janeiro de 2020, o então ministro Dias Toffoli, em seu exercício de plantão judicial, concede parcialmente as medidas cautelares requerida em três ADIns, sobre números, 6.298, 6.299 e 6.300. (BRASIL, STF, 2020).



A primeira decisão que afetou, antes mesmo de entrar em vigor o juiz das garantias, foi tomada pelo Min. Dias Toffoli, afetando a eficácia do art. 3º-D, parágrafo único, art. 157, §5º do CPP. Além disso, suspendeu a eficácia por 180 dias dos art. 3º-B a 3º-F do CPP.

Aplicou, por fim, a interpretação conforme aos art. 3º-B a 3º-F do CPP limitando o alcance da norma. Visto que nas narrativas da medida menciona-se alguns aportes na conclusão ao delimitar que devido a entrada em Vigor da Lei nº 13964/19 no dia 23 de janeiro de 2020 (art. 20 da lei), concede-se assim a medida cautelar para suspender-se a eficácia dos art. 3º-D, paragrafo único, e 157 § 5º, do Código de Processo Penal que doravante foram excluídos, além disso, suspender a suspender-se a eficácia dos arts. 3º-B, 3º-C, 3º-D, **caput**, 3º- E e 3º-F do CPP no prazo de 180 dias (BRASIL, STF, 2020).

Doravante, estipula-se que:

os processos de competência originados dos tribunais devem seguir a Lei nº 8.038/1990, no que tange casos de violência doméstica e familiar; e processos criminais de competência da Justiça Eleitoral. Fixando regras de transição no tocante no tocante às ações penais que já tiverem sido instauradas, quanto às investigações que estiverem em curso no momento da efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias), o juiz da investigação tornar-se-á o juiz das garantias do caso específico. Nessa hipótese, cessada a competência do juiz das garantias, com o recebimento da denúncia ou queixa, o processo será enviado ao juiz competente para a instrução e o julgamento da causa. (BRASIL, STF, 2020).

Por sua vez, ao retornar do plantão, em 22 de janeiro de 2020 o relator Luiz Fux, examinou os pedidos cautelares formulados nas quatro ADI's de 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305.

No dispositivo da decisão liminar na ADI XXX, o Min. Fux determinou a suspensão dos art. 3º-A a 3º-F do CPP, revogando a decisão monocrática anteriormente tomada. Além disso, suspendeu os art. 157, §5º do CPP, bem como a alteração do procedimento de arquivamento do art. 28 do CPP e a possibilidade de liberação da prisão caso não seja feita a audiência de custódia em 24 h (art. 310, §4º do CPP).

Na linha de comparação dos entendimentos firmados nas decisões liminares; em análise inicial o ministro Dias Toffoli, os artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, caput, 3º-E e 3º-F, estes introduzidos no Código de Processo Penal pela Lei 13.964/19, estar dentro da regularidade constitucional, por tanto não ofendem o poder de auto-organização dos tribunais tão poucos a alteração da organização e da divisão judiciárias.

**No exercício de sua liberdade de conformação, instituir no sistema processual penal brasileiro, mais precisamente no seio da persecução criminal, a figura do ‘juiz das garantias’.** (BRASIL, 2019).

Portanto, vem de uma legítima opção feita pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, que, de modo algum, afeta o necessário combate à criminalidade. Assim percebemos que não se sustenta a alegação dos requerentes que ao instituir o juiz das garantias, a Lei nº 13.964/2019 poderia violar o poder de auto-organização dos tribunais e as alterações da organização e da divisão judiciária.

De fato que os arts. 3º-A; 3º-B; 3º-C; 3º-D, caput; 3º-E e 3ºF do CPP ingressam em questões que estabelecem relações ao próprio exercício da jurisdição no processo penal brasileiro, alterando sua lógica de funcionamento, a partir de uma clara cisão de competência entre as fases pré-processual e processual” (BRASIL, STF, 2020).

O ministro Luiz Fux já parte do entendimento que todas as normas previstas nos arts. 3-A a 3-F são formalmente inconstitucionais, pois, ante a realidade fática dos efeitos que elas podem causar, há ofensa ao artigo 96 da Constituição Federal.

Essa visão desconsidera que a criação do juiz das garantias não apenas reforma, mas refunda o processo penal brasileiro e altera estruturalmente o funcionamento judiciário criminal do país. Nesse ponto, os dispositivos em questão têm natureza híbrida, sendo simultaneamente norma geral processual e norma de organização judiciária, a reclamar a restrição do artigo 96 da Constituição.

De qualquer modo, esses dados da vida real são essenciais para a análise da inconstitucionalidade formal dos dispositivos atacados, na medida em que conduzem a uma inescapável conclusão: a instituição do juiz de garantias altera materialmente a divisão e a organização de serviços judiciários em tal nível que demanda uma completa reorganização da justiça criminal do país. Por óbvio, cada Tribunal tem a prerrogativa de decidir como essa reorganização de funções será feita, se for o caso (especialização de varas, criação de núcleos de inquéritos etc), de

sorte que é inafastável considerar que os artigos 3º-A a 3º-F consistem preponderantemente em normas de organização judiciária” (ADI 6299 MC/DF, p. 19 e 21).

Sobre a análise quanto a matéria da constitucionalidade dos artigos 3º-A a 3ºF, incluídos no Código de Processo Penal pela lei 13.964/19, o ministro Dias Toffoli conclui que são normas constitucionais, já o ministro Luiz Fux é totalmente contrário nesse sentido.

Segundo o ministro Dias Toffoli, as normas citada acima buscam crescimento da exigência da imparcialidade do julgador, uma vez que todos os magistrados possuem o caráter de garantidor.

Para Teresa Armenta Deu (BRASIL, STF, 2020):

a figura do juiz de garantias não visa enfatizar o caráter de ‘garante’ do juiz, uma vez que todos os magistrados o são, e sim ressaltar a reserva de jurisdição na adoção de medidas restritivas de direitos fundamentais na fase da investigação, bem como preservar a imparcialidade (Sistemas procesales penales – la justicia penal en Europa y América. Madrid.

Do ponto de vista material, o juiz das garantias busca densificar a exigência de imparcialidade do julgador, Teresa Armenta vem afirmando esse posicionamento veja:

a figura do juiz de garantias não visa enfatizar o caráter de ‘garante’ do juiz, uma vez que todos os magistrados o são, e sim ressaltar a reserva de jurisdição na adoção de medidas restritivas de direitos fundamentais na fase da investigação, bem como preservar a imparcialidade” (Sistemas procesales penales – la justicia penal en Europa y América. Madrid (BRASIL, STF, 2020).

Ademais, argumenta que haverá apenas uma reorganização da estrutura já existente e não reestruturação do Poder Judiciário.

Portanto, não se trata de reestruturação, mais de uma reorganização da estrutura já existente. Não haverá órgão novo, não há competência nova. Somente divisão funcional de competência já existente.

Em contrapartida, o ministro relator Luiz Fux afirma a inconstitucionalidade aos arts. 3º-B a 3º-F com base em dois grupos de argumentos:

Por sua vez, em uma primeira análise, a inconstitucionalidade material dos dispositivos 3º-B a 3º-F do Código de Processo Penal exsurge especialmente a partir de dois grupos de argumentos: a ausência de dotação orçamentária e estudos de impacto prévios para implementação da medida e o impacto da medida na eficiência dos mecanismos brasileiros de combate à criminalidade (BRASIL, STF, 2020).

Quanto ao primeiro grupo, afirma o julgador que:

[...]

os dispositivos que instituíram o juiz de garantias violaram diretamente os artigos 169 e 99 da Constituição, na medida em que o primeiro dispositivo exige prévia dotação orçamentária para a realização de despesas por parte da União, dos Estados, do Distrito Federal, e o segundo, garante autonomia orçamentária ao Poder Judiciário.

Em suma, concorde-se ou não com a adequação do juiz das garantias ao sistema processual brasileiro, o fato é que a criação de novos direitos e de novas políticas públicas gera custos ao Estado, os quais devem ser discutidos e sopesados pelo Poder Legislativo, considerados outros interesses e prioridades também salvaguardados pela Constituição” (BRASIL, STF, 2020).

Quanto ao segundo grupo, o Ministro subdivide-o em dois pontos. O primeiro diz respeito ao direito comparado, afirmando que o simples argumento de “sucesso” do instituto jurídico em outro país não pode ser acatado, sendo imprescindível que haja a observância de outras questões, tais como:

[...]

- I. a capacidade que o sistema judiciário brasileiro possui para a recepcionar o “Juiz de Garantias” (e.g. contingente processual, bem como os recursos humanos e financeiros disponíveis);

- II. a proximidade e/ou vinculação institucional entre os órgãos de acusação e de julgamento nos países em análise;
- III. as regulamentações das competências do juiz das garantias nos países comparados. Em verdade, torna-se também imprescindível analisar justamente as experiências comparadas que foram infrutíferas, nas quais a instituição foi implementada, porém não obteve os resultados esperados e/ou foi posteriormente extinta” (BRASIL, STF, 2020).

Já o segundo ponto, referente à presunção de que os juízes que acompanham as investigações tendem a produzir vieses prejudiciais à imparcialidade do julgador, o ministro assim se manifesta:

A base das ciências comportamentais é o caráter empírico de seus argumentos. A existência de estudos empíricos que afirmam que seres humanos desenvolvem vieses em seus processos decisórios não autoriza a presunção generalizada de que qualquer juiz criminal do país tem tendências comportamentais típicas de favorecimento à acusação. Mais ainda, também não se pode inferir, a partir desse dado científico geral, que a estratégia institucional mais eficiente para minimizar eventuais vieses cognitivos de juízes criminais seja repartir as funções entre o juiz das garantias e o juiz da instrução. Defensores desse argumento sequer ventilam eventuais efeitos colaterais que esse arranjo proposto pode produzir, inclusive em prejuízo da defesa. (BRASIL, STF, 2020).

Assim com toda análise, trata-se de uma legislação atual, em diversos países, ter a divisão no que se trata de atividade jurisdicional nas fases pré-processual e processual.

É um movimento histórico que vem ocorrendo e se faz necessário que o juiz que atuou na fase investigativa não atue na fase de instrução, assim conhece tão somente dos fatos e das provas produzidas pelo lado inquisidor, formando sua convicção inicial e, portanto, um paradigma sem o devido contraditório, o que prejudica sem imparcialidade.

Diante deste contexto entende-se que a introdução do juiz da garantia veio de modo a predominar pela imparcialidade no Judiciário. Assim não há como falar em inconstitucionalidade formal ou material, tendo em vista que, conforme já confirmado pelo Ministro supracitado anteriormente, houve total respeito ao

processo legislativo; à exceção do parágrafo único do art. 3-D do CPP, as demais normas que tratam sobre o juiz das garantias de natureza unicamente processual geral, a norma eleva o princípio da imparcialidade do juiz no processo penal, não terá reestruturação do judiciário, mas apenas reorganização da estrutura já existente e capaz de suportar as mudanças trazidas pela nova lei e no direito comparado, confirma o avanço em outros países trazido pela divisão de atuação dos magistrados no âmbito pré-processual e processual.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao chegar nas considerações finais, pode-se constatar que a divisão ocorrida pela necessidade de separar o juiz do iníquo para aquele que fará o período acusatória é feito na perspectiva de manter a originalidade em que o julgado precisa para o mérito penal, no sentido de minimizar mecanismos de pré-julgamentos e ao mesmo criar aportes que busquem as decisões de forma imparcial e legal.

Percebeu-se que no perfilar do estudo a instituição atribuída ao juiz de garantias não divergia dos princípios constitucionais, todavia, esta funcionalidade no processo penal conforme o texto legal promulgado no ano de 2019 através da Lei 13.964/19, trouxe um processo com vistas a garantir de forma fundamental os sujeitos envolvidos no investigado.

Para tanto, essa figura representaria no território brasileiro um enorme avanço no que concerne as ações que deveriam ser desenvolvidas pelo ordenamento jurídico, pois sua função seria evidenciada para atuar como garantidor da eficácia dos direitos e garantias fundamentais para o processo penal.

Todavia, através de liminar a referida lei encontra-se suspensa pelo Ministro do Supremo Tribunal Superior no ano de 2020, sendo que voltará a ser questão de discussões após o período da pandemia em que alastrou todo o território brasileiro.

Por fim, frisa-se que a figura do juiz de garantias não é algo novo para o Brasil, essa figura já foi discutida no novo Código de Processo Penal (CPP) no ano de 2009, como proposta realizada pelo Senado.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília, 1988.

BRASIL. **Código de Processo**. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de fevereiro de 1941. Penal. Brasília. 1941.



BRASIL. **Projeto de Lei nº 8045/2010**. Reformar o Decreto-lei nº 3.689, de 03 de fevereiro de 1941. Câmara dos Deputados. Brasília, 2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=49026>. Acessado em 03 de mai. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.299 Distrito Federal**. Brasília, 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito a um julgamento por juiz imparcial**: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há o juiz de garantias. 2011. Disponível em: <http://badaroadvogados.com.br/ano-2011-direito-aojulgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nossistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html>. Acesso em 2 de jun. 2020.

MENDES, Luiz Augusto Aloise de Macedo. FONTES, Samira da Costa. O juiz das garantias e o descarte dos elementos de informação: rumo certo à impunidade. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/78771/o-juiz-das-garantias-e-o-descarte-dos-elementos-de-informacao-rumo-certo-a-impunidade>. Acesso: 04 de abr. 2020.

NOVO, Benigno Núñez. Juiz de garantias: qual o problema?2020. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11454/Juiz-de-garantias-qual-o-problema>. Acesso em: 02 de mar. 2020

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. ver. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015.

REIS, Luísa Albuquerque de Castro. **O Juiz das Garantias**: a imparcialidade do juiz no projeto de reforma do processo penal brasileiro. Faculdade de Direito. Universidade Federal de Juiz de Fora. Juiz de Fora, 2016.

NOTA:

[1] Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, Especialista em Ciências Criminais e em Direito e Processo Administrativo, Graduado em Direito e em Comunicação Social com ênfase em Jornalismo, todos os cursos pela Universidade Federal do Tocantins – UFT. Delegado de Polícia Civil do Tocantins, autor e organizador de obras jurídicas.



## TEORIA DA IMPREVISÃO: REFLEXOS DA PANDEMIA NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

**LUÍS OTAVIO TONELLO DOS SANTOS:**

Advogado inscrito na OAB/RS 117.610.  
Pós-graduado em direito público pela  
Fundação do Ministério Público do Rio  
Grande do Sul (FMP)

JUAN DOS SANTOS TEIXEIRA[i]

**Resumo:** A pandemia causada pelo coronavírus trouxe consigo inúmeros problemas práticos, decorrentes dos impactos que as medidas restritivas de circulação vêm causando para a economia global. No contexto de paralisação de atividades, um dos dilemas enfrentados pelos setores empresariais é o cumprimento das avenças firmadas antes da descoberta do vírus. Este é o tema que o presente artigo busca enfrentar, desmembrando os contratos empresariais em consumeristas e civilistas, para, a partir disso, solucionar a questão da revisão dos contratos por fato imprevisto à luz dos dispositivos legais correspondentes, com enfoque em uma interpretação teleológica da norma, a fim de que os princípios da função social dos contratos e da preservação das empresas sejam resguardados.

**Palavras-chave:** Contratos empresariais. Pandemia. Coronavírus. Revisão contratual. Fato imprevisível. Interpretação teleológica.

**Abstract:** The pandemic caused by the coronavirus has brought numerous practical problems, resulting from the impacts that restrictive circulation measures have been causing to the global economy. In the context of stoppage of activities, one of the dilemmas faced by the business sectors is the fulfillment of the agreements signed before the discovery of the virus. This is the theme that this article seeks to tackle, breaking up business contracts with consumerists and civilians, in order to resolve the issue of contract review due to an unforeseen fact in the light of the corresponding legal provisions, focusing on a teleological interpretation of the norm, so that the principles of the social function of contracts and the preservation of companies are preserved.

**Keywords:** Business contracts. Pandemic. Coronavirus. Contract review. Unpredictable fact. Finalistic interpretation.

**Sumário:** Introdução. 1. Contratos empresariais. 2. Aplicação do CDC aos contratos empresariais. 3. A evolução da teoria da revisão contratual. 4. Revisão de contratos à luz do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor: diferentes requisitos. 5.

A revisão dos contratos no Código Civil com enfoque em uma interpretação teleológica. Conclusão. Referências.

## **Introdução**

No dia 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) classificou como pandemia a doença causada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2), tendo em vista a rápida disseminação geográfica do vírus.

A recomendação da maioria dos governos é de que as pessoas adotem o isolamento social a fim de frear o alastramento da doença. Em decorrência disso, passados pouco mais de dois meses, são muitos os impactos sentidos na economia com a paralisação de atividades. Percebe-se um natural recuo na demanda. Esse fator, somado a outros, como a diminuição da exportação, são indicativos de recessão econômica. Conforme o jornal "El País", a Organização Internacional do Trabalho (OIT) estima que a "*Crise do coronavírus levará mais de 11,5 milhões de latino-americanos ao desemprego neste ano*".

Mais grave ainda se avizinha o cenário dos locais que adotarem o chamado "lockdown" (bloqueio total), pois o tolhimento completo das atividades assolará todos os setores produtivos, levando inúmeros empresários à insolvência, principalmente os de menor porte.

Tendo em vista que o direito é influenciado por aspectos cotidianos e econômicos, muitos são os questionamentos jurídicos que vem surgindo e que, inevitavelmente, serão suscitados no judiciário. Dentre eles, encontra-se a discussão a respeito do cumprimento de contratos frente às adversidades representadas pela pandemia.

Ao mesmo tempo em que o cumprimento pontual das obrigações evita a imposição de encargos relativos à mora (juros, correção monetária, multas, etc.), denota-se, em muitos casos, a infeliz impossibilidade fática de fazer frente aos custos operacionais. Um restaurante, mantido de portas fechadas, não terá clientes para servir refeições, o que afetará o fluxo de caixa, impedindo-o de pagar funcionários, financiamentos bancários, adquirir mercadorias e, até mesmo, de custear despesas básicas de luz, água, internet, entre outras.

Busca este artigo examinar a tormentosa questão referente ao cumprimento dos contratos em vigor à luz dos meios legislativos existentes, com enfoque em uma interpretação teleológica da norma, método consagrado em nosso ordenamento pelo artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo o qual

*"na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".*

## **1. Contratos empresariais**

Os contratos são a mais comum fonte de obrigações. Trata-se de um negócio jurídico cujo principal efeito é a assunção da obrigação de cumpri-lo no termo e modo convençados.

Mas e o que caracteriza um contrato como empresarial?

As avenças pactuadas por um empresário estão sujeitas a cinco regimes jurídicos diversos: administrativo, trabalhista, consumerista, civilista e comercial. E *"dependendo de quem seja o outro contratante, as normas aplicáveis ao contrato serão diferentes. (...) Os contratos são empresariais (comerciais ou mercantis), assim, se os dois contratantes são empresários"* (Coelho, 2016, pág. 254).

Na mesma linha, Santa Cruz (2018, pág. 639) denomina como *"contratos estritamente empresariais"* aqueles formulados entre dois empresários.

Até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, os contratos empresariais eram regidos pelo Código Comercial de 1850. Da revogação da maior parte dessa norma pelo novo diploma civilista sucedeu a chamada "reunificação do direito civil", cuja consequência foi tornar o direito empresarial objeto do Código Civil de 2002 (livro 'II' da parte especial). E o tema "contratos" não escapou dessa sujeição normativa.

A imposta unidade legislativa é alvo de críticas por parte da doutrina empresarial, que reclama a recriação de uma lei especificamente comercial. A propósito, Santa Cruz (2018, pág. 647) lembra que *"enquanto tal diploma legislativo não vem, é urgente que, pela via da interpretação, seja feita a imprescindível distinção entre os contratos cíveis e empresariais, dada a nítida diferença que há entre eles"*.

Não há dúvidas de que o trato dispensado a contratos empresariais não pode ser o mesmo conferido aos contratos civilistas. Nos contratos mercantis há uma natural simetria entre as partes, a qual só pode ser relativizada em casos extremos. A ampliativa intervenção estatal em contratos dessa natureza representa afronta ao próprio texto constitucional, que, dentre outras passagens, consagra como princípios da ordem econômica a livre iniciativa e a livre concorrência (art. 170 da Constituição Federal).

A edição de um novo Código Comercial vem sendo discutida no âmbito legislativo, sendo o objeto do projeto de lei n. 1572/2011, atualmente aguardando análise pelo plenário da Câmara dos Deputados.

Inobstante a discussão envolvendo a criação de outra lei comercial, os contratos empresariais foram objeto, recentemente, da edição de uma norma específica. Trata-se da “Lei da Liberdade Econômica”, que alterou inúmeros dispositivos do Código Civil.

Alteração de grande relevo promovida foi a do parágrafo único do art. 421, juntamente com o acréscimo do art. 421-A. Referidos dispositivos passaram a fazer prevalecer em contratos privados o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual, presumindo que referidos ajustes são *“paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção”*.

Essa modificação tem por diretriz a aproximação do direito civil e empresarial aos ideais de livre mercado e livre concorrência. Tratou-se de uma solução menos complexa da que poderia advir com a criação de um novo Código Comercial, que exigiria a promoção de profundas alterações no sistema normativo.

Portanto, de acordo com a disciplina contratual prevista na legislação nacional, tanto contratos cíveis, quanto empresariais, obedecem à mesma matriz legal. O Código Civil disciplina vinte e três espécies contratuais, sendo que a qualificação desses instrumentos como contratos empresariais decorre da existência de empresários em ambos ou todos os polos, a depender da quantidade de partes (contrato bilateral ou plurilateral). Como exigido pelo próprio Código Civil, devem ser observados os princípios basilares da teoria geral dos contratos com as peculiaridades inerentes às relações mercantis.

## **2. Aplicação do CDC aos contratos empresariais**

A proteção do consumidor foi elevada a direito fundamental pelo constituinte (art. 5º, inciso XXXII, da CF), de modo que se configura como cláusula pétrea. A partir dessa previsão constitucional, e da necessária criação de um Código de Defesa do Consumidor (art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), o Congresso Nacional editou a Lei 8.078/90, conhecida como Código de Defesa do Consumidor.

O CDC encontra-se no rol das chamadas normas “pós-modernas”, pois revê conceitos antigos do direito privado, tais como o contrato, a responsabilidade civil e a prescrição.



Inúmeras são as vantagens da aplicação da norma consumerista a favor daquele que se caracteriza como consumidor em uma relação negocial: inversão do ônus da prova, responsabilidade objetiva do fornecedor, interpretação contratual favorável, entre outras. De fato, não é à toa o inesgotável dilema enfrentado pelos Tribunais referente à aplicabilidade do CDC aos casos concretos.

O CDC, em seu artigo 2º, definiu o consumidor como “destinatário final” no mercado de consumo. Tratou-se de opção restritiva adotada pelo legislador, pois o texto legal impede que uma parte se caracterize como consumidora caso adquira um produto ou serviço a fim de fomentar outra atividade a ser prestada no mercado. Essa corrente finalista do conceito de consumidor pressupõe, portanto, que o consumidor será o destinatário final fático e econômico da relação negocial.

Ao interpretar a corrente finalista adotada pelo CDC, o Superior Tribunal de Justiça, em atenção à finalidade do diploma consumerista, passou a mitigar a necessidade de que o consumidor configure-se como destinatário final econômico em uma relação negocial. Isso porque não se pode perder de vista a realidade do mercado, em que número cada vez maior de profissionais presta serviços ou vende mercadorias de modo informal ou como microempreendedor individual.

Compreende-se, pois, que o STJ consagrou a teoria finalista mitigada ou aprofundada do conceito de consumidor. A propósito, leia-se o seguinte excerto:

*“1. A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. (...) 3. A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor. (...)” (REsp 1195642/RJ, julgado em 21/11/2012)*

Perceba-se que o ponto fulcral para a definição do consumidor reside na aferição de sua vulnerabilidade no caso concreto. Caso esteja demonstrado que há um desequilíbrio que torne o empresário vulnerável, será ele também um consumidor.

A vulnerabilidade é o princípio que visa a garantir a igualdade material dos sujeitos da relação de consumo (Masson e Andrade, 2016, pág. 433), subdividindo-se em três espécies:

- pode ser ela de ordem técnica, quando o consumidor não contar com conhecimentos específicos suficientes a respeito do produto ou serviço. Essa forma de vulnerabilidade garante a especialização do mercado de consumo. Não se exige que o consumidor detenha conhecimento acerca do funcionamento de uma tecnologia agregada a um computador, por exemplo. Não tendo a atividade tecnológica como de sua especialidade, o adquirente dessa espécie de produto será vulnerável tecnicamente;

- a vulnerabilidade pode ser jurídica, situação que engloba o consumidor sem conhecimentos jurídicos ou contábeis suficientes para se colocar em situação de igualdade frente ao fornecedor. Exemplo típico é o caso dos consumidores que buscam empréstimo financeiro junto a uma instituição financeira. Em muitos casos, não possui o contratante conhecimento específico acerca do alcance de cláusulas bancárias incidentes no contrato.

- a vulnerabilidade também é chamada de fática ou econômica, quando a fragilidade do contratante frente ao fornecedor ocorrer em termos financeiros. Trata-se da hipótese de aplicabilidade do CDC aos contratos empresariais formulados entre pequenos empreendedores e robustas instituições.

Reputa-se, portanto, ser aplicável o CDC aos contratos empresariais. A análise, todavia, não ocorre de forma genérica e abstrata. Somente a aferição casuística da hipótese permitirá a caracterização da relação como consumerista, lembrando-se, sempre, do pressuposto da vulnerabilidade.

### **3. A evolução da teoria da revisão contratual**

Com a Revolução Francesa (século XVIII) e a o avanço do liberalismo econômico, ganhou relevo o princípio da autonomia da vontade. Referida norma consagra a ideia de que ninguém é obrigado a contratar, mas os que o fizerem deverão cumprir a obrigação assumida. Denota-se aí a nítida relação com outro princípio: o da obrigatoriedade - *pacta sunt servand* (Gonçalves, 2016, pág. 911).

Vigorou por quase dois séculos a plena liberdade contratual e a consequente vinculação por ela trazida. Foi com a eclosão da primeira guerra mundial que o panorama modificou-se drasticamente. Somando-se aos prejuízos econômicos trazidos pelo conflito, a pandemia do século XX, denominada “gripe espanhola”, levou muitas empresas e cidadãos à falência, circunstâncias que exigiram um novo olhar jurídico acerca da obrigatoriedade contratual em razão da fática impossibilidade de cumprimento dos contratos em seus termos iniciais.

A chamada cláusula “rebus sic stantibus”, que permaneceu relativizada diante da prevalência da obrigatoriedade contratual, foi recuperada no contexto do pós-guerra a fim de corrigir as distorções e a irrealidade de exigência de termos contratuais impossíveis de serem cumpridos por fatos posteriores.

Com o avanço do século XX, e a ocorrência de outra grande guerra mundial, sedimentou-se a necessidade de disposições legais acerca da teoria da imprevisão, consagrando-se seu uso pelos Tribunais.

No Brasil, o Código Civil de 1916 não tratou especificamente acerca do tema. A realidade negocial dessa época no país ainda fazia predominar a cláusula “pacta sunt servanda”.

Leciona Carlos Roberto Gonçalves que:

*“A teoria foi adaptada e difundida no cenário brasileiro por Arnaldo Medeiros da Fonseca com o nome de teoria da imprevisão. Em razão da forte resistência oposta à teoria revisionista, o referido autor incluiu o requisito da imprevisibilidade para possibilitar a sua adoção. Assim, não era mais suficiente a ocorrência de um fato extraordinário para justificar a alteração contratual. Passou a ser exigido que este fosse também imprevisível. É por essa razão que os tribunais não aceitam a inflação e alterações na economia como causas para a revisão dos contratos. Tais fenômenos são considerados previsíveis entre nós” (Gonçalves, 2016, pág. 911).*

A previsão legal de revisão contratual só ocorreu com a edição do Código de Defesa do Consumidor (1990), que possibilitou, em seu artigo 6º, inciso V, a revisão de contratos em virtude de fatos supervenientes. Posteriormente, o Código Civil de 2002 incorporou a teoria revisionista, dispondo sobre o tema no capítulo referente à extinção dos contratos. Há, contudo, diferenças essenciais no tratamento dado à matéria em cada uma dessas normas, conforme adiante explicitado.

#### **4. Revisão de contratos empresariais à luz do CDC e do CC: diferentes requisitos**

Em consonância com o teor protetivo dessa Lei, dispõe o art. 6º, inciso V, do CDC que *“são direitos básicos do consumidor a modificação das cláusulas contratuais que estabelecem prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”*.

Perceba-se que a norma consumerista não exige a ocorrência de um fato imprevisto para ensejar a revisão contratual. Isso porque a Lei 8072/90 adotou a “teoria do rompimento da base objetiva do negócio jurídico”, e não a teoria da imprevisão, conforme fez o Código Civil de 2002. A revisão pode ser feita pela simples identificação de desproporção na obrigação assumida pelo consumidor, cuja consequência é tornar o contrato um termo permanentemente aberto à possibilidade de modificação, opondo-se à ideia de que *“contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intellingentur”* (os pactos de execução continuada e dependentes do futuro entendem-se como se as coisas permanecessem como quando da celebração) – (Tartuce, pág. 222 e 239).

A solução para contratos empresariais que se tornaram excessivamente onerosos em decorrência da pandemia causada pelo Coronavírus pode ser a aplicação das regras protetivas do CDC, desde que, como visto no tópico ‘2’ deste artigo, haja a configuração de uma relação de consumo.

Por oportuno, anota-se que o STJ já fez uso do disposto no art. 6º, V, do CDC para determinar a revisão de cláusula em contrato empresarial de leasing:

*“(...) III - Consoante o art. 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor, sobrevindo, na execução do contrato, onerosidade excessiva para uma das partes, é possível a revisão da cláusula que gera o desajuste, a fim de recompor o equilíbrio da equação contratual. V - Contendo o contrato opção entre outro indexador e a variação cambial e tendo sido consignado que os recursos a serem utilizados tinham sido captados no exterior, gerando para a arrendante a obrigação de pagamento em dólar, enseja-se a revisão da cláusula de variação cambial com base no art. 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor.”* (REsp 437.660, quarta turma, julgado em 08.03.03).

Em contrapartida, difere o tratamento conferido pelo Código Civil ao tema da revisão contratual. Lembrando que nem todos os contratos empresariais são sujeitos ao CDC, máxima importância deve ser dada à interpretação correta dos dispositivos correspondentes ao tema previstos no CC.

O Código Civil utilizou-se de três dispositivos para consagrar a revisão contratual: artigos 478, 479 e 480. Fez o legislador a opção de disciplinar a matéria

na parte final da teoria geral dos contratos (título IV do livro I da parte especial), no capítulo em que dispõe acerca da extinção das avenças.

Da rápida leitura do artigo 478, visualizam-se requisitos impostos para que se possibilite a revisão contratual:

*“Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.”*

Acerca da classificação envolvendo a forma de execução do contrato, há mitigação quanto à exigência de que se trate de termo com execução continuada ou diferida. A propósito, segundo o STJ, a renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores (Súmula 286).

A exigência de que haja onerosidade excessiva para cumprimento do pacto em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis denotam a adoção pelo legislador da teoria da imprevisão como pressuposto das revisões contratuais. Ao mesmo tempo, a imprevisibilidade não pode decorrer de uma álea normal, coberta objetivamente pelos riscos próprios da contratação (Enunciado 366 do Conselho da Justiça Federal - CJF). Nesse sentido, firme é a posição do STJ no sentido de que a variação do câmbio do real frente ao dólar não configura cláusula imprevisível.

Por fim, o rigor do disposto no art. 478 exige para a revisão contratual que haja a configuração de “extrema vantagem para a outra parte”. Trata-se de requisito que inviabiliza inúmeros casos de revisão contratual, especialmente pelo ônus da prova que será conferido ao interessado na revisão. Um exemplo disso advém da retração do consumo em meio à pandemia causada pelo coronavírus. Um comerciante terá dificuldades em cumprir os termos de avenças que tenha assumido com fornecedores. Ocorre que, nesse caso, o fornecedor não fruirá de nenhuma vantagem adicional caso o primeiro empreendedor cumpra os termos iniciais do contrato, situação que impede o comerciante a buscar a revisão com base no art. 478 do CC.

Daí advém a crítica formulada por Ruy Rosado de Aguiar Júnior de que o requisito da “extrema vantagem” para o outro contraente é *“inadequado para a caracterização da onerosidade, que existe sempre que o efeito do fato novo pesar demais sobre um, pouco importando que disso decorra ou não vantagem ao outro”* (Gonçalves, 2016, pág. 214).

Por sua vez, o art. 480 do Código Civil dispõe que a parte pode pleitear a redução da prestação ou alteração do modo de execução, mas faz a ressalva, em sua parte inicial, de que essa previsão é aplicável aos contratos cujas obrigações couberem a apenas uma das partes (contratos unilaterais – como a doação), circunstância que restringe demasiadamente a aplicação da norma.

## **5. A revisão de contratos empresariais regidos pelo Código Civil com enfoque em uma interpretação teleológica**

Como visto no tópico anterior, há uma grande dificuldade em operacionalizar a revisão contratual com base nos dispositivos especificamente criados para esse desiderato pelo Código Civil. Não seria demais afirmar que a exigência de que a parte demonstre a existência de extrema vantagem para o contraente oposto (art. 478) torna inócuo o dispositivo para a maioria dos negócios jurídicos celebrados entre empresários.

Valendo-se mais uma vez dos ensinamentos de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, infere-se que o disposto no art. 478 deve ser usado de forma apenas “subsidiária” (Gonçalves, 2016, pág. 214).

Isso porque o Código Civil deixou inúmeras cláusulas gerais em seu texto, como a função social do contrato e a boa-fé, cujas finalidades a serem alcançadas estão acima da aplicação literal de dispositivos compostos por regras.

Por outro lado, o próprio Código Civil traz em seu bojo dispositivo que tende a solucionar as pendências envolvendo a revisão dos contratos. Trata-se do art. 317, cuja localização está disposta fora do título que disciplina a teoria geral dos contratos, encontrando-se em meio às normas referentes ao pagamento das obrigações (título III do livro I da parte especial do Código Civil). Segundo o dispositivo em comento:

*“Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.”*

A clareza da redação não deixa dúvidas: o único requisito para a revisão de um negócio jurídico é a ocorrência de um fato imprevisível que torne desproporcional a obrigação. Recordar-se que o contrato é, em suma, uma fonte de obrigação, razão por que se encontra albergado pela citada norma.



Ponto relevante para a análise da revisão dos contratos empresariais em meio à crise do coronavírus diz respeito à hipótese em que a parte já se encontrava em mora quando da eclosão da pandemia. Isso porque o artigo 399 do CC dispõe que o *“devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso”*. Sobre o tema, importa lembrar que a mora não impede a revisão dos contratos, pois o objeto da revisão é a justiça contratual, não podendo ser impedida pelo inadimplemento contratual (Tartuce, 2016, pág. 234).

A propósito, o disposto na Súmula 380 do STJ (*“A simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor”*) não contrapõe dita interpretação acerca da mora. Pelo contrário: a existência do inadimplemento não se confunde com o objeto da revisão contratual baseada em um fato imprevisível.

A facilitação da revisão de contratos empresariais em decorrência de uma contingência, como é a representada pela pandemia do coronavírus, atende ao pressuposto de adoção de uma interpretação teleológica do direito, em consonância com o que dispõe o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (*“na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”*).

O fim social e o bem comum representam a síntese da vida ética em comunidade, sendo que *“o pressuposto e, ao mesmo tempo, a regra básica dos métodos teleológicos é de que sempre é possível atribuir um propósito às normas”* (Ferraz Jr., 2018, pág. 315).

Não se pode perder de vista que os contratos devem atender à sua função social, mesmo que sejam paritários e simétricos. Ao mesmo tempo, há o desafio pelo cumprimento do princípio da preservação das empresas em meio às circunstâncias negativas oriundas da pandemia. Nesse sentido, a aplicação do art. 317 do Código Civil aos contratos empresariais se encontra em sintonia com a interpretação teleológica das normas de direito civil.

## **Conclusão**

O mundo ainda tenta entender como se portar frente à pandemia causada pelo novo coronavírus. Ao mesmo tempo em que a ciência empenha-se na busca por remédio e vacina eficazes, as medidas restritivas impostas pelas autoridades causam consequências severas nos rumos econômicos de praticamente todas as nações do globo.

Não há dúvida de que o maior prejuízo nesse cenário é o de vidas humanas. Todavia, em paralelo a essa questão, encontra-se a análise dos reflexos causados pela pandemia no mundo que virá. Dentre eles, encontra-se a recessão econômica que assolará grandes, médias e pequenas empresas, além de empreendedores individuais, empregados e trabalhadores informais.

O estudo dos temas relevantes ao direito faz-se necessário desde já, a fim de que se possa preparar o terreno para aquilo que o futuro encaminha. A impossibilidade de cumprimentos contratuais em seus termos inicialmente avançados será uma consequência incontornável diante da interrupção do ciclo econômico. E a ampliação dos conceitos atinentes à relativização da obrigatoriedade contratual é medida que se impõe, a fim de que se encontre o equilíbrio a propiciar a preservação das empresas.

Não se está propondo um “calote” generalizado. Pelo contrário. Somente a revisão dos contratos permitirá que tanto contratantes quanto contratados sobrevivam no mercado. Afinal, é mútua a relação de dependência. Ao judiciário competirá a análise casuística, com base na possibilidade e na necessidade de cada um dos polos negociais. Mas, além disso, cientes da plena aplicabilidade da revisão de contratos empresariais com base nos artigos 6º, inciso V, do CDC e 317 do CC, conforme demonstrou-se neste artigo, revela-se de máxima importância que os próprios empresários tomem a iniciativa de renegociarem seus termos contratuais sem a necessidade de intervenção do judiciário, já sobrecarregado por ações de todas as naturezas.

Sugere-se, ainda, caso não haja entendimento direto entre as partes, o uso de meios extrajudiciais de solução de conflitos. Nesse sentido, aliás, é a orientação emanada pelo Novo Código de Processo Civil, que no art. 3º, §3º, prevê que *“A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”*.

## Referências

BRASIL, Constituição Federal. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) > Acesso em: 26 de maio de 2020.

BRASIL, Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm) > Acesso em: 26 de maio de 2020.

BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm) > Acesso em: 26 de maio de 2020.

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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm) > Acesso em: 26 de maio de 2020.

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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm) > Acesso em: 26 de maio de 2020.

COELHO, Fabio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. 28ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

Crise do coronavírus levará mais de 11,5 milhões de latino-americanos ao desemprego neste ano. El país, 2020. Disponível em: < <https://brasil.elpais.com/economia/2020-05-22/crise-do-coronavirus-levara-mais-de-115-milhoes-de-latino-americanos-ao-desemprego-neste-ano.html> > Acesso em: 26 de maio de 2020.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. 10ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil 1 Esquematizado. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

MASSON, Cleber; ANDRADE, Adriano; ANDRADE, Landolfo. Interesses Difusos e Coletivos. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito empresarial. 8ª edição. São Paulo: Editora Gen, 2018.

TARTUCE, Flávio. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 12ª edição. São Paulo: Editora Gen, 2017.

#### NOTAS:

[i] Advogado inscrito na OAB/RS 91.547. Pós-graduado em direito imobiliário pela UNIRITTER. E-mail: teixeira.advoc@gmail.com.

## A VIABILIDADE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELA AUTORIDADE POLICIAL EM ANÁLISE AOS “CRIMES DE BAGATELA”

**VINÍCIUS KANTONAR COSTA SERAFIM:**

Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário UNINOVAFAPI.

**DANIEL SIQUEIRA DE ARAÚJO REIS<sup>[1]</sup>**

(coautor)

Artigo de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora do Centro Universitário UNINOVAFAPI, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Orientador (a): Prof. Msc. JULIANO DE OLIVEIRA LEONEL

**RESUMO:** Através de pesquisas doutrinárias e legais, usando métodos lógicos, dedutivo e histórico, este trabalho procura abordar o princípio da insignificância (bagatela) e a analisar sua caracterização e ocorrência pela própria autoridade policial diante dos casos que aparecem diariamente no desempenho de suas funções da Polícia Judiciária. Considerando que o chefe de polícia é um dos primeiros agentes estatais a ter contato com a prática de suposta ofensa criminal para que as medidas legais apropriadas restem adotadas, ou seja, é o primeiro a fazer a análise técnico-jurídica, a esta autoridade é incumbida à atribuição de iniciar processos criminais *extras juditio*. Não há razões pelas quais impede a avaliação da incidência ou não do princípio da bagatela entre suas atividades práticas típicas. Pelo contrário, o cenário jurídico atual, corrobora, apóia e reforça que a autoridade deve e pode prosseguir com o julgamento da análise sobre a configuração ou não do princípio de insignificância, por razões práticas e teóricas.

**Palavras-chave:** Princípio da insignificância. Bagatela. Autoridade Policial.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. Princípio da insignificância; 2.1 minimalismos penal e o princípio da insignificância; 2.2 conceito; 2.3 Origem e evolução histórica; 2.4 Requisitos construídos pela jurisprudência para aplicação do princípio da insignificância em território pátrio. 3. O papel da polícia judiciária no âmbito do estado democrático de direito; 3.1 O poder de polícia do Estado e a Polícia Judiciária: breve evolução histórica; 3.2 Polícia Judiciária e as atribuições conferidas pela Constituição da República; 3.3 Da função desempenhada pelo chefe de polícia e seu

contexto histórico. 4. A autoridade policial atuando no caso concreto para aplicar o princípio da insignificância. 5 Conclusão. 6 Referências Bibliográficas.

## 1 INTRODUÇÃO

Na seara do Direito Penal, assim como em todos os demais ramos do direito, existe uma série de princípios que norteiam tanto a criação como a aplicação da norma penal, o princípio da insignificância está inserido nesse contexto e vem ganhando cada vez mais menções, como é possível notar nas recorrentes decisões dos Tribunais Superiores.

Por conseguinte, conforme assevera Jesus (1980), passou-se a conceituar o crime (segundo a teoria bipartida) expondo que em caso de cometimento de alguma infração (fato típico e ilícito) apenas quando constar a presença de culpabilidade é que se poderá impor a pena ao sujeito. Dentro do fato típico tem-se como subdivisão a tipicidade (além de resultado e nexos de causalidade), que é a exata adequação do fato a uma norma penal incriminadora. Essa adequação tem que ser formal (tipicidade formal) e material (tipicidade material), e é efetivamente nesta que reside o princípio da insignificância, pois uma vez que um fato é meramente adequado à um tipo penal incriminador (tipicidade formal), mas não se amolda com a tipicidade material, ou seja, não se tem um relevante prejuízo ao bem jurídico tutelado, teremos a exclusão do crime pela aplicação do princípio da insignificância.

A aplicação desse norteador jurídico é tema de constantes debates, isso porque sua consequência resulta no reconhecimento da atipicidade do fato. Está consignado no que se chama de concepção penal minimalista (ou Sistema Penal Mínimo) que defende o uso limitado do Direito Penal por ser o instrumento de controle social mais estigmatizador. Pelo fato de não existir positividade (autorizando ou restringindo) em todo o ordenamento jurídico, gera uma instabilidade forense e uma verdadeira desordem, no que se refere a decisões heterogêneas pelos tribunais no país inteiro.

Portanto indaga-se: em que medida se manifesta como sendo necessária a possibilidade da autoridade policial reconhecer a atipicidade da conduta ao aplicar o princípio da insignificância, no sentido de afastar a autuação de prisão em flagrante ou a instauração do inquérito policial?

Então, o objetivo geral da presente pesquisa é analisar, no âmbito do sistema penal minimalista, que a aplicação do princípio da insignificância, por parte da autoridade policial, ensejando o reconhecimento da atipicidade da conduta para afastar uma autuação de prisão em flagrante ou a instauração de um inquérito policial ante a uma situação de bagatela, manifesta-se como dever do delegado de

polícia, levando em consideração suas atribuições e sua condição – outorgada pela Constituição da República Federal do Brasil de 1988 e pelas Leis do ordenamento jurídico brasileiro – de operador do Direito.

Para tanto, foram delineados os seguintes objetivos específicos: descrever as particularidades no que se refere o sistema penal minimalista; compreender a origem e evolução do princípio da insignificância no âmbito do sistema judiciário; argumentar que conforme previsto na legislação processual penal brasileira é conferido ao delegado de polícia autonomia para que possa realizar juízo de valor ante a um fato possivelmente criminoso ou não; demonstrar que com a Lei n. 12.830/2013 o Delegado de Polícia é considerado como carreira jurídica; enumerar os vetores do princípio da insignificância conforme o julgado no *Habeas Corpus* HC 84412-SP pelo Supremo Tribunal Federal (STF); verificar a amplitude da necessidade desta autoridade em reconhecer o princípio em análise, assim como a sua possibilidade de fazê-lo; definir o papel da polícia judiciária perante o Estado democrático de Direito.

Parte-se da hipótese de que, a autoridade policial, por possuir capacidade de proceder na iniciação da *Persecutio Criminis* (fase que é dividida entre Ministério Público e Polícia Judiciária), é perfeitamente razoável que, seja apto para aplicar tal princípio, pois sua função é iniciar a investigação e, portanto, deve saber filtrar quando um fato constitui crime ou não.

Assim, para viabilizar a tese da hipótese, a metodologia do estudo a ser exposto irá valer-se da elaboração de pesquisas bibliográficas, métodos lógicos, dedutivos, históricos, pesquisas jurisprudenciais, bem como a verificação da posição doutrinária quanto à possibilidade de utilização do referido princípio no plano do direito penal mínimo, para que seja possível a formulação de argumentos técnicos que corroborem o entendimento quanto a exequibilidade do delegado de polícia reconhecer a inexistência de tipicidade material do fato no momento de realização da análise jurídica e técnica no caso concreto.

Na primeira seção, será abordado o conceito do princípio da insignificância bem como a sua origem e evolução histórica, também será analisada a sua conexão com o minimalismo penal e por fim uma breve exposição de sua aplicabilidade no nosso ordenamento jurídico. Já na segunda seção, realiza-se uma inquirição a respeito da polícia judiciária no Brasil, bem como o seu surgimento, o papel desenvolvido, respaldo constitucional, juntamente com o desenvolvimento do conceito de poder de polícia, e, por fim, na terceira seção, será apresentada a forma com qual a autoridade policial atua no caso concreto para aplicar o princípio da insignificância.



Ao final, conclui-se que os objetivos são atendidos e a pergunta resta respondida com a afirmação da hipótese, indicando que se faz necessário o reconhecimento da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância pela autoridade policial, pois é ela quem faz, devido a sua natureza híbrida, a primeira análise técnico-jurídica do fato.

## **2 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA**

Neste capítulo será apresentada uma abordagem do princípio da insignificância no que tange quanto a sua conexão com o minimalismo penal, conceito do referido princípio, origem e evolução histórica, e pôr fim a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

### **2.1 Minimalismo penal e o princípio da insignificância**

Inicialmente é importante preceituar do que se trata o minimalismo penal, pelo qual essa vertente filosófica jurídica surgiu como uma forma de confrontar a concepção genuína do sistema penal mais puro, que se assegurava a legitimar o Estado a punir o indivíduo, caso este descumpra algum dos dispositivos legais previamente definidos. Segundo Baratta (2014), um dos expoentes desta corrente doutrinária, se traduz como uma necessidade de o direito penal reduzir sua incidência a um mínimo necessário, ou seja, que ele se aplique apenas quando absolutamente essencial e sobre condutas danosas.

Para expor o quão grandioso e relevante é esse ramo do Direito Penal, denota-se que tal debate já vem de séculos, a destacar a atuação do célebre *Cesare Beccaria* principal representante do iluminismo penal e da escola clássica do direito penal. Fortíssimo influente que foi, utilizou suas teses para tecer severas críticas ao sistema penal de sua época (século XVII). Beccaria (1999), analisando a cultura e a literatura penais do seu tempo, chegou a conclusão de que:

[...] poucos examinaram e combateram a crueldade das penas e a irregularidade dos procedimentos criminais, embora seja uma parte principal da Legislação, mas tão descuidada em quase toda Europa; pouquíssimos – sabendo os princípios gerais – combateram os erros acumulados de muitos séculos, sujeitando (ao menos com aquela força que tem as verdades conhecidas) o demasiado livre exercício do poder mal dirigido, que tantos exemplos de fria atrocidade nos apresentam (de forma autorizada e repetida) (BECCARIA, 1999, p.24).

Ressalta-se que, majoritariamente no segundo milênio (dos séculos XII-XIII até o Iluminismo), do sistema punitivo, ficaram responsáveis: a igreja, os senhores feudais e os governos absolutos ou monárquicos e correspondia a punições desumanas e totalmente arbitrárias. O “direito” penal medieval, censurado por Beccaria (1999), fazia uso da “crueldade das penas”, assim como da “irregularidade dos procedimentos criminais”.

Desta forma, quem é adepto dessa teoria defende que o Direito Penal deve sofrer uma diminuição em seu campo de atuação, ademais, tratando-se de matéria de *ultimaratio*, alinhando-se a temas a quais outras matérias não encontrem soluções plausíveis e práticas.

Na vertente minimalista, vislumbra-se a incidência do princípio da intervenção mínima que é de grande valia para o ordenamento jurídico, aonde define que o Direito Penal deve intervir minimamente nas relações sociais, limitando o poder de punir do Estado e conseqüentemente, tutelar os bens mais indispensáveis para a vida em comunidade. Relativamente equiparáveis, possuem suas particularidades, porém é inegável a influência de um para o outro. Endossa Greco (2015, p.97): “O Direito Penal só deve preocupar-se com a proteção dos bens mais importantes e necessários à vida em sociedade”.

O princípio da insignificância, certamente enquadrando-se no âmago da intervenção mínima, também absorve resquícios doutrinários e ideológicos pertencentes à corrente minimalista, já que é inegável à similaridade conceitual de um e outro. Certamente, analisando de maneira breve, constata-se que proveniente do princípio da insignificância, a atipicidade material, esta que expõe a falta de necessidade punitiva, chega-se a um liame equitativo ao que define a corrente do direito penal mínimo, expondo a necessidade de ambos em pretender a mesma finalidade, que é a mínima interferência estatal em se tratando do Direito Penal.

## **2.2 Conceito**

O princípio da insignificância não está positivado no ordenamento jurídico brasileiro, porém, está consignado implicitamente, podendo ser extraído da própria estrutura do direito penal, que é definida na constituição federal. Tendo este como base a dignidade da pessoa humana e os fundamentos da República que regem a atividade policial e o sistema penal.

Segundo Mañas (1994) o princípio da insignificância traz uma ideia de interpretação restritiva do tipo penal incriminador. Sua implicação se dará nos casos em que a conduta praticada e adequada ao tipo penal, seja completamente desproporcional ante a sua pena, ante a sua consequência jurídica. Esse contexto

exige, portanto, uma avaliação mais rigorosa da atipicidade penal, sendo necessário não apenas uma adequação formal, mas ainda uma adequação material.

O referido princípio se traduz como um desdobramento lógico da intervenção mínima (*nulla lex poenalis sine necessitate*), e, conseqüentemente, do princípio da fragmentariedade e da subsidiariedade. Acerca de tais princípios citados, define Andreucci (2020), que um tipo penal incriminador só deve ser criado quando a contenção da conduta que lhe deu origem não for suficiente, por exemplo, na esfera cível, ou seja, o substrato da intervenção mínima implica na ideia de que o legislador deve estar munido com demasiada cautela, no momento de eleger as condutas que sofrerão a reprimenda penal, nem tudo, ainda que envolto de ilicitude, deve ser criminalizado.

Quanto à fragmentariedade, assevera Prado (2018), que o referido postulado (também conhecido como essencialidade), denota-se como sendo uma das deduções da intervenção mínima. O dever da lei penal de proporcionar a maior proteção dos bens jurídicos tem de ser relativizado, isto pois, todo o ordenamento jurídico enseja a mesma proteção, todavia, o direito penal vai proteger os bens jurídicos mais importantes, devendo repelir as agressões mais severas e socialmente intoleráveis, portanto, só deverão ser objeto de criminalização as tipologias mais intensas capazes de ocasionar relevante dano ao bem jurídico tutelado.

No que tange à subsidiariedade, Nucci (2019) entende que a grande parte dos infortúnios que se surgem na sociedade representa paridade com os demais ramos do Direito, sendo estes suficientes para suprimir os ilícitos que não ocasionam dano extremo. Por essa razão o direito penal se traduz como sendo a última cartada do legislativo, devendo ser usado quando somente a imposição de sanção penal for capaz de conter o agressor. Isto posto, diz-se que o direito penal é subsidiário em relação aos demais ramos, quando as outras formas de punição fracassam é que o Estado deve se armar com a lei penal, no intuito de coibir os comportamentos mais desregrados ocasionadores de lesão aos bens jurídicos tutelados.

Demais disso, a avaliação do caso concreto que enseja a aplicação do princípio da insignificância levará em consideração as conseqüências exteriorizadas com a utilização do instrumento de controle social manifestada pelo Direito Penal, que é extremamente violento e é estigmatizado, juntamente com a proporcionalidade da conduta praticada e a respectiva pena.

### 2.3 Origem e evolução histórica

No meio doutrinário encontramos teses acerca da origem do princípio da insignificância, como bem iremos apresentar brevemente de maneira detalhada, pois

é fato que, há diversas vertentes a qual defendem que o surgimento se deu com o Direito Romano, de cunho civilista e tinha como preceito *minimis non curat praetor*, ou seja, "o pretor, não cuida de minudências". Todavia, há severas críticas quanto à origem romana, pois, o Direito Romano estava estruturado ao direito privado, havendo pouco conhecimento acerca do Direito Penal, bem como preceitua Masson (2019). Ainda neste mérito, Ribeiro Lopes (2000) afirma que:

O Direito Romano foi notadamente desenvolvido sob a óptica do Direito Privado e não do Direito Público. Existe naquele brocardo menos do que um princípio, um mero aforismo. Não que não pudesse ser aplicado vez ou outra a situações de Direito Penal, mas qual era a noção que os romanos tinham do princípio da legalidade? Ao que me parece, se não nenhuma, uma, mas muito limitada, tanto que não se fez creditar aos romanos a herança de tal princípio (RIBEIRO LOPES, 2000, p.41-42).

Demais disso, com infortúnio ocasionado da decorrência das duas grandes guerras mundiais, surgiu, após estas, demasiado aumento de furtos de objetos e valores irrelevantes, muito por conta da miséria em grandes proporções, desemprego em massa e a crítica falta de gêneros alimentícios. As referidas transgressões conceberam o que se chama "crime de bagatela" (*bagatelle delikte*), justamente por conta dos ínfimos valores compreendidos, assim afirma (FLORENZANO, 2018).

O amadurecimento do princípio da insignificância, segundo Greco (2015) ficou em grande parte, a cargo de Claus Roxin. Bittencourt e Prado (1996), partem do raciocínio que a amodação do princípio da insignificância foi firmada primordialmente por Claus Roxin, sendo inserido em sua obra *Política Criminal y Sistema del Decrecho Penal*.

Roxin (1986) propôs a interpretação restritiva aos tipos penais, com a exclusão da conduta do tipo a partir da insignificante importância das lesões ou danos aos interesses sociais. Como define o jurista alemão, o legislador não possui competência para, em absoluto, castigar pela sua imoralidade condutas não lesivas a bens jurídicos.

Em terras "Tupiniquins", o princípio da insignificância teve como termo inicial, no que se refere a sua menção, o julgamento realizado pelo STF do Recurso de *Habeas Corpus* HC 66.869/PR, conforme se depreende pelo voto do Relator Ministro Aldir Passarinho:

[...] deste modo, tendo-se que o acórdão inegavelmente admite, conforme considerações que antes reproduzi, o princípio da insignificância da lesão, e que a prova dos autos – e seguramente outras já não seriam possíveis obter mais de um ano depois – mostram que inexpressiva foi realmente a lesão sofrida pela vítima, tenho que não é de deixar-se prosseguir a ação penal que a nenhum resultado chegaria, só mais sobrecarregando o serviço da justiça e incomodando inutilmente a própria vítima (BRASIL, 1988, p. 195).

Tal julgado teve como objeto uma lesão corporal no âmbito de acidente de trânsito, ocasião a qual se apurou que, em decorrência da irrelevante lesão, quedou-se entendido que o crime não fora configurado, não persistindo motivos para a instauração da ação penal.

#### **2.4 Requisitos construídos pela jurisprudência para aplicação do princípio da insignificância em território pátrio**

Conforme fora supramencionado, o princípio da insignificância não se encontra positivado de forma expressa no ordenamento jurídico brasileiro, portanto, as peculiaridades de cada caso concreto possuem peso fulcral a fim de qualificar se o ilícito é relevante para o Direito Penal. De acordo com Gomes (2013, p.135): “os juízes adeptos da ideologia punitivista da segurança tendem a aplicar a insignificância restritivamente, ao contrário, os juízes que seguem a ideologia humanista da equidade tendem a admitir a insignificância formal mais ampla”.

Por conseguinte, apesar de o referido princípio ser oriundo de uma criação doutrinária, fora, devidamente, abraçado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mediante julgado do Habeas Corpus n. 84.412/SP, a partir deste delimitou-se os chamados vetores do princípio da insignificância, servindo como norteadores de aplicação ante o caso concreto, conforme é possível extrair de voto do relator, Ministro Celso de Mello:

A mínima ofensividade da conduta do agente; a nenhuma periculosidade social da ação; o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público (BRASIL, 2004, p. 235).

Demais disso, registra-se o furto simples praticado com ausência de violência e grave ameaça, sendo realizada com o fim de se alcançar a satisfação de uma necessidade urgente e relevante, como na hipótese de um determinado agente que furta biscoitos ou feijão, buscando por meio de tal transgressão ínfima saciar sua fome, tal situação manifesta-se como um exemplo do chamado furto famélico, praticado quando o agente necessita do bem subtraído para subsistência, ocasião em que, segundo Capez (2008) se é analisada a proporcionalidade do referido bem, assim como outras circunstâncias do caso concreto.

Destarte, infere-se que o possível reconhecimento da atipicidade da conduta pode ser verificado em caso de transgressão na qual o agente subtraia gêneros alimentícios em uma situação que remeta ao contexto do furto famélico, de acordo com o voto, aplicando a insignificância, proferido pelo relator, Ministro Dias Toffoli, “sua conduta foi praticada sem violência física ou moral a quem quer que seja, sendo certo, ademais, que os bens furtados foram restituídos à vítima, afastando-se, portanto, o prejuízo efetivo” (BRASIL, 2018, p.6).

Portanto, chega-se à conclusão de que quando os requisitos de aplicação que ensejam o reconhecimento da insignificância forem cumulativos e compatíveis com as circunstâncias inerentes a cada caso concreto, a resposta estatal punitiva não deve prosperar, visto que é envolta de irracionalidade e demasiada violência, acarretando na injusta desproporcionalidade com a conduta praticada, que pode se amoldar formalmente com o tipo penal, mas, quando materialmente não for capaz de provocar relevante prejuízo ao bem jurídico tutelado, levando em consideração uma concepção minimalista e mais humanizada do direito penal, este instrumento de controle social não deve ser municiado, sendo objeto de outro ramo do direito, evidenciando aqui o caráter subsidiário daquele.

### **3 O PAPEL DA POLÍCIA JUDICIÁRIA NO ÂMBITO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

No presente capítulo, almeja-se realizar uma inquirição a respeito do poder de polícia Estatal e sua influência para o desenvolvimento da polícia judiciária no Brasil, abordando a sua evolução histórica tanto no âmbito internacional como nacional. Também é objeto da presente seção, expor as atribuições conferidas pela Magna Carta à polícia judiciária brasileira, e por fim será elencado o papel desempenhado pelo Delegado de polícia, no que se refere a sua função legalmente prevista.

#### **3.1 O poder de Polícia do Estado e a Polícia Judiciária: breve evolução histórica.**



É de suma importância, primordialmente, trazer o conceito de Poder de Polícia, onde em sua essência está conectado com a atuação da administração pública, a qual obriga limites aos direitos e liberdades a população. Este “condão” consiste, em suma, na diligência da autoridade pública para fazer cumprir a todos os cidadãos o dever de não perturbar, bem como preleciona (MAYER, 1950).

Explicitam-se aqui os entendimentos oriundos de Medauar (1995), cujo fazendo uma análise mais profunda, etimologicamente falando, atentou-se para o termo “polícia”. Proveniente do latim *politia* e do grego *politeo*, associado como termo política, ao vocábulo *pólis*. É relevante notabilizar, especificamente em sua linha cronológica, a sua ligeira evolução no que se refere a seu conceito e aplicação. É de consagrado conhecimento que, o referido termo está ligado a soberania dos príncipes e serve de base para as autocracias históricas, a exemplo disto, episódios na era medieval traduzem o que é exposto, ademais, a utilização de meios essencialmente opressores e descaradamente deploráveis, revelam como era tencionado e manuseado esta concepção para com aqueles que detinham o poder.

Perfilando o crescimento relevante do poder de polícia durante séculos, podemos averiguar numerosos repertórios doutrinários acerca da polícia propriamente dita. O primeiro foi publicado pelo francês Delamare (1707) intitulado *Traité de la police*; o autor adotou que a assimilação da polícia ao conjunto do direito público era equívoca e lhe deu sentido restrito: polícia visa à ordem pública de cada cidade. Dando continuidade, outras obras sobre a polícia passam a ganhar notoriedade nesse período. Por exemplo, na Alemanha, a de Justi (1756), “Princípios da ciência da polícia” (MEDAUAR, 1995).

Medauar (1995) abrilhanta-nos mais uma vez com os seus conhecimentos, ao expor que, este período de culminância, coincide com o chamado “Estado de polícia”, no fim do período absolutista, Estado esse que até então, se apoderava de maneira arbitrária na vida dos particulares. De aí em diante, o sentido amplo de polícia começa a dar lugar a noção de administração pública, principalmente sob influência das ideias da Revolução Francesa, da valorização dos direitos individuais e da concepção do Estado de direito e Estado liberal.

Preliminarmente, surge a expressão “polícia administrativa” na França, quando o Código do 3º Brumário do ano IV (1795 apud MACEDO GONÇALVES, 2005) mencionou a divisão em polícia administrativa e judiciária. E deu como objeto a manutenção habitual da ordem pública em cada lugar e em cada parte da Administração Geral. Já na Alemanha, certifica-se a influência de Pütter (1754), no seu *Elementa iuris publici germanici*, a qual salvaguardou que a prosperidade não era responsabilidade própria da polícia, sendo o seu papel somente negativo, o que

foi por muito tempo, posteriormente, defendido por diversos autores (MACEDO GONÇALVES, 2005)..

Segundo Tácito (1952), a expressão “poder de polícia”, vigente em nosso ordenamento é proveniente da tradução de *police power*. A expressão fora semeada primitivamente no ordenamento legal a partir do julgamento da Corte Suprema norte-americana, no caso Brown contra Maryland, de 1827. Adentrando no ordenamento jurídico brasileiro, entende-se que segundo Meirelles (1993), na Constituição de 1824, especificamente em seu Art. 169 (BRASIL, 1824), concedeu a uma lei disciplinar as funções municipais das câmaras e a formatação das suas posturas policiais.

No que se refere à doutrina, a primeira obra de direito administrativo, de autoria de Pereira do Rego (1857 apud MEDAUAR, 1995) usufrui do vocábulo “polícia” para delimitar a temática, repartindo-a em polícia administrativa e polícia judiciária, sob nítida influência francesa; afirma que polícia possui como dever manter a convivência ordenada, a liberdade, a propriedade e a segurança dos cidadãos; e complementa que a polícia também, já nessa época, intervém na indústria e no comércio.

Registra-se pôr fim ao surgimento da polícia judiciária no Brasil, conforme destacado por Gonzáles e Sesti (2006), aonde se constata o ano de 1841 com a promulgação da Lei n. 261, que instituiu o cargo de delegado de polícia seguida pelo Regulamento 120/1942, dividindo a polícia em administrativa e judiciária.

### 3.2 Polícia Judiciária e as atribuições conferidas pela Constituição da República.

Com o advento da Carta Magna de 1988 tornou-se notório o vislumbre de uma nova ordem constitucional, está ensejando uma blindagem quase que suprema principalmente no que tange aos direitos individuais. Por essa razão é possível extrair uma série de garantias consignadas na Lei Maior, denotando a intenção do constituinte em proteger o cidadão, inclusive da prepotência do Estado, conforme já se pôde observar em outros tempos. Desse modo, o legislador buscou uma descentralização do poder, conferindo a cada instituição suas respectivas atribuições.

Por conseguinte, registra que é nesse contexto que se insere a atividade policial, está a cargo da Administração Pública, desempenhada por meio de duas polícias com atuações específicas. A chamada polícia administrativa atua de maneira preventiva, ou seja, sua função se molda na tentativa de impedir a ocorrência de um crime, por outro lado a polícia judiciária tem a incumbência de proceder com a investigação criminal, tentando alcançar a elucidação dos ilícitos já cometidos, de acordo com (MELLO, 2009).

A partir do exposto, no âmbito da polícia judiciária, objeto do presente tópico, tem-se a Polícia Federal e as Polícias Civas das respectivas unidades federativas da nação conforme se extrai do artigo 144 §§1º e 4º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Foi dada, a tais instituições, a função constitucional de conduzir as apurações de transgressões penais, e mais precisamente às Polícias Civas, a investigação de fatos criminosos comuns, tendo-se como exceção às infrações praticadas por militares, caso em que a referida função ficará a cargo das respectivas corporações militares.

Cumprido destacar, como bem exposto por Alves (2017), que as polícias judiciárias brasileiras são chefiadas por delegados de polícia, cargo este que está envolto no campo das carreiras jurídicas, o que se manifesta como um importante triunfo, visto que tal qualificação permite à chamada *persecutio criminis* uma maior capacidade de supri-la de fundamentos com pertinentes respaldos jurídicos.

Portanto, significa dizer que se trata de uma polícia que concilia a aplicação da legislação juntamente com a segurança pública, tendo um caráter misto, aliando o combate ao crime com a inteligência investigativa ao respeitar os direitos individuais do cidadão, revestindo-se, dessa forma, como sendo égide que garante a paz social, pois não pauta suas atividades somente na utilização da força bruta, uma vez que é chefiada por operadores do direito, estando conseqüentemente inserida no contexto da nova ordem constitucional, manifestando-se como um importante componente do estado democrático de direito, conforme trata.

Isto, pois, o simples fato de ser investigado já acarreta na estigmatização do indivíduo, ocasionando-lhe severo constrangimento, demais disso, tem-se que durante o desenvolvimento das diligências investigativas, quando se procede, por exemplo, com uma interceptação telefônica, a restrição de direitos fundamentais, por isso, o ideal é ajustar o sopesamento dos direitos a uma investigação eficaz para se evitar arbitrariedades, traduzindo-se em uma adequação ao estado democrático de direito, conforme assevera Coutrim Lima Filho (2016).

Diante disso, na esfera do referido estado democrático de direito inexistente a ideia de maior ou menor em matéria de poder público, todas as suas instituições, com as suas respectivas autoridades, ostentam uma competência que foi outorgada previamente tanto por lei e, principalmente, pela Constituição Federal, lei suprema de uma nação, portanto, nenhuma competência está em condição de subordinação para com outra, posto que todas emanam de um poder constituinte originário, e em razão disso, refere-se a uma aspiração dos legítimos detentores do poder: o povo, de acordo com a exposição de Gomes e Sciliar (2008).

Por fim, a atuação da polícia judiciária ostenta a independência supramencionada, não havendo hierarquia entre esta, a defesa, o ministério público e tampouco o juiz, pois sua função pauta-se na busca pela verdade do fato apurado, não o resultado processual. Conseqüentemente, a referida independência vai viabilizar que o ministério público ou querelante tenha os elementos de autoria e materialidade para fins de eventual inicial acusatória, e que o acusado/investigado tenha a sua defesa municiada com os elementos realmente necessários, a partir da reconstrução do fato criminoso.

### **3.3 Da função desempenhada pelo chefe de polícia e seu contexto histórico.**

Conforme explicita Macedo (1956), houve um tempo em que as atividades policiais legais foram realizadas pelas próprias Câmaras Municipais, com capitães-costumes, prefeitos e bandidos para auxiliar juízes comuns. Somente em 1808, com a chegada da corte portuguesa, a Intendência da Polícia Geral foi criada, evidentemente chefiada pelo Intendente Geral Polícia, culminando na aparição do Chefe de Polícia.

Isso ocorre porque, bem como preleciona Holloway (1997), o Intendente recebeu autorização para nomear outra pessoa para representá-lo nas províncias, dada a ampla extensão geográfica do Território brasileiro. Esse representante recebeu a denominação de “delegado”, pelo fato de assentir suas funções por meio da delegação do Intendente Geral. Posteriormente, com a introdução do Juiz de Paz no país, que incluía poderes policiais e judiciais, a figura do Delegado foi extinto e só reapareceu em nossa Lei em 1841.

Foi com a Lei nº 261 de 1841 (BRASIL, 1841) que o sistema começou a fornecer e estabelecer expressamente as atribuições legais das autoridades policiais. A referida lei estabeleceu que no município do tribunal e em cada província haveria um chefe de polícia junto com delegados e subdelegados subordinado a isso.

Também prescreveu que os Chefes de Polícia seriam escolhidos dentre Juízes e juízes de direito, enquanto delegados e subdelegados seria nomeado entre quaisquer juízes e cidadãos. O mesmo texto jurídico também estabeleceu várias funções para autoridades policiais. De fato, previa que os chefes de polícia e seus delegados e subdelegados competiram pelas mesmas atribuições anteriormente conferidas pelo Código de Processo Penal para Juízes de Paz - v.g. prosseguir para o corpo auto de ofensa e conceder fiança.

Além das funções típicas anteriormente exercidas pelos juízes de paz, A Lei nº 261, de 1841 (BRASIL, 1841) determinou que as autoridades policiais fossem responsáveis por monitorar e garantir a manutenção da segurança e tranquilidade

públicas, examinar prisões, inspecionar teatros e shows, conceder mandados de busca e, envie também quando julgar conveniente todos os dados, evidências e esclarecimentos sobre a ofensa aos juízes competentes.

O chefe de polícia é designado principalmente desde a primeira disposição legal de suas funções, a tarefa de realizar investigações criminais com o objetivo de elucidar os fatos. Considerando que a Autoridade Policial é a principal responsável por conduzir investigações criminais, é necessário levantar a questão, embora de maneira sucintamente, os modelos de investigações criminais em vigor no mundo.

Existem três: Tribunal de Instrução, Promotor-Investigador e Inquérito Policial. A partir da cognição de Rangel (2009), depreende-se que pelo sistema do Tribunal de Instrução, atualmente adotado pelo Espanha e França, a presidência das investigações é delegada para um magistrado que agora é chamado de “juiz investigador” ou “juiz investigador”. Para isso é responsável por coletar todas as evidências necessárias elucidar os fatos, bem como conduzir os interrogatórios necessários. Os poderes instrucionais estão concentrados na pessoa do juiz instrutor, de modo que a defesa e o órgão de acusação é o responsável apenas por solicitar a devida diligência. Por sua vez, o a polícia realiza atividades meramente auxiliares e é subordinada ao juiz investigador.

De acordo com o modelo do Promotor-investigador, adotado nos EUA e Itália, endossa Andrade (2008) que, por exemplo, como o nome sugere, é o órgão acusador que realiza a atividade de investigação destinada a apurar os fatos, de modo que cabe à Polícia o simples papel de auxiliar esse órgão. Como no sistema anterior, não há exercício do adversário e a ampla defesa nesta fase, característica que se assemelha às peculiaridades do inquérito policial em nossa ordem.

De fato, o modelo atual difere pouco do modelo anterior, pois apenas a autoridade competente é alterada. Por sua vez, através do sistema de inquérito policial adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, originário do modelo inglês, as investigações são conduzidas pela polícia. Assim explica Mossim (1998) que é de responsabilidade única e exclusiva da Autoridade Policial definir a linha de investigação e executar as etapas que julgar pertinentes à elucidação dos fatos.

Portanto, a Autoridade Policial é o verdadeiro detentor da investigação criminal. É responsável por desempenhar o papel de investigador do Estado na busca de reunir materialidade criminal e fornecer elementos suficientes para apoiar a respectiva autoria e possibilitar a possível ação criminal. O inquérito policial, segundo Nucci (2015) é o instrumento à disposição da Polícia Judiciária para atingir os fins

institucionais que lhes são impostos por ações investigativas, a fim de elucidar o fato criminal.

Esclarece Capez (2012), que a investigação é considerada como um procedimento administrativo, indisponível, inquisitorial, confidencial, escrito, discricionário, não oficial e preparatório para a ação criminal, presidida pelo chefe de polícia, que consiste em um conjunto de atos investigativos realizados com o objetivo de coletar informações sobre a materialidade e autoria da conduta criminal. Dizem que não está disponível porque a autoridade policial não pode arquivá-lo. Uma vez estabelecido, o depósito somente ocorrerá mediante solicitação do representante do Ministério Público e posterior avaliação judicial.

É confidencial garantir que as medidas adotadas durante as investigações sejam totalmente eficazes e não sejam frustradas porque são conhecidas pela pessoa investigada. É um procedimento elucidado por uma imposição legal que todas as suas partes devem ser reduzidas a escritas ou digitadas. Queiroz (2000) ensina que a discricionariedade reside no fato de que os passos a serem determinados pela autoridade policial não precisam observar nenhum rigor processual. Não há formalismo exacerbado. E acrescenta que, sua característica de não oficialidade reside na determinação de que a autoridade policial, ao saber do ato criminoso, será obrigada a agir e proceder de acordo com as disposições legais. Para isso, apenas a tipicidade formal do fato é necessária.

#### **4 A AUTORIDADE POLICIAL ATUANDO NO CASO CONCRETO PARA APLICAR O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA**

O ser humano é sujeito de direitos e obrigações, como todo homem e mulher, buscam objetivos, de forma geral, através de atitudes canalizadas, que alteram o estado natural do ambiente pelo qual se confrontam. Com isso, o Direito estabeleceu e vem estabelecendo limites, para a harmonia social ser alcançada, tendo em vista que algumas atitudes podem ser prejudiciais à sociedade, verdadeiros anseios contrários ao ordenamento jurídico.

Desta forma, ensina Acquaviva (2011) que se destaca a Teoria Finalista da Ação no Direito Penal pátrio ao entender que a intervenção estatal só se dará se a conduta voluntária humana tiver a finalidade que o legislador perpetuou no ordenamento jurídico, ou seja, o indivíduo cometer a conduta com anseio próprio e ter como fim o previsto pelo legislador, seja regra comissiva ou omissiva, é necessário que a conduta contenha o elemento volitivo advindo da norma, ao ser criada.

A teoria finalista (bipartida), bem como assevera Monteiro de Barros (2003), prevê que o crime possui os elementos: fato típico e a ilicitude. O primeiro nada mais



é do que um fato existente e concreto que se amolda a uma conduta típica prevista no ordenamento jurídico, seja ela omissiva ou comissiva, que causa um resultado material, tendo relação de causalidade (nexo) e a própria tipicidade que se divide em formal e material.

A ilicitude, de acordo com a sapiência de Mirabete (2007), por sua vez, é a ação (conduta) contrária ao Direito, ao próprio ordenamento jurídico, sendo adjetivadas de ilícita. Sendo assim, o ilícito diferente do injusto, pois o injusto tem cunho filosófico, é perto do coração moral e social e mais distante do Direito material. Já a ilicitude é mais objetiva, tende apenas a demonstrar a afronta da conduta com o próprio ordenamento jurídico concreto.

O princípio da insignificância, conforme mencionado anteriormente reside na caracterização da aludida atipicidade, em casos que normalmente se aplicaria o tipo penal, por esses não violarem o bem jurídico em tela de forma significativa, ou seja, a tipicidade material é afastada. Dessa forma, conforme leciona Capez (2018) a tipicidade formal é a adequação perfeita entre o tipo previsto na norma penal com o fato concreto.

Já a tipicidade material, por sua vez, conforme Queiroz (2001) é a análise do impacto da conduta do agente ao perpetrar o crime, tendo em vista os parâmetros da lesão causada. Em outras palavras, a lesão deve ter causado prejuízo efetivo ao bem jurídico protegido. Portanto, a conduta, além de ter de se amoldar perfeitamente ao tipo penal descrito, *nullum crimen sine previa lege*, este fato também deve causar ofensa relevante ao bem jurídico.

Neste diapasão, encontramos a presença do princípio da insignificância. Quando a conduta se amolda perfeitamente, mas não ofende de forma significativa o ordenamento jurídico, ela será considerada atípica e, por conseguinte, não será fato típico, por não possuir o elemento da tipicidade material.

Por disposição legal, o cargo de Delegado de Polícia exige que você possua formação jurídica. O acesso ao cargo é através de um árduo concurso público de provas, ou provas e títulos. Como dito, a formação acadêmica do candidato é obrigatória na ciência do direito, da mesma forma que exigido para outras posições jurídicas - por exemplo: magistratura e promotores. De acordo com o entendimento de Nucci (2015), diz-se que o chefe de polícia é o primeiro juiz do caso, ou o juiz pré-processual, uma vez que é o primeiro agente legal do estado a encontrar o crime ou contravenção supostamente cometida.

Conclui-se, portanto, que muitas das atividades desenvolvidas pela Autoridade Policial refletem diretamente no *status dignitatis* do indivíduo

investigado, interferindo em sua honra e intimidade pelo simples fato de serem vistas na sociedade como objeto de investigação e por ter sua vida aberta para declarar ações investigativas, seja restringindo sua liberdade ao impor medidas pessoais.

Mas não cabe ao delegado agir apenas para alcançar a função investigativa repressiva e invasiva do Estado; pelo contrário, a autoridade policial deve, de fato, observar, salvaguardar e fazer cumprir os direitos e garantias individuais da pessoa sujeita ao escrutínio policial. Portanto, usando sua “Teoria Geral do Direito Policial”, Valente (2009) ensina que:

A Polícia, como atividade de defesa da liberdade democrática, garante segurança interna e direitos dos cidadãos, não pode ser vista apenas do ponto de vista sociológico, nem do ponto de vista político - seu braço ou instrumento -, nem do ponto de vista operacional - estratégico, tático e técnico. É necessário um aprofundamento jurídico teórico e prático da atividade policial, que justifique e justifique a necessidade de um órgão organizado com *ius imperi* na busca de uma das tarefas fundamentais do Estado: defesa dos direitos e liberdades fundamentais (VALENTE, 2009, p.7).

Dito isto, o chefe de polícia se apresenta como o primeiro garantista da liberdade individual, justiça e outros direitos individuais, conforme bem explicitado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Melo em seu voto proferido no HC 84548/SP (BRASIL, 2015), visto que seu desempenho sob a lei - cujo conhecimento é exigido dele – impede ou interrompe a atividade abusiva de outras forças estatais ou mesmo particulares.

Veja como exemplo a condução de uma pessoa à delegacia porque indivíduos particulares acreditam que ele foi preso em situações flagrantes quando, na realidade, diz respeito às hipóteses dos artigos 302 e 303 do Decreto-Lei n. 3689, de 3 de outubro de 1941 (BRASIL, 1941). Da mesma forma, cita-se como exemplo, a apresentação de uma pessoa detida por milicianos acusada de cometer um crime que, de fato, não ocorreu.

Agora, é o chefe de polícia que, ao avaliar a situação e circunstâncias, terá o dever de determinar a libertação dessas pessoas e, assim, fazer valer os direitos constitucionalmente reservados ao cidadão. Portanto, é apropriado relacionar, o desempenho do Delegado de Polícia à luz de seu papel legal de manter as liberdades individuais do indivíduo diante da prática de ofensas criminais - aquelas cujo efetivo

dano ao bem legal é de gravidade mínima e irrelevante e, portanto, não deve implicar nenhuma forma de constrangimento para o sujeito.

O direito penal não existe como meio de instrumentalizar repressão estatal, mas para dar aos cidadãos a garantia de não sofrer interferência arbitrária em sua vida privada, consagrando mais uma vez o entendimento de Roxin (1986). O que se quer dizer é que as garantias relacionadas à esfera criminal não são direcionadas a seus atores, ou seja, a criminosos. Pelo contrário, é a sociedade como um todo que essas regras se destinam a impedir que os cidadãos sejam sujeitos a abusos injustificáveis e irreversíveis antes de um procedimento persecutório.

Masson (2013) ensina que o princípio da insignificância remove a tipicidade do fato e, portanto, sob pena de banalizar o Direito Penal e esquecer outros princípios relevantes, como o da intervenção e subsidiariedade mínimas, não se pode conceber, por exemplo, a obrigação de desenhar um mandado de prisão em flagrante quando a Autoridade Policial se depara com o fato de estar coberta por esse princípio. Diante de situações dessa natureza, não se pode aceitar que o Chefe de Polícia seja obrigado a adotar tais medidas se o princípio da insignificância se aplicar.

Se a lesão é irrelevante e torna o fato materialmente atípico, descartando a existência do crime em si, como exigir que a autoridade prossiga com as medidas embaraçosas e restritivas e as medidas inerentes à investigação policial para, finalmente - na esfera judicial - resultar em absolvição? Qual é a razão para submeter o indivíduo ao procedimento investigativo desconfortável e indesejável, simplesmente porque sua conduta é única e somente formalmente típica? É certo que o surto de processo criminal, ou mesmo a elaboração de um flagrante ou elaboração de um termo detalhado, em ocorrências claras do princípio da insignificância não está em conformidade com a ordem jurídica atual e também prejudica princípios substanciais, como razoabilidade e proporcionalidade.

Concorda-se aqui que a ação policial, bem como a de toda a administração pública, está sujeita à estrita observância das leis e princípios de informação. No entanto, a atividade funcional não pode basear-se estrita e exclusivamente na redação textual da lei em vigor. O princípio da legalidade não deve ser seguido para aplicar o brocado *dura lex, sed lex*. De fato, o princípio da legalidade deve ser observado em harmonia com outro princípio administrativo - o da moralidade. Destarte, conclui-se ainda que quando é dada ao Delegado de Polícia a legitimidade para afastar a tipicidade material, este, conforme corroboram Khaled Júnior e Rosa (2014) vem a agir como um filtro contentor do poder irracional do Estado (revestido no *jus puniendi*).

Para cumprir a moral administrativa, um princípio expressamente previsto no texto constitucional em seu artigo 37 (BRASIL, 1988), não basta que o agente cumpra formalmente a lei na frieza de sua carta, como é necessário cumprir com a letra e o espírito da lei, que ao legal se junte ao ético. Por esse motivo, conforme ensina Alexandrino e Paulo (2013), costuma-se dizer que o princípio da moralidade complementa ou torna mais eficaz, materialmente, o princípio da legalidade.

Além da observância da moralidade administrativa e da legalidade, a atividade estatal deve se submeter ao princípio da Justiça como resultado inequívoco de um Estado de Direito Democrático para impor os valores da dignidade humana, igualdade e equidade, compartilhando entendimento trazido por Canotilho (2002). Afinal, a justiça é o principal valor norteador de toda atividade estatal. Todos esses valores e princípios fundamentais de estruturação estabelecidos por nossa lei tendem a se tornar meros textos e ideais desprovidos de quaisquer valores se for entendido que a Autoridade Policial não tem o poder de aplicar o princípio da insignificância.

Seria a perpetuação de um absurdo teorizar um desempenho com ponto de apoio em certos valores e aceitar na prática um desempenho contrário ao que foi determinado. Assim, é inegável que o chefe de polícia tem não apenas o poder, mas também o dever de analisar e aplicar o princípio da insignificância diante dos casos que lhe ocorrem durante o exercício de suas funções. Além de ser uma medida consistente com os ideais práticos e lógicos, a ordem atual mantém normas que apóiam esse entendimento.

A Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013 (BRASIL, 2013), prevê investigação criminal conduzida pelo chefe de polícia. Esse diploma normativo, além de estabelecer que o cargo de Delegado de Polícia é de natureza jurídica, conferiu à classe várias prerrogativas, dentre elas a determinação expressa de que a acusação é um ato privado do delegado de polícia e ocorrerá por meio de análise jurídica do fato. Fica claro, portanto, que a autoridade policial tem discricionariedade para analisar a possível classificação do fato investigado, corroborando ainda mais a legitimidade, de modo que também afeta a conclusão do crime.

Cite-se, ainda, dispositivo da Constituição do Estado de São Paulo que determina a independência funcional pela livre convicção nos atos de polícia judiciária, assim previsto no artigo 140, § 2º (SÃO PAULO, 1989). A autoridade policial não é e nem deve ser mera cumpridora de preceitos legais limitando-se a atuar de forma robotizada e automatizada. Pelo contrário, é atividade que exige atuação pessoal, valorativa e circunstancial, de modo que possa atender de forma integral e justa sua função garantista. Igualmente, há de se registrar a Portaria DGP 18/1998 do

Estado de São Paulo (SÃO PAULO, 1998) que instrui seus delegados a não instaurarem inquérito quando os fatos levados a sua consideração não configurarem manifestamente qualquer ilícito penal.

Assim, tendo em vista a atual posição jurídica do Chefe de Polícia conferida pelos diplomas legais acima mencionados, em harmonia com os princípios de intervenção mínima e subsidiariedade do Direito Penal, proporcionalidade e dignidade humana, não é aceitável e nem sequer há apoio legal para que o chefe de polícia, um executor típico e especialista na lei, não possa usar seu conhecimento pessoal e profissional, técnico e jurídico para aplicar definitivamente o princípio da insignificância. Deve-se concluir que é dever da autoridade policial analisar e implementar concretamente o princípio da insignificância

## **5 CONCLUSÃO**

Ante todos os argumentos mostrados no presente trabalho, o Princípio da Insignificância está, ainda, em evolução. Ficou demonstrada a análise subjetiva do caso concreto, não levando em conta só seu aspecto formal, mas também a tipicidade material, ainda assim, fazendo parte do subjetivismo a mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada, sendo assim a aferição da cautela presente, todos esses elementos de forma conjunta.

Esta pesquisa objetivou analisar, a partir da compreensão da vertente minimalista penal, que a aplicação do princípio da insignificância, por parte da autoridade policial, ao tempo em que, há o reconhecimento da atipicidade da conduta para afastar uma autuação de prisão em flagrante ou a instauração de um inquérito policial ante a uma situação de bagatela, insurge como uma obrigação do delegado de polícia, levando em consideração suas atribuições e sua condição – outorgada pela Constituição da República Federal do Brasil de 1988 e pelas Leis extravagantes – de operador do Direito.

Para tanto, é importante atentar, no que se refere às dificuldades em elaborar o presente estudo, as más interpretações oriundas nas faltas de dogmas, bem como na divisão da doutrina em defender ou não o aludido princípio. Existem muitos juristas ainda que defendam a não aplicação do princípio, mas também existem outros, em outra mão, que o aplicam de forma desenfreada. Resta-nos alcançar a ponderação de um meio termo pretendido, e, finalmente, a criação de ordem legal expressa e pacífica, sem possibilitar margens para dúvidas.

Não obstante, constata-se que para chegar aos resultados pretendidos, houve uma ampla análise desde o conceito analítico de crime, percorrendo-se posteriormente pela concepção histórica e evolutiva do princípio da insignificância e por fim reconhecendo-se a possibilidade do encaixe apropriado da aplicabilidade do aludido princípio para com a função desempenhada pela autoridade policial.

Ademais, observou-se que para galgar êxito na busca em legitimar o objetivo do presente estudo, foi-se necessário expor julgados provenientes dos Tribunais superiores, aliados com uma parcela da doutrina, que em grande parte manifesta-se como sendo convergente com o objeto do artigo em tela, bem como proceder-se com a interpretação de dispositivos legais, a fim de preencher as lacunas existentes.

Reconhecendo que a função policial engloba um grande caráter garantidor, na medida em que cabe a ele proteger os direitos individuais do cidadão, pode-se dizer que, portanto, os objetivos foram alcançados visto que, demonstrou-se que a autoridade policial tem o poder de impor o princípio da insignificância desde então nos casos apropriados, removendo a tipicidade penal e impedindo que o sujeito seja submetido a procedimentos penais embaraçosos e traumáticos, materializando assim os princípios de dignidade humana, razoabilidade e proporcionalidade, igualdade, liberdade, subsidiariedade, fragmentaridade e intervenção mínima.

Assim, a aplicação da insignificância, é extremamente importante no que diz respeito aos direitos individuais garantidos constitucionalmente à pessoa humana, uma vez que sua incidência impede que os cidadãos sejam submetidos a atos coercitivos e repressivos sem justa causa.

Por fim conclui-se que como o chefe de polícia é o primeiro agente a operar a lei e com o conhecimento técnico necessário, nada é mais coerente, razoável e lógico, do que reconhecer essa autoridade como tendo total autonomia para, desde o momento da *notitia criminis*, valorizar e aplicar ou não o Princípio da Insignificância para avaliar a tipicidade material do ilícito, seja pelo apoio que pode ser extraído do sistema jurídico, seja pela necessidade e viabilidade prática, dado que a autoridade policial é um agente público com o mesmo conhecimento jurídico exigido para outras posições jurídicas e que restringir seu desempenho a tal ponto é uma medida irracional e não atende ao interesse público de forma alguma.

## 6 REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Acquaviva**. 5ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Rideel, 2011.



ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 21ª ed., rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Método, 2013.

ALVES, Claudio. A polícia judiciária e o Estado democrático de Direito. **Revista Jurídica da Libertas Faculdades Integradas**, nº. 1, ano 7, Minas Gerais, 2017.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e sua investigação criminal**. 2ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008.

ANDREUCCI, Antonio, R. **Manual de Direito Penal verificado**. *E-Book*. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616329/>>. Acesso em: 27 mai. 2020

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

BECCARIA, Cesare Bonesana. Marchesi di. 1738-1793. **Dos delitos e das penas I**. 2ª ed. Ver. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. *E-book*. Disponível em: <<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17502/material/BECCARIA,%20C.%20Dos%20delitos%20e%20das%20penas.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto; PRADO, Luiz Régis. Princípios fundamentais do Direito Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 4, n. 15, jul.-set. 1996, p. 81-88.

BRASIL. Constituição (1824) **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm)>. Acesso em: 27 mai. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal 1988. Disponível em: <<https://www.senado.leg.br/atividade/const/constituicao-federal.asp>>. Acesso em: 27 mai. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 12.830/2013. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm)>. Acesso em: 27 mai. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 27 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-Corpus n. 141.440 AgR. Impetrante: Defensor Público-Geral Federal. Co-ator: Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 14 de agosto de 2018. **Diário da Justiça**, Brasília, 7 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749101581>>. Acesso em: 27 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-Corpus n. 84.412. Impetrante: Luiz Manoel Gomes Junior. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 19 de outubro de 2004. **Diário da Justiça**, Brasília, 19 de novembro de 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79595>>. Acesso em: 27 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas-Corpus n. 66.869. Impetrante: Walter Borges Carneiro. Coator: Tribunal de alçada do Estado do Paraná. Rel. Min. Aldir Passarinho. Brasília, 6 de dezembro de 1988. **Diário da Justiça**, Brasília, 28 de abril de 1989. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102215>>. Acesso em: 27 mai. 2020.

BRASIL. Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841. Reformando o Código do Processo Criminal. **Coleção das leis do Império do Brasil**, Rio de Janeiro, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, vol. 1, parte geral. *E-book*. São Paulo: Saraiva Jur, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547229566/>>. Acesso em: 27 mai. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, vol. 4: legislação penal especial. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COUTRIM LIMA FILHO, Eujecio. **Polícia Judiciária e medidas restritivas de liberdades fundamentais.** Disponível em:

<<https://canalcienciascriminais.com.br/policia-judiciaria-e-medidas-restritivas-de-liberdades-fundamentais/amp/>>. Acesso em: 28 mai. 2020.

FLORENZANO, Fernando. O princípio da insignificância no direito penal brasileiro. In **Revista Direito em movimento**, v. 16, Rio de Janeiro, 2018.

GOMES, Luiz Flávio Gomes; SCLIAR, Fábio. **Investigação preliminar, polícia judiciária e autonomia.** Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 27 mai. 2020.

GOMES, Luiz Flavio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade.** 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GONZÁLES, Sônia; SESTI, Beatriz C. Goularte. **Cronologia histórica da polícia civil no Rio Grande do Sul.** Porto Alegre: Polost, 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal:** parte geral, v. 1. 17ª ed. Niterói: Impetus, 2015.

HOLLOWAY, Thomas H. **Polícia no Rio de Janeiro:** repressão e resistência numa cidade do século XIX. Trad. Francisco de Castro Azevedo. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 1997.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal.** 2ª ed, ampliada e atual. São Paulo: Saraiva, 1980.

KHALED JR., Salah H.; ROSA, Alexandre Morais da. Delegados relevantes e lesões insignificantes: a legitimidade do reconhecimento da falta de tipicidade material pela autoridade policial. **Justificando.** Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2014/11/25/delegados-relevantes-e-lesoes-insignificantes-legitimidade-reconhecimento-da-falta-de-tipicidade-material-pela-autoridade-policia/>>. Acesso em: 26.mai.2020.

MACEDO GONÇALVES, Róbson José de. **A Polícia do Senado Federal.** Curso de Especialização em Direito Legislativo. Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS e Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS, Brasília, 2005.306f.

MACEDO, Roberto. **Paulo Fernandes Viana:** administração do primeiro Intendente Geral da Polícia. Rio de Janeiro: Serviço de Documentação do Departamento Administrativo do Serviço Público, 1956.

MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da Insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**. Parte Geral, vol. 1 (Arts. 1ª a 120). *E-book*. São Paulo: Forense, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986292/>>. Acesso em: 27 mai. 2020.

MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte geral (arts. 1º a 120), vol. 1. São Paulo, 2012.

MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**: parte especial. Buenos Aires: Depalma, 1950.

MEDAUAR, Odete. Poder de polícia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 199, p. 89-96, jan. 1995. ISSN 2238-5177. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46490>>. Acesso em: 27 mai. 2020.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito municipal brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**, parte geral. 24ª ed. São Paulo: Atlas. 2007.

MONTEIRO DE BARROS, Flávio Augusto. **Direito Penal**: Parte Geral. Vol. 1. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOSSIM, Antonio Heráclito. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**, vol. 1 Parte Geral. Arts. 1ª a 120 do Código Penal. *E-book*. 3ª Ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br>>. Acesso em: 27 mai. 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, vol. 2**, parte especial. 16ª ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi (Coord). **Manual de Polícia Judiciária**, 2000.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal**: Introdução Crítica. São Paulo: Saraiva, 2001.

RANGEL, Paulo. **Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público**: Visão Crítica. 3ª ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as reformas processuais penais e a Lei 11.900/2009; Videoconferência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RIBEIRO LOPES, Mauricio Antonio. **Princípio da insignificância no Direito Penal: análise à luz das Leis 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais), 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) e da jurisprudência atual**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROXIN, Claus. **"Sentido e limites da pena estatal"**. Problemas fundamentais de direito penal. 3ª ed. Vega: Lisboa, 1986.

SÃO PAULO. **Constituição do Estado de São Paulo**. São Paulo: Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. 5 de outubro de 1989. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constituicao/1989/compilacao-constituicao-0-05.10.1989.html>>. Acesso em: 28 mai. 2020.

SÃO PAULO. Delegacia Geral de Polícia. Portaria n. 18/1998, de 25 de novembro de 1998. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**. Delegado Geral de Polícia. São Paulo. 27 de novembro de 1998. Seção 1. Disponível em: <[https://www.imprensaoficial.com.br/DO/BuscaDO2001Documento 11 4.aspx?link=/1998/executivo%2520secao%2520i/novembro/27/pag\\_0003\\_767ALR6CMDFKAE6PJQKLRQ5F5U.pdf&pagina=3&data=27/11/1998&caderno=Executivo+I&paginaordenacao=10003](https://www.imprensaoficial.com.br/DO/BuscaDO2001Documento%2011%204.aspx?link=/1998/executivo%2520secao%2520i/novembro/27/pag_0003_767ALR6CMDFKAE6PJQKLRQ5F5U.pdf&pagina=3&data=27/11/1998&caderno=Executivo+I&paginaordenacao=10003)>. Acesso em: 28 mai. 2020.

TÁCITO, Caio. O poder de polícia e seus limites. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 27, p. 1-11, jan. 1952. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12238>>. Acesso em: 27 mai. 2020.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Teoria Geral do Direito Policial**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

NOTAS:

[1] Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário UNINOVAFAPÍ

## DESJUDICIALIZAÇÃO DAS DESAPROPRIAÇÕES

### LEON DELÁCIO DE OLIVEIRA E SILVA:

Procurador do Município de João Pessoa/PB, Procurador Chefe da Procuradoria Patrimonial de João Pessoa, Graduado pela Universidade Católica de Pernambuco (2010), Pós-graduado em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Damásio de Jesus SP (2013), Ex-Procurador do Município de Petrolina/PE (2012/2013) Membro do Conselho Fiscal da Associação Nacional dos Procuradores Municipais (ANPM), Vice-Presidente da Associação dos Procuradores do Município de João Pessoa (APJP), Aluno Especial da Disciplina Arranjos Institucionais e Projetos do Mestrado em Desenvolvimento Urbano (MDU/UFPE) (2014).

CAIO FELIPE CAMINHA DE ALBUQUERQUE<sup>[1]</sup>

TALDEN FARIAS<sup>[2]</sup>

**RESUMO:** O presente artigo foi criado a partir da constatação de que pouquíssimos casos de desapropriações são solucionados na via administrativa, ensejando o abarrotamento do judiciário e a consequente majoração do custo final desses procedimentos. A recente Lei 13.867/19, seguindo a linha de outras legislações, alterou o Decreto-Lei 3.365/41 para incentivar a realização de acordos nas desapropriações na via administrativa, por meio da padronização de procedimentos e permitindo a utilização da mediação e arbitragem. Assim, urge a necessidade de que Administração Pública, através de suas Procuradorias, possam criar e regulamentar as Câmaras de Conciliação e Mediação, com parâmetros legais e objetivos, buscando facilitar a solução das desapropriações, na via extrajudicial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Desapropriação. Desjudicialização. Lei 13.867/19.

### 1. INTRODUÇÃO

É cediço que o Poder Público poderá expropriar bens privados (ou mesmo públicos) com fulcro no princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado, desde que respeitando a justa e prévia indenização em dinheiro (CF/88, art.



5º, XXIV). Cuida-se, evidentemente, de uma modalidade extremamente gravosa de intervenção do Estado na propriedade privada. Essa forma de aquisição originária da propriedade independe da concordância do proprietário e é fundamental para permitir que a Administração Pública exerça o seu mister, garantindo a execução de projetos e de políticas públicas.

A desapropriação pode ser realizada pela via administrativa ou judicial. Todavia, na prática são pouquíssimos os casos solucionados na via administrativa, em virtude da grande diferença de preço entre o valor ofertado pelo expropriante e o desejo do expropriado. Constata-se, na prática, a ineficácia da via administrativa, o abarrotamento do Judiciário com o incentivo à cultura do litígio e o sentimento de injustiça de ambas as partes, sobretudo pela demora da prestação jurisdicional e pelo pagamento através de precatórios.

A partir das alterações promovidas na legislação e em virtude da preocupação do real do custo das desapropriações ao final dos processos judiciais, devem as várias esferas da Administração Pública estimular a criação e regulamentação das Câmaras de Conciliação e Mediação, com parâmetros legais e objetivos, bem como incentivassem a utilização da via arbitral, para solucionar grande partes das desapropriações, na via extrajudicial.

## **2. DESENVOLVIMENTO**

Casos concretos demonstram que uma desapropriação chega a custar, ao final, na via judicial, mais de 10 vezes o valor inicialmente estimado. Ou seja, esse cálculo poderia, inclusive, até mesmo comprometer a execução da própria obra pública em questão, tendo em vista que, por mais que se tenha interesse coletivo, o seu custo passaria a ser tão alto que a inviabilizaria. Por outro lado, para um planejamento fiscal adequado e efetivo, faz-se necessário saber o custo real da obra até a finalização do seu pagamento.

Na prática são pouquíssimos os casos solucionados na via administrativa, em virtude da grande diferença de preço entre o valor ofertado pelo expropriante e o desejo do expropriado. Os laudos oficiais, que levam em consideração diversos parâmetros (estudos geológicos, restrições ambientais, benfeitorias, infraestrutura urbanística etc), muitas vezes contradizem os próprios valores de tributos que têm bases de cálculo relacionadas ao valor do bem (IPTU e ITBI, por exemplo), o que acaba dificultando a realização de acordos na via extrajudicial.

Não se pretende, é claro, questionar a importância do instituto da desapropriação, nem se criticar os laudos oficiais, até porque essa seria uma discussão técnica e o enfoque do texto é jurídico. O que se traz para reflexão é que,

na via administrativa, os valores, em regra, são bem inferiores aos praticados no mercado, o que dificultada sobremaneira a composição extrajudicial. E, pior, na via judicial, os valores finais nas ações de desapropriação são extremamente desvantajosos para o Poder Público, pois, além do valor original da condenação incide normalmente correção monetária, juros de mora, juros compensatórios e honorários advocatícios.

Há que se destacar também o agravamento do orçamento público, uma vez que os valores pagos ao final são extremamente superiores ao valor original (isso considerando o valor estabelecido em sentença, com base no laudo do perito oficial, somado à correção monetária, juros de mora, juros compensatórios e honorários advocatícios). Ao se falar de déficit nas contas públicas a mídia se volta apenas para o custeio de pessoal, quando, na verdade, situações como essa geram um impacto financeiro negativo enorme.

A Administração Pública acaba produzindo uma “bolha orçamentária”, que deixará grandes dificuldades para o seu adimplemento futuro, pois existe a ideia equivocada, amparada pela legislação, de que é fácil conseguir a liminar de imissão na posse, iniciar as obras e depois “deixar para o próximo gestor pagar a conta”. Mas essa conta pertence todos! Essa cultura de empurrar o problema para a frente tem consequências desastrosas para o erário, comprometendo o orçamento além do necessário, pois são situações que poderiam e deveriam ser resolvidas na via administrativa, sem deixar tal passivo financeiro. Há que se mudar essa cultura.

Em vista disso, cabe ao Poder Público incentivar a realização de acordos, na via extrajudicial, das desapropriações, porque assim ele saberá o custo real da sua obra e o proprietário receberá sua indenização, além de justa, em tempo razoável. Nesse sentido, mostra-se louvável o advento da Lei 13.867/19, que alterou o Decreto-Lei 3.365/41, o qual dispõe sobre as desapropriações por utilidade pública, buscando incentivar a realização de acordos na via administrativa, por meio da padronização de procedimentos e permitindo a utilização da mediação e arbitragem.

Impende dizer que a resolução negociada de conflitos é uma máxima do Novo Código de Processo Civil (art. 3º), dizendo respeito também à atuação extrajudicial do Ministério Público e da Defensoria Pública, que têm feito uso do TAC - (art. 5º, § 6º, Lei 7.347/85) e de outras soluções consensuais. É tendência que, obviamente, envolve também o Poder Executivo, cabendo destacar que instrumentos de substituição de conflitos se fazem presentes também nas seguintes normas: Decreto-lei 4.657/42 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, após as modificações trazidas pela Lei 13.655/2018), Lei 12.529/2011 (Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), na Lei 6.385/1976 (Lei do Mercado e da

Comissão de Valores Mobiliários), Lei 9.605/98 (Lei dos Crimes e das Infrações Administrativas Ambientais) e nas Leis 9.656/1998 e 9.961/2000 (Lei dos Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde e Lei da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS). É evidente que o instituto da desapropriação, pela sua relevância jurídica e política, não poderia fugir dessa ideia de conciliação no Direito Administrativo.

Inicialmente, cabe registrar que apesar de a redação do art. 10-A do Decreto-Lei 3.365/41 (acrescentado pela citada lei) afirmar que “deverá” haver a notificação, isso não deve ser entendido como uma obrigação da Fazenda Pública, pois o art. 5º, XXXV, da CF/88 consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que é plenamente aplicável à Fazenda Pública, e, também, poderá haver situações emergenciais, que ensejem a necessidade da via judicial, para imissão célere na posse. Todavia, mesmo entendendo a não obrigatoriedade, por razões de economia e responsabilidade fiscal, cabe à Administração Pública incentivar, ao máximo, a tentativa de acordo na via administrativa, inclusive utilizando os mecanismos da conciliação, mediação e arbitragem.

O art. 10-A regulamenta a utilização da via administrativa na fase executória da desapropriação, algo que é muito útil para padronizar esse procedimento. De acordo com o caput do dispositivo, o Poder Público “deverá” notificar o proprietário e apresentar-lhe oferta de indenização, o que abre a fase administrativa do procedimento expropriatório. Uma vez notificado, o proprietário do bem expropriado terá o prazo de 15 dias para aceitar ou rejeitar a oferta, sendo presumida a rejeição em caso de silêncio, nos termos do art. 10-A, §1º, IV. Caso a proposta seja aceita, será realizado o pagamento e o acordo poderá ser utilizado para a transcrição no registro de imóveis, pondo fim ao procedimento expropriatório (art. 10-A, §2º, do Decreto-Lei 3.365/41). Por outro lado, na hipótese de rejeição, restará ao Poder Público a possibilidade de utilização do procedimento judicial de desapropriação (art. 10-A, §3º, do Decreto-Lei 3.365/41).

Outra inovação de grande relevância trazida pela Lei 13.867/19 é a possibilidade de opção pela mediação ou pela via arbitral para a definição dos valores de indenização, que decorre da inclusão do art. 10-B ao Decreto-Lei 3.365/41. Isso ocorrerá quando o proprietário do bem expropriado, dentro do prazo de 15 dias de que dispõe para aceitar ou rejeitar a oferta extrajudicial de indenização (art. 10-A, §1º, IV, do Decreto-Lei nº 3.365/41), não concorda com o valor ofertado, mas também não pretende rejeitar a via extrajudicial para solucionar a questão.

Feita a opção pela mediação ou pela arbitragem, o particular indicará um dos órgãos ou instituições especializados habilitados para tanto e previamente

cadastrados pelo órgão responsável pela desapropriação, conforme prevê o caput do art. 10-B do Decreto-Lei 3.365/41. Também poderá ser eleita câmara de mediação criada pelo Poder Público, nos termos do art. 32 da Lei 13.140/2015, a qual dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. A arbitragem é uma forma extrajudicial de solução dos conflitos, regida pela Lei 9.307/96. Por meio desse procedimento, as partes elegem um terceiro imparcial, que não integra o Poder Judiciário, para solucionar a controvérsia substituindo a vontade dos litigantes.

O objeto da arbitragem deve abarcar direitos patrimoniais disponíveis e esse instrumento deve ser utilizado por pessoas capazes, nos termos do art. 1º da Lei 9.307/96. Com as alterações promovidas pela Lei 13.129/15, a Lei 9.307/96 passou a permitir expressamente a utilização da arbitragem também pela Administração Pública Direta e Indireta para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Antes mesmo do advento da Lei 13.129/15, parte da doutrina já entendia ser cabível a arbitragem envolvendo a Fazenda Pública. Inclusive, o art. 23-A da Lei 8.987/95 (Lei de Concessões e Permissões) aponta a arbitragem como método de resolução de disputas relativas ao contrato de concessão de serviço público. Conforme leciona José dos Santos Carvalho Filho<sup>[3]</sup> (2017, p. 558), os direitos da Administração Pública que podem ser objeto da arbitragem são aqueles em que seja predominante o aspecto da patrimonialidade e passíveis de disponibilização, de modo que ficam excluídos os direitos sociais, inclusive os metaindividuais, sobre os quais prepondera o interesse público.

A arbitragem utilizada pelos particulares pode ser de direito ou de equidade, nos termos do art. 2º da Lei 9.307/96. Entretanto, a arbitragem que envolva a Administração Pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. Portanto, a equidade não pode servir de fundamento para a resolução arbitral dos conflitos envolvendo os entes públicos. Isso decorre do princípio da legalidade ao qual se submete da Administração Pública (CF/88, art. 37, caput). Ademais, de acordo com o art. 1º, §2º, da Lei nº 9.307/96, a autoridade ou o órgão competente da Administração Pública Direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.

A mediação é regida pela Lei 13.140/2015, cujo art. 1º, parágrafo único, a define como “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”. O art. 165, §3º, do CPC também trata da mediação e afirma que o mediador atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes e auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam,

pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Dessa forma, a mediação é um método alternativo de solução dos conflitos que atua por meio do incentivo à autocomposição. Não há, nesse caso, uma substituição das vontades das partes pelo terceiro imparcial. As partes é que devem querer solucionar o conflito. Esse procedimento pode ter como objeto o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação, podendo abranger todo o conflito ou apenas parte dele (art. 3º da Lei 13.140/2015). Vale ressaltar que, caso o consenso entre as partes da mediação envolva direitos indisponíveis, mas transigíveis, deverá ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público (art. 3º, §1º, da Lei 13.140/15).

A Lei 13.140/15 é aplicável à mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e à autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, nos termos do seu art. 1º. A autocomposição no âmbito da administração pública está prevista nos arts.32 a 40 da Lei 13.140/15 e é feita por meio de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos criadas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver. Caso elas não existam, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação aplicável aos particulares e previsto na Subseção I da Seção III do Capítulo I da Lei 13.140/15.

As câmaras terão competência para: I- dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; II- avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; e III- promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta. Também estão compreendidas nessa competência a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares. É importante ressaltar que a submissão de um conflito às câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado. Além disso, o art. 33, parágrafo único, da Lei 13.140/15 prevê que a Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos.

Cabe ressaltar que a composição extrajudicial do conflito não afasta a apuração de responsabilidade do agente público que deu causa à dívida, sempre que se verificar que sua ação ou omissão constitui, em tese, infração disciplinar. Ademais,



nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

Há alguns exemplos exitosos de experiências desse tipo, como, por exemplo, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (criada pelo Ato Regimental AGU 5, de 27/07) e a Central de Conciliação do Município de Porto Alegre/RS (Lei Municipal 12.003/16). É o caso de ampliarmos essas experiências para as demais Administrações Públicas e, incentivar, ao máximo, a conciliação, mediação e arbitragem nos processos de desapropriação, por razões de economia, responsabilidade fiscal e justiça.

### **3. CONCLUSÃO**

As várias esferas da Administração Pública devem estimular a criação e regulamentação das Câmaras de Conciliação e Mediação, com parâmetros legais e objetivos, bem como incentivassem a utilização da via arbitral, para solucionar grande partes das desapropriações.

É recomendável a criação de centrais de conciliação no âmbito da Administração Pública, por meio das suas Procuradorias, com procuradores e assessores dedicados unicamente a isso, a fim de construir a expertise necessária, com o correspondente investimento em capacitação de servidores e em mudança de mentalidade. A desjudicialização da desapropriação vai contribuir para a promoção da justiça no caso concreto, haja vista a maior celeridade, economicidade e informalidade, ajudando a diminuir os problemas orçamentários do país e a desafogar o Poder Judiciário e a própria Administração Pública.

### **4. REFERÊNCIAS**

BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 3.365, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Brasília, DF: 2020.

BRASIL. Decreto-Lei 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: 2020.



BRASIL. Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõem sobre a arbitragem.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

BRASIL. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo – 31. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2017.

#### NOTAS:

[1] Advogado, Procurador do Município de João Pessoa/PB e Professor Universitário. Autor de várias publicações na área de Direito Administrativo.

[2] Advogado e Professor da UFPB e da UFPE. Doutor em Direito da Cidade pela UERJ. Autor de “Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos” (7. ed. Fórum, 2019) e de várias outras publicações nas áreas de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico.

[3] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 558.

## **A AMPLIAÇÃO DA LEGÍTIMA DEFESA E A LETALIDADE POLICIAL APÓS A LEI Nº 13.964/2019**

**BRUNO LENNON ARAÚJO DE OLIVEIRA:**

Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

**ÊNIO WALCÁCER DE OLIVEIRA FILHO<sup>14</sup>**

(orientador)

**Resumo:** O presente artigo têm em seu escopo a finalidade de realizar uma discussão acerca da ampliação da legítima defesa e a letalidade policial após a promulgação da Lei nº 13.964/2019. Nesse sentido, entende-se conforme o Art. 23, inciso II, e o Art. 25 do Código Penal Brasileiro, que a Legítima Defesa se encontra pautada como a excludente de liberdade, em outras narrativas pode ser definida como a exceção em que o cidadão não é qualificado como o responsável por um ato praticado. Diante deste buscou-se por meio de revisão de literatura discorrer sobre esta temática fazendo um aporte da historicidade até a nova legitimação do ano de 2019. O problema buscou respostas para a pergunta: Quais as eventuais alterações na atuação da polícia em face à ampliação das causas de legítima defesa do art. 25 do código penal correlacionada com a previsão do art. 14-A do Código de Processo Penal, bem como o art. 310, §1º do CPP? Sendo que o objetivo geral consistiu em analisar as mudanças trazidas pela criação da nova excludente somada à alteração processual que consolida uma maior liberdade de atuação da polícia em ações violentas letais. A metodologia fez uma revisão acerca das bibliografias sobre o objeto através de livros, artigos, dissertações, legislações por intermédio de uma abordagem qualitativa. Conclui-se que toda legislação precisa ser analisada e propagada para conhecimento da sociedade, principalmente quando se envolve profissionais que atuam em defesa dos cidadãos que são os policiais.

**Palavras-chave:** Legítima Defesa. Crimes. Letalidade Policial.

---

<sup>14</sup> Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, Especialista em Ciências Criminais e em Direito e Processo Administrativo, Graduado em Direito e em Comunicação Social com ênfase em Jornalismo, todos os cursos pela Universidade Federal do Tocantins – UFT. Delegado de Polícia Civil do Tocantins, autor e organizador de obras jurídicas.

**Abstract:** The purpose of this article is to discuss the expansion of legitimate defense and police lethality after the enactment of Law No. 13,964 / 2019. In this sense, it is understood according to Art. 23, item II, and Art. 25 of the Brazilian Penal Code, that Self-Defense is ruled as the exclusion of freedom, in other narratives it can be defined as the exception in which the citizen is not qualified as responsible for an act performed. In view of this, it was sought, through a literature review, to discuss this theme, making a contribution of historicity until the new legitimation of the year 2019. The problem sought answers to the question: What are the possible changes in the performance of the police in view of the expansion of causes of legitimate defense of art. 25 of the penal code correlated with the provision of art. 14-A of the Criminal Procedure Code, as well as art. 310, § 1 of the CPP? Since the general objective was to analyze the changes brought about by the creation of the new exclusionary system plus the procedural change that consolidates greater freedom for the police to act in lethal violent actions. The methodology made a review about the bibliographies on the object through books, articles, dissertations, legislation through a qualitative approach. It is concluded that all legislation needs to be analyzed and propagated for the knowledge of society, especially when involving professionals who act in defense of citizens who are the police.

**Keywords:** Self Defense. Crimes. Police lethality.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 A LEGÍTIMA DEFESA E O SISTEMA CLÁSSICO DE INVESTIGAÇÃO DE HOMICÍDIO PRATICADO POR POLICIAIS NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES. 3 A NOVA SISTEMÁTICA DA LEGÍTIMA DEFESA, DA INVESTIGAÇÃO DE FATOS E DA AUTUAÇÃO EM FLAGRANTE NO CASO DE HOMICÍDIO EM DECORRÊNCIA DE ATUAÇÃO POLICIAL. 4 OS NÚMEROS NO BRASIL: A LETALIDADE POLICIAL NO SISTEMA TRADICIONAL. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

## 1 INTRODUÇÃO

O artigo consiste em um levantamento bibliográfico referente a possibilidade de ampliação da Legítima Defesa e a Letalidade Policial após a Lei nº 13.964/2019, que ampliou a possibilidade de excludentes de ilicitude na atuação policial em que se presume o perigo ou risco.

Enfatiza-se que, em face a essa possibilidade, entende-se que o instituto processual em si mesmo não é um legitimador de violações, mas vem a possibilitar, se não controlado, que seja desnaturado de sua real natureza.

A legítima defesa, classicamente estabelecida, busca a possibilidade de atuação da pessoa em situações limites em que o Estado não tem condições de agir,

por sua iminência ou atualidade de agressão ao bem jurídico de outrem, possibilitando uma espécie de autotutela de defesa. Neste sentido, a legítima defesa é uma causa de excludente de antijuridicidade, ou seja, uma causa que, se presente, torna uma ação prevista em um tipo penal incriminador em justa, legal, excluindo assim a sua ilicitude, tornando o ato justo.

Sendo o segundo elemento do delito, seja na teoria tripartide ou bipartide do delito, consistindo no uso moderado e proporcional de meios para repelir agressão injusta atual ou iminente.

Buscou-se como problema da pesquisa respostas para a pergunta: Quais as eventuais alterações na atuação da polícia em face à ampliação das causas de legítima defesa do art. 25 do código penal correlacionada com a previsão do art. 14-A do Código de Processo Penal, bem como o art. 310, §1º do CPP?

O nosso objetivo geral foi analisar as mudanças trazidas pela criação da nova excludente somada à alteração processual que consolida uma maior liberdade de atuação da polícia em ações violentas letais. Por sua vez, os objetivos específicos foram: Identificar o alcance do art. 25 do parágrafo único do CP; evidenciar a correlação do disposto com art. 14-A do CPP; verificar as implicações inclusive em situações de flagrante do art. 311, §1º do CPP.

Lançamos mão do estudo bibliográfico, buscando doutrinas de direito penal e artigos mais recentes que abordam a alteração legislativa e suas implicações práticas.

Partimos dos pressupostos que foi criado um sistema de artigos que permite uma maior atuação letal de policiais em ações, o que redundará em um aumento dos homicídios decorrentes de ação policial, que pode aumentar a letalidade da polícia no Brasil.

## **2 A LEGÍTIMA DEFESA E O SISTEMA CLÁSSICO DE INVESTIGAÇÃO DE HOMICÍDIO PRATICADO POR POLICIAIS NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES**

A legítima defesa encontra-se pontuada no ordenamento jurídico brasileiro como uma legitimação excepcionalizada com fins específicos para a defesa dos bens protegidos no que tange aos aspectos de proteção a vida, a integridade individual ou de terceiros de forma penalmente.

Para Teixeira (2014, p. 9), a Legítima defesa é conceituada como sendo:

uma excludente de ilicitude prevista no artigo 23 inciso II do Código Penal, que em regra garante ao agente que repeliu uma agressão injusta atual ou iminente o direito de não ser penalizado, haja vista haver a exclusão do ilícito penal.

Nucci (2012, p.172), discorre que na legítima defesa há um conflito entre o titular de um bem ou interesse juridicamente protegido e um agressor, agindo ilicitamente, ou seja, trata-se de um confronto entre o justo e o injusto.

O que se verifica é que a legítima defesa é uma causa excludentes da ilicitude de um fato que se adequa a um tipo penal incriminador, fazendo com que fato aparentemente criminoso seja justo.

Prado (2008, p. 65), menciona que existem várias teorias que buscam justificar e explicar a legítima defesa, dentre elas:

Existe a teoria da ação culpável e impune (Kant), oriunda do Direito Canônico. Por ela não se poderia aprovar a morte de um ser humano, somente declará-la impune. Teoria da retribuição, no qual estabelece que a defesa particular é injusta, pois o direito de punir pertence exclusivamente ao Estado. Teoria do Direito subjetivo público (Binding, Massau), no qual considera a legítima defesa como direito público, e a reação individual de uma agressão injusta têm cunho de justiça.

Verifica-se que várias teorias foram utilizadas para tentar consubstanciar algo que parece ser um direito natural, inerente à própria relação a vida em sociedade do homem, qual seja, o de se defender de um ataque injusto, algo que não pode ser defendido sempre pelo Estado. Como dito acima, a reação a uma injustiça por si só a torna justa.

Dessa forma Greco (2017, p. 48), menciona que o Código de Hamurabi trazia previsões próximas à legítima defesa, narrando que:

o direito de defesa, inclusive da honra, sendo o praticante do crime suscetível à pena de morte e a repressão de seus atos calculada pela ação primária praticada pelo mesmo, ou seja, sua punição era aplicada utilizando a mesma medida de sua ação danosa.

Ressalta-se que desta lei, derivou-se o princípio de talião, que ficou conhecido empiricamente como "Olho por olho, dente por dente".

A Lei de Talião pode ser considerada um avanço em virtude do momento em que foi editada. Isso porque, mesmo que de forma incipiente, já trazia em si uma noção, ainda que superficial, do conceito de proporcionalidade. O “olho por olho” e o “dente por dente” traduziam um conceito de Justiça, embora ainda atrelada à vingança privada”. (GRECO, 2017, p. 48).

Israel constituiu a primeira legislação atinente a legítima defesa, colocando como práxis a violação de uma norma existente desde que a vítima fosse obrigada a executar certa conduta para salvaguardar sua vida diante de uma ameaça de morte.

Por sua vez, a Lei de Moisés estipulava uma distinção entre uma situação ocorrida por turnos: “Se o ladrão, surpreendido de noite em flagrante delito de arrombamento, foi ferido de morte, não haverá homicídio, mas se o sol já se estiver levantado, haverá homicídio”. (ÊXODO, cap. 22, versículos 2 e 3).

Em termos de historicidade pode-se enfatizar a legítima defesa vem desde a antiguidade, tendo como percussores os romanos, senão vejamos:

Os jurisconsultos romanos afirmavam que, para um direito torna-se efetivo, fazia-se necessária a existência da sociedade humana, no sentido de imprimir caráter jurídico e obediência a essa necessidade. O certo é que a legítima defesa estava presente em quase todas as legislações antigas no direito romano, germânico e canônico, embora nesta época fazia-se menção a esse instituto sem uma denominação própria, porém foi se moldando de forma paulatina até chegar ao estágio de sua evolução. (ASSIS, 2003, p. 16).

Nesta época, a manifestação da legítima defesa encontrava-se expressa nos primeiros documentos influenciados do direito romano, inclusive nas XII Tábuas e no Digesto, na qual estipulava que se algum ladrão atacasse no período noturno, poderiam ser mortos conforme a doutrina dos jurisconsultos romanos, que dava lugar a legítima defesa como uma ação praticada contra a proibição de quem tinha o direito de opor-se a ela.

Para Assis (2003, p. 17), a sua manifestação estava atrelada a uma forma incipiente de fazer justiça, em muitos momentos ocorria como repressão pelo processo de vingança como enfatizado no direito germânico:



Desse modo, se um homem matava outro e depois era assassinado, no mesmo lugar e na mesma hora, aquele que o matou deveria permanecer no local do crime, para que um assassinato fosse vingado por outro: homem por homem. Da mesma forma, se um homem matava outro e, sobrevivendo o herdeiro do morto, feria o assassino, ficando promovida a retribuição.

Frisa-se que nas leis anglo-saxônicas a morte do agressor era determinada como legítima defesa. Porém, essa ação não decorreria de uma concepção regulamentada no direito, mas de um ato de vingança de ordem particular.

A conceituação de legítima defesa evidenciava-se como uma tímida interpretação cristã, na qual o exercício estava interligado a caridade para com o próximo, no sentido de perdoar a morte do agressor, os seus bens e a sua honra.

O cristianismo não assegurou o direito para os agredidos, e tentou apagar o espírito que o instituto continha e iniciou a reprodução de "quem esbofeteasse uma face não precisava responder de outro modo senão apresentando a outra, em vez de opor-se as armas ao agressor, era louvável poupar-se dissabores com a fuga". (ASSIS, 2003, p. 18).

Destaca-se que o direito grego foi o primeiro a atribuir a injusta provocação em seu ordenamento, mesmo não tendo a legítima defesa incluída de forma clara em suas leis.

Esse ordenamento era formado por um tribunal ateniense o qual era composto por nobres que julgavam as causas criminais da época, para eles era lícita a utilização da violência para repressão contra aqueles que tentassem roubar e previa-se também honra e de terceiros, desde que a vítima de agressão não tenha provocado o agressor. (FÉLIX, 2019, p. 12).

Para tanto, é possível observar, com essa digressão histórica, que a legítima defesa inicialmente era um tipo de vingança privada autorizada pelo Estado, e gradualmente foi tangenciando-se para o que atualmente o é, uma forma de repelir um ato injusto, em situações limites em que o Estado não pode estar presente na defesa do ofendido.

No Brasil este norteammento da legítima defesa aparece no período colonial, no direito herdado de Portugal, antes de termos uma legislação nacional, com as

Ordenações Filipinas. Neste texto jurídico o sistema jurídico refletia a vontade do rei de Portugal, Filipe I, mostrando a mistura do público e do privado na construção das leis na época.

Félix (2019, p. 13), menciona que no quinto livro, no título XXXV, tratava da legítima defesa:

o código definia a possibilidade de excludente de ilicitude em casos de homicídios que fossem causados por defesa legítima da vida, pontuando que ele não seria punível, salvo quando ocorra excesso, e esse sim seria punido na medida das atitudes tomadas.

Em 1830 surgiu a primeira legislação penal genuinamente brasileira, o Código Criminal do Império, que tinha como previsão legal, no capítulo II, mediante o título “dos crimes justificáveis”, a legítima defesa. No texto legal era previsto que “...o agente repellido cometeria algum mal e que a forma adotada para repressão era o único método para evitar a ação ou o de menos prejuízo ao infrator. (BRASIL, 1830).

Com a proclamação da República no Brasil um novo código criminal foi promulgado, desta vez pelo decreto de nº 847, sendo denominado como o Código Criminal de 1890, no qual frisou especificamente os artigos 32 e 34:

Art. 32 - previa que não seriam considerados criminosos os que praticassem crimes para evitar mal maior para a defesa própria ou de outrem além de estender essa condição a todos os direitos que poderiam ser lesados.

Art. 34 - estabelecia que o crime fosse entendido como legítima defesa era necessária a agressão atual, impossibilidade de prevenir ou obstar a ação, ou de invocar ou receber socorro da autoridade policial, além do emprego dos meios adequados e proporcionais para evitar o mal e da ausência de provocação que ocasionasse a agressão; (BRASIL, 1890).

Após quase um século eis que é promulgado então o código de 1940, colocando a legítima defesa dentre outras formas excludentes de ilicitude. O código descrevia a legítima defesa em seu artigo 25: “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. (BRASIL, 1940).

Seguidamente, no ano de 1969, no período militar no país, promulgou-se o decreto-lei nº 1004, que regulou o excesso para todas as formas de excludentes de ilicitude, previstos no artigo 30.

Art. 30 - estabelecia previsão sobre o excesso culposo em seu caput, e em seus parágrafos a previsão de excludente escusável e doloso, sendo considerados causa de diminuição de pena no cometimento de excessos, sendo eles oriundos do medo, surpresa ou perturbação de ânimo por agressão sofrida. (BRASIL, 1969).

Com a legitimação da Lei nº 7.209 em 11 de julho de 1984, houve alteração na legislação penal brasileira, porém se previu o excesso doloso e culposo para os excludentes de ilicitude em todos os casos que nele fosse considerado.

Dessa forma, foi com o código penal que se alcançou a nova redação nos artigos 23 e 25 respectivamente instituídos:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.

Art. 25 – Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. (BRASIL, 1984).

Atualmente, o sistema processual penal, em suas diversas legislações, sofreu profundas modificações com a Lei 13.964/2019, o Pacote Anticrime. A respectiva lei traz Modificações que afetam diretamente a atuação dos agentes de segurança pública em suas funções. Para Lessa (2019, p. 01):

Dentre as inúmeras alterações trazidas pela Lei Federal nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 uma, em particular, repercutirá na atividade operacional das polícias, haja vista

envolver ação perpetrada por agente de segurança pública durante eventos de preservação da vida. Trata-se do reconhecimento do instituto por nós chamado de "legítima defesa protetiva", que abrangerá não apenas injusta agressão, mas sim, e, o risco a ela.

O autor enfatiza que segundo o atual art. 25 do Código Penal:

Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual (acontecendo) ou iminente (prestes a acontecer), a direito seu ou de outrem. Agora, graças ao parágrafo único acrescido ao tipo em questão, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes. (LESSA, 2019).

Na perspectiva do autor, num cenário real o agente de segurança pública está agora licenciado a repelir não apenas a iminência ou a atualidade da agressão injusta, mas, também, o risco a ela. E para tanto ele deve focar no perigo, que é o causador do risco.

Sendo assim, tudo continua igual na investigação, visto que são considerados crimes comuns mesmo no caso de homicídios praticados por policiais, sejam eles militares ou não, investigados pelas policiais civil ou federal, e doravante julgados pelo Tribunal do Júri.

### **3 A NOVA SISTEMÁTICA DA LEGÍTIMA DEFESA, DA INVESTIGAÇÃO DE FATOS E DA AUTUAÇÃO EM FLAGRANTE NO CASO DE HOMICÍDIO EM DECORRÊNCIA DE ATUAÇÃO POLICIAL**

Toda materialidade criminal para ser comprovada é verificada mediante uma investigação para apurar elementos de qualquer ato causado referente a um campo criminal que doravante necessite de alguma penalidade pelo ordenamento jurídico.

Assim, neste processo existe a regulação legitimada no Código Penal pelo escopo de legítima defesa no qual encontra-se discorrido a modalidade de exclusão de ilicitude na qual preconiza se tal crime foi praticado como auto defesa e proteção da vida pode ser retirada a culpabilidade por força da lei. (BALDAN, 2007, p. 69).

Neste sentido, para que exista um delito, independentemente de quem o cometa, é necessária a formação de todos os seus elementos, ou seja: que o fato seja

típico, ilícito e culpável. A legítima defesa, neste caso, aplica-se da mesma forma aos agentes de segurança, e quando comprovada a existência, impede-se a formação do delito com todos os seus elementos constitutivos.

Ademais, um delito é o fato que têm toda a estrutura da teoria tripartite ou da bipartite, portanto é um crime de fato típico, ilícito e culpável. A ausência de qualquer um destes elementos faz com que não se tenha um delito, independentemente de qual delito tenha sido efetivado.

Dessa forma, logo, quando alguém comete um fato típico albergado por uma excludente de ilicitude, não se está diante de um delito.

Entretanto quando o amparo do caso é para os policiais essa interface entre a legítima defesa intercruza com a legalidade do cumprimento do dever enquanto praxis da função em fazer valer a defesa da ação violenta de bandidos, bem como de outros formatos criminais que exigem a força para conter. (TEIXEIRA, 2014, p. 26).

Neste sentido, é preciso compreender como ocorre o processo investigativos nessas situações de crimes de homicídio ocasionado por policiais, principalmente diante de um nova sistemática da legítima defesa em casos de investigação decorrentes de casos flagranteados desta tipificação criminal com o advento legitimado pela Lei Federal nº 13.964/2019.

Ressalta-se que essa nova forma de legítima defesa, amplia a possibilidade de atuação dos agentes de segurança pública em casos específicos, ou seja, uma modalidade de legítima defesa de terceiros aplicada especificamente a agentes da segurança pública.

Segundo Jesus (2020, p. 540):

A Lei Anticrime (Lei nº. 13.964/2019) trouxe ao Código uma modalidade especial de legítima defesa, no parágrafo único do art. 25, que se dá quando o agente de segurança pública repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.

Ela difere da legítima defesa geral, prevista no caput do art. 25, sob três aspectos:

- a) o sujeito ativo;
- b) o titular do bem jurídico que se busca proteger;

e c) o aspecto temporal.

O pacote Anticrime foi aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada no dia 14 de dezembro do ano de 2019 pelo Presidente da República Jair Bolsonaro, na qual reúne no escopo da referida lei um conjunto de propostas e reformas apresentadas pelo então Ministro da Justiça e Segurança Pública, o Sr. Sérgio Moro, por intermédio de uma comissão que foi coordenada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o Sr. Alexandre de Moraes. (BRASIL, 2020)

Em relação a legítima defesa, deve-se observar o parágrafo único do Art. 25, em que enfatizou que devem ser visto os requisitos previstos no caput deste artigo, considerando também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes. (BRASIL, 2019).

Dessa forma, entende-se que somente terá direito à legítima defesa especial os agentes de segurança pública, diferentemente da legítima defesa geral que é destinada ao sujeito comum.

Não obstante, é bom destacar que Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu artigo 144 quem é esse agente de segurança pública:

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 Corpo de Bombeiros Militares. (BRASIL, 1988).

Diante desta conceituação legitimada, pode-se frisar que a legítima defesa especial será validada com bem jurídico protegido ao titular em casos em que a vítima porventura tenha sido mantida em refém durante a execução de alguma tipificação criminal, como sequestro ou cárcere privado já previsto no Art. 148 do Código Penal, ou em situações de sequestro ou cárcere privado. (BRASIL, 1940).

Outras situações são mencionadas pelos arts. 158 e 159 do CP, quando ocorrem em casos de sequestro relâmpago (CP, art. 158, § 3º) ou extorsão mediante sequestro (CP, art. 159). (BRASIL, 1940).

De acordo com Jesus (2020, p. 540), as diferenças consistem no aspecto temporal, enquanto a geral requer:



uma agressão atual (presente) ou iminente (prestes a ocorrer), a especial pode se configurar diante de um (mero) risco de agressão, isto é, da possibilidade concreta, dado o cenário existente, de que o ofendido, mantido como refém, possa vir a sofrer algum dano.

Para contextualização e entendimento acerca desta diferenciação, o autor enfatiza uma exemplificação:

Dá-se a figura do parágrafo único quando um sujeito invade um estabelecimento empresarial, privando a liberdade de locomoção dos funcionários ou clientes, sob ameaça de arma de fogo, e um policial, para libertar as vítimas, contém o agente, disparando contra ele. é fundamental obtemperar que a figura do parágrafo único não pode ser interpretada como uma autorização genérica para que agentes de segurança pública intervenham em situações de crise com pessoas mantidas reféns, sem avaliar, dentre os meios eficazes, o menos gravoso. (JESUS, 2020, p. 540).

Ou seja, os agentes policiais do art. 144 não cometerão um delito, amparados pela excludente de ilicitude inserida com a lei anticrime, para além dos casos de legítima defesa comum, quando se repele agressão atual ou iminente, podendo fazer um juízo de antecipação de risco, que justifique a sua conduta tornando-a normativa.

#### **4 OS NÚMEROS NO BRASIL: A LETALIDADE POLICIAL NO SISTEMA TRADICIONAL**

No Brasil, quando se retrata a letalidade policial, percebe-se o significativo aumento ocorrido com frequência das ações efetivadas por policiais com o elevado número de vítimas, sendo que isso persiste há anos em todo o território do país.

Ferreira (2019, p. 115) defende que este fato é atribuído a diferentes áreas no que tange à impunidade e à ausência de responsabilização dos agentes públicos na esfera criminal, além disso:

As mortes decorrentes de intervenção policial violam simultaneamente, e no mínimo, dois direitos fundamentais, tanto daquele que foi vítima direta, e teve sua vida ceifada, quanto dos demais cidadãos, de forma coletiva, porque quando o policial decide atirar, ainda que haja uma justificativa do ponto de vista jurídico-processual, ele viola o dever de

segurança, assegurado a todos os indivíduos indistintamente no pacto constitucional de 1988.

A autora discorre que essas contradições, justaposições e contrastes assumidos constitucionalmente para assegurar os direitos fundamentais à vida e à segurança, alicerçados a um Estado Democrático de Direito, emergem de diferentes planos e se tornam visíveis no cotidiano das pessoas e das instituições. (FERREIRA, 2019, p. 115).

Ademais, essas mortes provocadas por agentes policiais do Estado perfazem um cenário que eleva ao Brasil, a ser destaque em nível internacional devido a violência arbitrária.

De acordo com um grupo de pesquisadores de São Paulo que realizam um estudo junto ao Fórum Brasileiro de Segurança Pública, composto por Maria Fernanda Tourinho Peres, Nancy Cardia, Paulo de Mesquita Neto, Patrícia Carla dos Santos e Sérgio Adorno, eles enfatizam (ADORNO et al. 2007):

que ao verificar os números de homicídios para relacioná-los ao desenvolvimento socioeconômico e à violência policial no Município de São Paulo, constatou-se que a alta taxa de mortes em ações policiais sugere uma baixa eficiência na atuação da polícia, pois, a vitimação fatal aponta para uma atuação policial que tem violado o direito à vida, à segurança e à defesa das vítimas.

Segundo o Anuário de Brasileiro de Segurança Pública realizado pelo Fórum de Segurança Pública (2019, p. 59), existe uma “série histórica dos registros acerca das mortes decorrentes de intervenções policiais no Brasil, o que indica um crescimento paulatino das mortes provocadas por policiais”, o que faz com que as Polícias de vários Estados sejam percebidas como violentas.

Além disso, o respectivo anuário apresenta que entre os anos de 2013 a 2015, pode-se atribuir um quantitativo com número baixo devido a deficiência na efetivação dos registros acerca dessas mortes efetivadas por policiais.

Todavia, a partir do ano de 2016 pode-se afirmar que os dados se mostram mais confiáveis e evidenciam o enorme desafio posto ao Estado Brasileiro no controle do uso da força de seus agentes estatais, sendo que entre os anos de 2017 e 2018 o crescimento foi de 19,6%, mesmo diante da redução dos homicídios, latrocínios e dos crimes contra o patrimônio (FÓRUM DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2019, p. 59).

Os estados que apresentaram maior crescimento no território brasileiro foram: Roraima (183,3%), Tocantins (99,4%), Mato Grosso (74%), Pará (72,9), Sergipe (60,7), Goiás (57,1), Ceará (39%) e Rio de Janeiro (32,6).

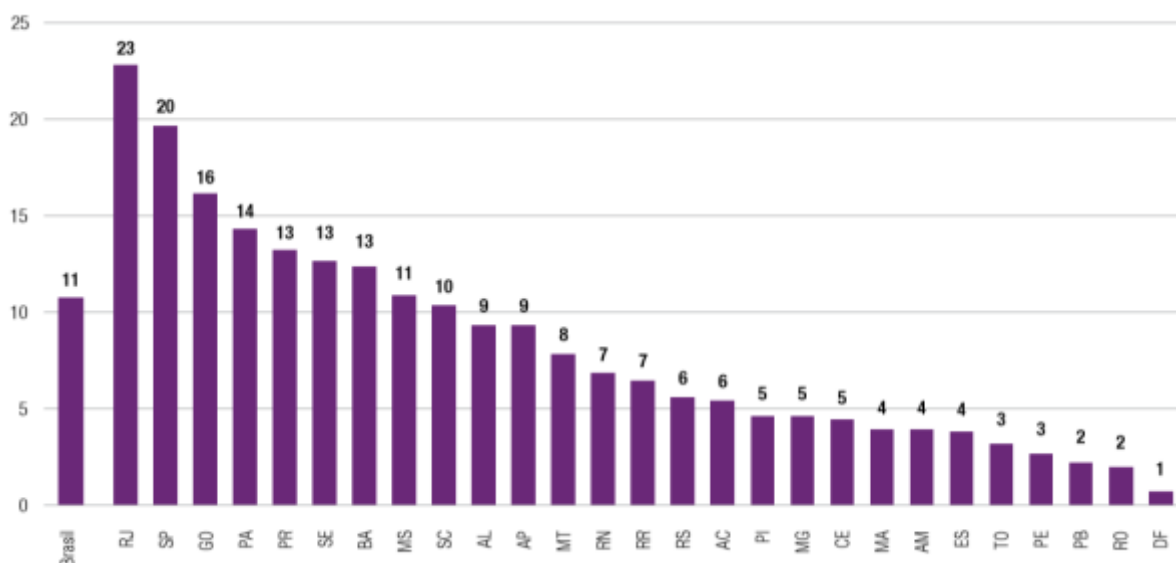
Ao analisar essas porcentagens percebe-se que são resultados que discorrem um crescimento na proporção de mortes ocasionadas por policiais de forma violenta e intencional por uso da força letal.

Trata de um indicador que conforme Cano (1997, p. 209), exprime o uso da força e permite contextualizar a letalidade produzida pela polícia no cenário da violência de um determinado território. Sob este critério, uma cidade ou estado pode aparentemente ter muitos casos de mortes provocadas pelas polícias, mas diante do total de homicídios e outros crimes violentos este número pode ser pouco representativo e contextualizado para a sociedade.

Porém, quando o número de mortes provocadas pelas polícias é muito alto em relação ao total de mortes violentas intencionais de determinado território, isso pode revelar abusos e uso excessivo da força pela polícia local (NUNES, 2018)

Não obstante, o Fórum de Segurança Pública (2019, p. 59), explica em forma de pergunta, que a cada 10 mortes violentas intencionais, uma foi provocada pelas polícias no Brasil? Para resposta, contextualiza o gráfico abaixo:

### GRÁFICO Nº 01: PROPORÇÃO DE MORTES DECORRENTES DE INTERVENÇÕES POLICIAIS EM RELAÇÃO ÀS MORTES VIOLENTAS INTENCIONAIS



**Fonte:** Fórum de Segurança Pública (2019, p. 60)

O anuário evidencia que a cada 100 mortes violentas intencionais (MVI) que ocorrem no país, 11 são de autoria da polícia. Contudo, os cenários estaduais e regionais são bastante diversos. (FÓRUM DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2019, p. 60):

- Em Estados como Rio de Janeiro e São Paulo, a proporção é ainda maior, de modo que a cada 100 MVI no Rio, 23 são de autoria oficial das Polícias.
- No caso de São Paulo, apesar da redução significativa dos homicídios comuns, a letalidade policial permaneceu em altos patamares, sendo que a cada 100 MVI, 20 são de autoria das Polícias;
- Estados como Distrito Federal e Paraíba acumulam valores muito baixos, com respectivamente 1 e 2 intervenções policiais com resultado morte para cada 100 MVI.

O supracitado anuário discorre que essa proporção no ano de 2018, apresentou um aumento abusivo da força letal em 09 (nove) estados brasileiros diferentemente do ano de 2017, que constava apenas em 05 (cinco) estados. Sendo identificados neste aumento 02 (dois) estados da Região Sudeste, 02 (dois) estados da Região Centro-Oeste, 01 (um) estado da Região Norte, 02 (dois) estados da Região Sul e 02 (dois) do Nordeste.

Deste quantitativo mencionado, 05 (cinco) não acompanhou a média nacional na redução de mortes intencionais, dentre os quais o Pará não registrou redução, porém, Goiás, Rio de Janeiro, Bahia e Paraná reduziram suas taxas em nível nacional.

Entretanto o Estado de São Paulo sustenta a segunda maior proporção de mortes pela polícia dentro dos homicídios em geral, no qual houve uma redução de 10,4% na taxa de letalidade policial, com 89 vítimas a menos.

Por fim, os estados que mais tiveram sucesso em reduzir suas taxas de letalidade policial nas taxas de mortes violentas intencionais, foram: Rondônia, Distrito Federal, Acre e Maranhão.

No que tange aos estados de Roraima e Tocantins, estes registraram os maiores crescimentos nas mortes provocadas pelas polícias (183% e 99,4%), um crescimento significativo nas mortes violentas intencionais, o que representa 65% e 10,5%.

Frisa-se que existe um grande desafio em que concerne a urgência de buscar mecanismos no que se refere ao uso da letalidade perpetrada pela força por policiais no Brasil, diante dos indicadores é preciso ações confiáveis e diversificadas nas políticas públicas para diminuir o quadro brasileiro dessa violência gerada por aqueles que deveriam cuidar e zela pela segurança da sociedade.

## CONCLUSÃO

Ao chegar no final deste estudo, os aportes teóricos permitem uma reflexão sobre a funcionalidade exercida pelos policiais brasileiros, bem como acerca da prática legislativa da legítima defesa.

Com o pacote anticrime estipulado pela Lei nº 13.964/2019, traz em seu escopo a atividade operacional das polícias no sentido do reconhecimento da legítima defesa protetiva, o qual ocasiona preocupações para a sociedade, pois o Brasil apresenta grandes indicadores de mortes ocasionadas pela força letal dos policiais brasileiros.

Dados estes, que inferem até mesmo em nível internacional, visto que muitos policiais causam homicídios de forma consciente, como se fosse um paradigma da função, invés de efetivar ações de proteção e segurança para o cidadãos no que concerne a dignidade humana e a vida, principalmente em um país de grande desigualdade social.

Para tanto, as evidências apresentadas pelo anuário, destacam que se torna imprescindível compreender que a letalidade cresce muito no Brasil, não são casos homogêneos, mas é uma multiplicidade de mortes ocasionadas por policiais em todas as unidades federativas, que doravante irão alegar e buscar pelo direito a legítima defesa, pois entendem que o uso da força letal é um mecanismo legítimo que pode ser usufruído de forma sumária.

Conclui-se assim, que é preciso pensar sobre o cenário atual, principalmente sobre os direitos fundamentais que cada cidadão deve ter garantido, pois vive-se momentos em que as políticas precisam ser reconstruídas para punir penalmente pelo ordenamento jurídico aqueles que deferem contra a vida de forma violenta e criminal independentemente da função exercida.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. PERES, Maria Fernanda Tourinho. et al. Homicídios, desenvolvimento socioeconômico e violência policial no Município de São Paulo, Brasil. **Revista Panamericana de Salud Pública**. 2007

ASSIS, Maria Sônia de Medeiros Santos de. **Tese da Legítima Defesa da honra nos crimes passionais:** da ascensão ao desprestígio. Dissertação (Mestrado em Direito Público). Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2003.

BALDAN, Édson Luís. **Intertipicidade Penal.** Tese (Doutorado em Direito Penal). Pós-Graduação em Direito das Relações Sociais. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC. São Paulo, 2007.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830.** Código Criminal. Rio de Janeiro, RJ, 1830. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-16-121830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-121830.htm)>. Acesso em 15 de abr. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 847, de 11 de outubro de 1890.** Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, 1890. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/D847.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm)>. Acesso em 15 de abr. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal. Brasília, DF, 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848.htm)>. Acesso em 15 de abr. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969.** Código Penal. Brasília, DF, 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/19651988/Del1004.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/19651988/Del1004.htm)>. Acesso em 15 de abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984.** Código Penal. Brasília, DF, 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/l7209.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm)>. Acesso em 15 de abr. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Brasília, 1988.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, 2019.**

BRASIL. Lei Anticrime entra em vigor. Medidas modernizam legislação no combate à corrupção, organização criminosa e violência. Ministério da Justiça e Segurança Pública. 2020. Disponível em: <https://www.novo.justica.gov.br/news/lei-anticrime-entra-em-vigor>. Acesso: 25 de mai. 2020.

CANO, Ignácio. **Letalidade da ação policial no Rio de Janeiro.** Rio de Janeiro: ISER, 1997.



FÉLIX, Víctor Nogueira. **Legítima Defesa**: uma análise sobre a excludente de ilicitude e o excesso. Curso de Direito. Centro Universitário UNIFACIG. Manhuaçu, 2019.

FERREIRA, Poliana da Silva. Direitos fundamentais e letalidade policial: sentidos opostos numa mesma trilha. **Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade**. v. 7, n. 2, p. 111-126, ago. Canoas, 2019.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. Ano 13. São Paulo: 2019.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 5ª. ed., Niterói: Editora Impetus, 2011.

JESUS, Damásio de. Parte geral. Atualização André Estefam. **Direito penal vol. 1**. 37. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LESSA, Marcelo de Lima. A Lei federal n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019 e o advento da legítima defesa protetiva. **Revista Jus Navigandi**. ano 25, n. 6072. Teresina, 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/78628>. Acesso em 20 de abr. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUNES, Samira Bueno. **Trabalho sujo ou missão de vida?** Persistência, reprodução e legitimidade da letalidade na ação da PMESP. Tese (Doutorado em Administração Pública e Governo). Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2018.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008

TEIXEIRA, Francisco Wandier. **Legítima Defesa na Atuação Policial**. (Monografia) Especialização em Direito Penal e Direito Processo Penal. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Universidade Estadual do Ceará. Fortaleza, 2014.

## **PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTARIO, A NECESSIDADE REAL DE UM PRAZO**

### **FELIPE FERNANDES BATISTA:**

Formado em direito pela instituição de ensino superior do sul do maranhão (unisulma). Pós-graduado em direito tributário pela universidade anhanguera (Ifg). Advogado, procurador concursado do município de gurupi/tocantins.

**RESUMO:** O objetivo geral do presente trabalho é mostrar de forma clara o quão prejudicial é o não estabelecimento de um prazo razoável para a conclusão dos processos administrativos fiscais. Causa grande insegurança jurídica a ausência do referido prazo, principalmente no que tange a produção de provas, afrontando assim a busca pela verdade real do qual tanto se prima nos processos administrativos. O trabalho busca analisar alguns casos que geraram prejuízo para ambas as partes. Buscou-se também analisar a evolução do constitucionalismo, em que há uma primazia de aplicação de princípios nas relações jurídicas atuais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo Administrativo Fiscal; Princípios; Prazo razoável; Prejuízos.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução - 2. Aspectos gerais do processo administrativo fiscal. - 3. Neoconstitucionalismo e a necessidade de observância dos princípios. -4. Prejuízos a ambas as partes decorrentes da demora no processo. - 5. Conclusão - 6. Referências Bibliográficas.

### **1. INTRODUÇÃO**

O presente artigo trata da duração razoável do processo administrativo fiscal no direito brasileiro, com uma análise focada nos princípios que regem o ordenamento jurídico, com sua elevação ao patamar de norma jurídica entre a entrada em vigor da emenda constitucional 45 de 2004, que entre outros acrescentou o inciso LXXVIII, tornando positivado na constituição federal a duração razoável do processo, tanto no âmbito administrativo quanto judicial.

Dessa forma, o direito administrativo fiscal sempre envolveu calorosos debates acerca dessa necessidade de um lapso temporal para conclusão desses processos administrativos. Por mais que a Fazenda Pública necessite de certas prerrogativas,

devido a quantidade de demandas, o contribuinte não pode ficar à mercê dessas prerrogativas e sofrer prejuízos a longo prazo.

O Neoconstitucionalismo trouxe importantes mudanças no sistema brasileiro, dando mais força cogente aos princípios, não deixando mais o interprete “preso” a lei seca, devendo fazer uma análise ponderada agora dos casos concretos para que as soluções desses casos sejam mais justas e conforme a realidade social.

O estudo do tema em comento torna-se essencial, considerando as mudanças tecnológicas que propiciam uma maior agilidade nas resoluções dos conflitos gerados na sociedade, mas sem deixar de lado um estudo da realidade da máquina administrativa, que por muitas vezes por falta de pessoal e de aparelhamento acaba convergindo para tal demora na solução dessas demandas administrativas.

Assim, é essencial que se pesquise e compreenda o tema, posto que tudo o que será tratado é como uma “espada de dois gumes” que traz consequências negativas para ambas as partes, e conseqüentemente gerando desfavores a toda sociedade brasileira.

Para tanto, foram analisadas as principais inovações trazidas pelo neoconstitucionalismo, o advento da emenda constitucional 45 de 2004 e sua inclusão da duração razoável no plano constitucional entre as necessidades da efetivação dos pressupostos da celeridade e maior segurança nas relações entre fisco e contribuinte.

Desta forma, o presente estudo foi estruturado em três capítulos, cujo primeiro dedicou-se aos aspectos gerais do processo administrativo fiscal, o segundo capítulo tratou da evolução do neoconstitucionalismo e seus princípios aplicados ao presente trabalho e o terceiro capítulo focou nos malefícios a ambas as partes no trato da demora na conclusão do processo administrativo fiscal.

## **2. ASPECTOS GERAIS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.**

A atribuição de um débito tributário ao contribuinte, implica a necessidade de no próprio âmbito da administração haver um procedimento para apurar a constituição desse crédito e a possibilidade de discussão quanto a validade desse débito.

No âmbito doutrinário, podemos ter uma conceituação clara de HUGO DE BRITO DE MACHADO, (2007, pág. 465)

Processo administrativo fiscal pode ser usado em sentido amplo e em sentido estrito. Em sentido amplo, tal expressão designa o conjunto de atos

administrativos tendentes ao reconhecimento, pela autoridade competente, de uma situação jurídica pertinente à relação fisco-contribuinte. Em sentido estrito, a expressão processo administrativo fiscal designa a espécie do processo administrativo destinada à determinação e exigência do crédito tributário.

Desta forma, podemos analisar a necessidade de tal processo, para que se apure os fatos e implique ao contribuinte o pagamento do tributo devido. Quanto ao contencioso administrativo fiscal, trata-se de uma faculdade conferida aos contribuintes, permitindo assim o exercício a um contraditório e ampla defesa na própria formação desse crédito tributário.

Podemos observar essas funções ao processo fiscal que é viabilizar a participação do contribuinte nessa constituição do crédito e evitar a utilização desnecessária da máquina judiciária para analisar certas questões tributárias que podem ser resolvidas facilmente no âmbito administrativo. E de certa forma até mais específica, pois, os entes federativos tem constituído órgãos específicos de análise desses casos.

Essas vantagens aparentemente boas aos olhos de quem vê de fora, porém se adentrarmos a demora na prolação da decisão acaba por afetar a legitimidade dessa formação do crédito tributário, entre as conseqüentes afronta a diversos princípios que serão tratados no segundo capítulo.

A fase contenciosa inicia-se com a impugnação do auto de infração. O prazo para impugnar conforme explica Ricardo Lobo Torres:

O contribuinte pode impugnar, no prazo de 30 dias, o auto de infração ou o lançamento notificado. Instaura-se assim o processo administrativo tributário, de rito contencioso, durante o qual se realizarão as perícias e provas necessárias a ampla defesa.

Conforme a constituição federal garante a inafastabilidade do poder judiciário, o sujeito passivo não necessita esgotar a via administrativa para o acesso ao Poder Judiciário, o contribuinte tem a faculdade de escolher entre a impugnação administrativa e judicial.

De forma bem simples para ter uma noção das fases do processo administrativo fiscal podemos ter na impugnação, primeiro geralmente um julgador singular promovendo de forma monocrática sobre a questão em debate. Caso o contribuinte não concorde com a decisão, poderá apresentar recurso a um órgão colegiado que apreciará a decisão monocrática de primeira instância. Mesmo quando for em

segunda instancia desfavorável ao contribuinte, este não fica adstrito a tal decisão, podendo formular um pedido na via judicial.

Quanto a fazenda pública, dependendo do ente federado e sua organização administrativa, podemos ter em casos de decisões contrarias aos interesses da fazenda pública, os recursos de oficio e a remessa necessária, que levará novamente a análise para outros julgadores. Já ao final todavia para fazenda pública os efeitos são vinculantes, com as seguintes consequências: a) Impossibilidade de revisão judicial dos atos por iniciativa da Administração, b) O dever de execução de tais decisões. Com o fim do presente processo administrativo fiscal culmina a inscrição da dívida ativa tributaria, Fabricia Daniele Soeiro Rodrigues:

Nas três esferas [federal, estadual ou municipal], o processo administrativo fiscal culmina com a inscrição da dívida (quando a decisão, lógico, for desfavorável ao Contribuinte) apurada no Livro da Dívida Ativa. A dívida regularmente inscrita goza de presunção relativa de certeza e liquidez. Presunção relativa é a que pode ser tacada ou eliminada pela prova em contrário. A Certidão de Dívida Ativa constitui título executivo, habilitando a Fazenda a ingressar em juízo, com ação de execução fiscal, para expropriar bens do devedor, tantos quantos bastem à satisfação do crédito tributário.

Ocorre que a principal consequência negativa de tal procedimento administrativo fiscal é sua demora. Muitas vezes sem culpa da administração, por ser nítida as imensas demandas que são propostas perante a administração publica, buscando muitas vezes protelar a constituição do credito tributário. No decorrer de todo esse tramite analisado anteriormente, podemos ter processos céleres, mas podemos ter processos de décadas. O que com isso poderá gerar inúmeras consequências negativas tanto para o contribuinte quanto para o fisco, como será analisado no terceiro capítulo.

Por falta de uma previsão legal, e pela própria administração se pautar pela legalidade estrita, acaba dando azo à presente análise que independentemente do período transcorrido não haverá a extinção do credito tributário pelo decurso do prazo.

### **3.NEOCONSTITUCIONALISMO E A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS.**

É interessante uma análise sobre o que se trata o neoconstitucionalismo, pois é o modelo de teoria que o direito se encontra hoje. O feedback para tal inserção no tema, tem o condão de mostrar a análise do direito como um todo, de qual forma deve ser aplicado o direito na atualidade.

Para essa nova perspectiva, o direito deve ter um caráter descritivo, que descreve o conteúdo positivado, e um caráter prescritivo, que mostra mecanismos aptos a operar esse novo modelo. Diferenciando assim da concepção positivista, em que a teoria do direito deve ter um caráter meramente descritivo. Fundamentando nessa teoria do neoconstitucionalismo, o direito não pode só descrever como ele é, sobre o aspecto do observador, ele deve dizer também como o direito deve ser.

É interessante mencionar as pretéritas concepções filosóficas do direito, o jusnaturalismo e o juspositivismo. Para os jusnaturalistas, o direito não depende da vontade humana, ele está acima das leis dos homens, o direito é tratado como algo natural, tendo uma grande busca pelo ideal de justiça valorizando sempre o ser humano. Ao contrário a corrente juspositivista acredita que o direito existe através de normas positivadas, normas emanadas e impostas pelo Estado, o que está nessas normas é um ideal de justiça.

Para isso foi necessário à revisão de três teorias do direito: a) as fontes do direito, que para isso era preciso a substituição do legiscentrismo juspositivista, pela centralidade da constituição, a observância de suas garantias de direitos fundamentais, b) As normas, pois antes os positivistas faziam uma distinção entre princípio e norma, o primeiro era um conselho, uma diretriz, não vinculante e o último era algo obrigatório e vinculante, atualmente os princípios são aplicados diretamente. Para a doutrina atual a norma é considerada um gênero, e dentro desse, tem-se duas espécies, as regras e os princípios. c) e a teoria da interpretação, pois houve a substituição do formalismo interpretativo, juiz como boca da lei, com fundamento na subsunção, aplicação da norma ao fato, pela argumentação jurídica e a ponderação. Importante destacar que não se excluiu a subsunção lógica do ordenamento, alterando pela ponderação, mas as duas se auxiliam.

Podemos observar que com essa nova perspectiva o direito brasileiro deu uma maior ênfase ao estudo dos princípios e sua observância obrigatória. Quanto ao tema do presente trabalho, é interessante analisar os princípios que estão sendo atacados com a presente demora na análise dos processos administrativos fiscais.

Duração razoável do processo, é o primeiro e principal. A Emenda Constitucional 45 de 2004, teve como objetivo imprimir novas diretrizes para a atuação dos poderes. No que aspecto do presente trabalho, ela colocou na Constituição o princípio da celeridade e de fato a duração razoável do processo tanto no âmbito judicial quanto administrativo.



É importante observamos que antes mesmo da emenda, havia uma necessidade de se observar esse respeito a rápida solução dos litígios, com base no próprio princípio da Eficiência esculpido no artigo 37 caput da CF:

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

Por tanto, a Emenda 45, não criou essa necessidade, mas apenas ressaltou a real necessidade de observância a tal princípio, mostrando a preocupação dos poderes em não deixar relações jurídicas eternas. Trata-se de um impulso ao poder legislativo para resolver a presente deficiência do ordenamento que necessita de um prazo ou até mesmo de uma consolidação da prescrição intercorrente no caso dos processos administrativos fiscais. Em uma simples leitura do artigo 5, LXXVIII:

Art. 5º, LXXVIII: A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Simple análise, pela leitura do dispositivo, sendo certo que mesmo sem uma lei especificando o tema, com o neoconstitucionalismo e sua centralidade da constituição com sua necessidade de observar seus preceitos fundamentais obrigatoriamente se torna autoaplicável aos processos administrativos fiscais, devendo haver a solução dos presentes litígios quase intermináveis que ferem de morte outros princípios.

Quanto à segurança jurídica que é um princípio que o Estado deve garantir ao contribuinte, tendo em vista a necessidade de mostrar que o Estado, mesmo sendo um poder maior, existe certa necessidade de dosagem desse poder. A segurança jurídica nasce para garantir aos cidadãos essa dosagem. Canotilho explica: " A durabilidade e permanência da própria ordem jurídica, da paz jurídicossocial e das situações jurídicas", sendo certo que legitima aos cidadãos manter essa paz quanto aos seus negócios, não podendo ser surpreendidos 10, 20 ou 30 anos depois com uma exação fiscal.

Carlos Aurélio Mota de Souza entende que:

É de que a questão da segurança está atrelada ao significado de justiça, ao valor dela. Portanto, para que uma norma possa estar sendo perfeitamente aplicada em nossa legislação, mister é que ela traga segurança ao ordenamento jurídico. Portanto, esse princípio está atrelado ao Estado

garantidor de direitos, porque não é possível dar-se credibilidade a um ordenamento que está sempre sofrendo modificações, sem se preocupar com o próprio povo.

Portanto, mais um princípio vem sendo ferido devido a demora no processo administrativo fiscal, os contribuintes não podem ser surpreendidos com uma cobrança de que as vezes nem se programaram mais para pagamento, gerando uma instabilidade social. Entre outros princípios como o próprio devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, que devido ao lapso temporal pode ser perdido memórias, documentos que serviriam de base até mesmo para o fisco para constituir o crédito tributário.

Ao analisar a legislação infraconstitucional, podemos perceber uma tentativa ineficaz para solucionar tal problemática, o artigo 24 da lei 11.457 do ano de 2007 estabelece que:

É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte.

O presente artigo, previsto na lei que estabelece normas gerais da Receita Federal do Brasil, tentou trazer um pressuposto quanto a obrigatoriedade de resolução de conflitos administrativos no âmbito do presente órgão, ocorre que a referida lei aplica-se apenas aos Impostos federais, e conquanto não existe um consequente, ou seja, caso o prazo seja descumprido, não haverá qualquer direito subjetivo do contribuinte ou fazenda pública para efetivar o presente julgamento.

#### **. PREJUÍZOS A AMBAS AS PARTES DECORRENTES DA DEMORA NO PROCESSO.**

Após digressões quanto ao conceito do processo administrativo fiscal e dos princípios que vem sendo abatidos pela demora, se faz importante analisar os prejuízos causados as partes da presente relação jurídica tributária.

Para o contribuinte pode-se notar os danos até mesmo morais decorrentes de processos que se prologam por anos e anos. O contribuinte faz seu planejamento econômico para seu dia a dia, não é interessante que em um período ele seja surpreendido com uma cobrança fiscal de um processo que se iniciou 10 anos atrás. Podemos perceber também seu prejuízo em sua defesa, que muitas vezes documentos são perdidos, nova necessidade de fazer perícias por fatos que mudaram. O desgaste em ter que acompanhar por tempos o presente desenrolar do processo, entre outros prejuízos.

Já para o fisco, se torna até mesmo inviável aguardar tanto tempo, pois poderá haver falta de provas, falta de bens para serem executados, pois em um momento o contribuinte pode ter vários bens e ser um grande contribuinte, mas 10 anos depois ele pode ter falido e não ter bens para satisfazer o crédito tributário. Os gastos com novas análises, o tempo perdido buscando informações que já se passaram por muitos anos, os próprios servidores que analisaram o processo, podem ter mudado de função ou de localidade, devendo fazer uma nova análise dos fatos entre vários outros fatores que torna prejudicial a própria fazenda pública.

Os tribunais já vêm reconhecendo a necessidade de estabelecer esse prazo, declarando até mesmo a prescrição do crédito tributário devido a demora, agindo assim como forma de pacificação social, pois o judiciário muitas vezes tem uma melhor visão dos fatos do que o legislador.

“DIREITO TRIBUTÁRIO – IMPUGNAÇÃO – DECADÊNCIA – O Estado tem cinco anos para constituir definitivamente o crédito tributário, o que equivale a dizer que, no prazo de cinco anos, deve julgar a impugnação havida, pena de decadência. Apelação provida.” (Apelação Cível 59603816-6, Relator Dês. Romeu Elias de Souza)

“PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO-ARTIGO 151, III, CTN – Durante a reclamação ou recurso administrativo, está suspensa a exigibilidade do crédito administrativo, não correndo prescrição – Entretanto, quando se está diante de incomum inércia, com a paralisação incompreensível do procedimento durante sete anos, sob pena de se aceitar a própria imprescritibilidade, não há como deixar de reconhecer a prescrição.”(Ap. 597200054, Rel. Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa)

Portanto em análise a ambos os prejuízos os tribunais já vem se inclinando na real necessidade de resolver essa celeuma dos processos infundáveis, a própria doutrina também já vem se posicionando a favor como explicita o professor Walmir Luiz Becher:

Seria contrário ao princípio constitucional da moralidade administrativa, consagrado no art. 37 da Constituição Federal de 1988, admitir-se que a administração tributária, em face de um processo administrativo fiscal, pudesse ficar inerte pelo tempo que bem entendesse, sem maiores cuidados quanto à movimentação deste, no pressuposto de que não estaria sujeita à decadência ou prescrição, enquanto não proferida a decisão final do julgador administrativo.” (14/3/2001, em tributario.net).

Portanto, se torna necessário observar esses prejuízos, para que se reforcem esse apelo ao legislador, ou até mesmo ao judiciário que tomem decisões vinculantes para acabar com esses problemas que vem causando grandes prejuízos, não somente aos contribuintes, mas também ao próprio fisco.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pequena análise do presente artigo, quanto ao processo administrativo fiscal, principalmente em sua demora para concluir, afrontando assim diversos princípios e levando prejuízos a ambas as partes, se observou de forma simplista a real necessidade de estabelecer esse prazo para que os entes federativos possam cumprir e acabar com esses prejuízos.

A própria emenda constitucional de 45, foi um apelo ao legislador, para que de forma imediata formule pretensões que acabem com essa demora na conclusão dos processos administrativos fiscais. Caso a inércia ainda continue, se faz necessário os tribunais como já foi demonstrado, aceitem as pretensões de decadência e prescrição intercorrente para acabarem com essas relações jurídicas que já perduram anos sem solução.

Ninguém é obrigado a sujeitar aos abusos do fisco, quando se tem um direito fundamental sendo violado, é necessário acionar o judiciário para que quando o prazo razoável estiver passado, violando assim vários princípios possa ser respeitado e dado uma resposta em definitiva para o contribuinte.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

**CANOTILHO, J. J. Gomes.** Direito constitucional, p. 374

**FERNANDES, Bernardo Gonçalves.** Curso de Direito Constitucional. 7 ed. rev., ampl. e atual: Juspodium, 2015.

**MACHADO, Hugo de Brito.** Curso de Direito Tributário. 28a. edição. São Paulo: Malheiros.

**RODRIGUES, Fabrícia Daniele Soeiro.** Do Contencioso administrativo ao processo judicial tributário, com vistas ao âmbito Federal, Estadual (Estado do Pará) e Municipal (Município de Belém). Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 5, no 206. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1647>>

**SOUZA, Carlos Aurélio Mota de** – Segurança Jurídica e Jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico – São Paulo: LTr, 1996

**SABBAG, Eduardo.** Manual de Direito Tributário. 8 ed. Saraiva 2015.

**TORRES, Ricardo Lobo.** Curso de Direito Financeiro e Tributário. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

## **HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA NA REFORMA TRABALHISTA: BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA**

**FERNANDO HENRIQUE BERTUZZO:**

Estudante do 9º Termo de Bacharel em Direito. Atualmente estagiário no Ministério Público do Trabalho PRT 15ª Região, Bauru.

**ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO<sup>[1]</sup>**

**JULIO CESAR MARIN DO CARMO<sup>[2]</sup>**

**RESUMO:** O presente artigo explana as modificações que a Lei 13.467/2017, a chamada Reforma Trabalhista, trouxe no âmbito processual, especificadamente em relação aos honorários de sucumbência, previstos expressamente no artigo 791-A. Trata-se de uma alteração no processo do trabalho de extrema importância aos advogados trabalhistas, na medida em que o legislador concede aos advogados trabalhistas igual direito que àquele outorgado ao advogados de outras áreas, em total consonância com o previsto no Código de Processo Civil e também no Estatuto da Advocacia e da OAB. O principal objetivo dessa pesquisa, é analisar os impactos que essas alterações trouxeram no âmbito judicial, tendo em vista que após 2 anos de vigência da nova lei, muitas decisões de 1ª instância não vêm observando o artigo 791-A da CLT e, ao revés, adotando critérios que não condizem com a previsão legal. Dessa forma, aborda os principais pontos que a nova legislação trouxe, analisando as contradições que vem ocorrendo, apresentando parâmetros que devem ser seguidos a luz do dispositivo.

**Palavras-chave:** Reforma. Trabalhista. Honorários.

**ABSTRACT:** In this article we will explain the changes that Law 13467/2017, the so-called Labor Reform, brought in the procedural framework, specifically in relation to the fees of loss, expressly foreseen in article 791-A. This is a change in the labor process of extreme importance to labor lawyers, taking into account that the lawmaker equates the conditions of these lawyers with those of other areas, in full compliance with that already provided for in the Code of Civil Procedure and also in the Statute of the Advocacia and the OAB. The main objective of this research is to analyze the impacts that these changes brought in the judicial scope, considering that after 1 year and 7 months of validity of the new law, many decisions of first instance are not observing Article 791-A of the CLT and , on the contrary, adopting criteria that do not comply with the legal provision. In this way, we will approach the main points that the new legislation has brought, analyzing the contradictions that



have been occurring, presenting parameters that must be followed in the light of the device.

**Key-words:** Reform. Labor. Fees.

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, modificou vários dispositivos da legislação trabalhista. No âmbito processual, uma das principais alterações foi a inclusão do art. 791-A da CLT, estabelecendo a cobrança de honorários advocatícios sucumbenciais em todos os processos trabalhistas, atingindo empregados e empregadores.

Diante da extensão das hipóteses de incidência dos honorários sucumbenciais, essas vem causando constantes divergências na doutrina e nas cortes trabalhistas. Entre as questões em debate, no § 4º do art. 791-A, impõe-se o ônus de sucumbência para os beneficiários da Justiça gratuita, que, em tese, seriam isentos de qualquer ônus, tornando-se uma norma incompatível com o texto constitucional.

Presentes tantas questões controversas, o principal objetivo deste artigo é analisar e interpretar a redação do art. 791-A da CLT, propondo uma análise conjunta que seja compatível com os direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal de 1988 e os princípios que regem o Direito do Trabalho.

No desenvolvimento do trabalho, as pesquisas foram direcionadas às peculiaridades da assistência judiciária gratuita na esfera trabalhista, à interpretação do TST para incidência da sucumbência, analisando as súmulas e orientações jurisprudenciais que tratam do tema.

Aborda também a análise da constitucionalidade acerca da aplicação do art. 791-A da CLT, à luz do quanto decidido na ADI 5766, proposta pela Procuradoria Geral da República, que definiu parâmetros de aplicação e bases de cálculo a ser adotadas em cada situação.

## 2 REFORMA TRABALHISTA

A Lei 13.467/2017, chamada reforma trabalhista, provocou intensas discussões na Câmara Federal e Senado. Sua tramitação ocorreu em velocidade bem superior ao que ocorre usualmente em projetos dessa magnitude. Sua promulgação implicou em ampla modificação na legislação trabalhista, tanto no âmbito material, como também no processual.

Levando em consideração que a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, foi promulgada em 01 de maio de 1943, empresários e grande parte dos parlamentares, ligados a grupos econômicos, defendiam a modernização da legislação trabalhista, adaptando-a à realidade atual.

O ministro do TST Maurício Godinho Delgado aponta que a Lei 13.467/17 representa um forte retrocesso, rompendo com a “lógica civilizatória, democrática e inclusiva do Direito do Trabalho, por meio da desregulamentação ou flexibilização de suas regras imperativas incidentes sobre o contrato trabalhista”. Conforme entende o autor, é papel do Direito do Trabalho estipular um “patamar civilizatório mínimo”, que deve regular a mais relevante relação de poder existente na economia, isto é, entre capital e trabalho. (DELGADO, 2017, p. 40-41).

Em razão das dificuldades de natureza econômica, enfrentadas por boa parte dos trabalhadores brasileiros, o ingresso de uma reclamação trabalhista implica em uma série de gastos para o jurisdicionado, tais como pagamento de custas processuais, honorários periciais e despesas para contratação de advogados.

Assim, os altos custos para acessar o Poder Judiciário podem deixar desamparados aqueles que mais precisam da Justiça.

### **3 INFORMAÇÕES DA JUSTIÇA DO TRABALHO**

#### **3.1 História da Justiça do Trabalho**

No Brasil, a história da Justiça do Trabalho tem sua origem definida em 1923, com a criação do Conselho Nacional do Trabalho, para atender as necessidades da classe trabalhadora que cada vez mais se consolidava.

O direito do trabalho, assim como a população da época, foi se desenvolvendo muito rápido, passando por grandes transformações, o ampliando, organizando e regulamentando. Resultado dessas transformações, foi a instalação da Justiça do Trabalho em 1941 e o surgimento da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT em 1943.

Entretanto, levando-se em consideração que estamos próximos a completar 100 anos de Justiça do Trabalho, todo esse tempo é muito pequeno se comparado aos 400 anos de escravidão que vivemos no nosso país.

Por fim, a história da Justiça do Trabalho no Brasil é muito vasta, com alterações significativas com o passar dos anos, sendo, a última delas, a Lei

13.467/2017, sancionada em julho de 2017, chamada Reforma Trabalhista, que teve como premissa a “modernização” das relações trabalhistas.

### **3.2 Números de reclamações trabalhistas na Justiça do Trabalho**

Destaca-se que após a entrada em vigor da nova lei, observou-se em todo o Brasil uma expressiva queda do número de ações trabalhistas ajuizadas. De acordo com dados disponíveis no site do Tribunal Superior do Trabalho (TST), em novembro de 2017, mês de início da vigência das mudanças, houve um pico de casos novos recebidos no primeiro grau (Varas do Trabalho): foram 26.215 processos (9,9%) a mais em relação a março de 2017, segundo mês com maior recebimento no período.

No entanto, em dezembro de 2017 e janeiro de 2018, o quadro se inverteu. Desde então, o número de casos novos por mês nas Varas do Trabalho é inferior ao de todos os meses referentes ao mesmo período de janeiro a novembro de 2017. Segundo a Coordenadoria de Estatística do TST, entre janeiro e setembro de 2017, as Varas do Trabalho receberam 2.013.241 reclamações trabalhistas. No mesmo período de 2018, o número caiu para 1.287.208 reclamações trabalhistas.

Como visto, os números de reclamações trabalhistas vem reduzindo em aproximadamente 40%, com relação ao ano anterior. Esses reflexos evidentemente estão atrelados a reforma trabalhista e as mudanças que nova lei trouxe.

## **4 ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA**

No Brasil, a assistência judiciária gratuita é assegurada pelo texto constitucional. O art. 5º, inciso LXXIV, dispõe que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Trata-se de direito fundamental, impondo ao poder estatal uma atuação positiva com o intuito de proporcionar o acesso à Justiça para a população economicamente menos favorecida.

Art. 5º LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Dessa forma, à Justiça gratuita, aos que comprovarem insuficiência de recursos, isenta o beneficiário de despesas e taxas processuais, tais como custas e emolumentos. A previsão legal de assistência judiciária gratuita surgiu pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei nº 1.060/50.

Art. 2º . Gozarão dos benefícios desta Lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho.

Parágrafo único - Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família. (BRASIL, 1950)

Já no âmbito trabalhista, a assistência judiciária gratuita foi regulamentada com a promulgação da Lei nº 5.584/70, a qual transferiu do Estado para o sindicato da categoria profissional do trabalhador a responsabilidade de assistir juridicamente os mais necessitados.

Art. 14º . Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador". (BRASIL, 1970)

Até o advento da Reforma Trabalhista de 2017, faziam jus à assistência gratuita aqueles que recebessem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declarassem, sob as penas da lei, não estar em condições de pagar as custas e honorários referentes ao processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

A Lei nº 13.467/17 alterou a redação do art. 790, §3º, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, passando a adotar como critério para concessão do benefício da gratuidade judicial o recebimento de salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Art. 790. Nas Varas do Trabalho, nos Juízos de Direito, nos Tribunais e no Tribunal Superior do Trabalho, a forma de pagamento das custas e emolumentos obedecerá às instruções que serão expedidas pelo Tribunal Superior do Trabalho.

§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

§ 4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.

Veja que o parágrafo 4º determina que o benefício da justiça gratuita só será concedido à parte que preencher os requisitos estabelecidos no parágrafo anterior, ou seja, receber até o limite pré estabelecido.

## **5 HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA**

Antes da reforma trabalhista, os honorários eram garantidos ao sindicato que assistia o trabalhador, e por isso, tinha como forma de “pagamento” pelos serviços prestados, os honorários advocatícios. As súmulas 219 e 329 do TST, estabeleciam, expressamente, as hipóteses de cabimento dos honorários de sucumbência. Com a edição da Lei 13.467/2017, foram os honorários regulamentados no art. 791-A, do seguinte modo:

Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

§ 1º Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria.

§ 2º Ao fixar os honorários, o juízo observará:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.

§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

§ 5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção. (BRASIL, 2017)

Conforme estabelece o parágrafo 4º, os honorários são devidos inclusive pelos empregados beneficiários pela justiça gratuita. Nesses casos, as despesas serão arcadas com os créditos resultantes da própria ação trabalhista. Parte da doutrina critica tal dispositivo legal, sob o fundamento de que a norma poderá tornar inviável, para boa parte dos trabalhadores, o exercício do direito fundamental do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV), previsto na Constituição Federal de 1988.

Art. 5º XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Levando em conta os significativos riscos econômicos que os trabalhadores estariam sujeitos, a norma desestimula os empregados, principalmente os mais vulneráveis economicamente, na busca de seus direitos.

Sabe-se que a justiça do trabalho brasileira não é vista com bons olhos pelo lado dos grandes empresários. Alguns tratam com desrespeito as leis trabalhistas, alegando que o funcionário “ao entrar na justiça”, ganha a ação de qualquer forma.

Entretanto, não há dúvida que o trabalhador representa o lado mais frágil da relação contratual, já que o empregador é detentor do poder econômico e a justiça tem o papel de equilibrar essa diferença. No caso em específico, o empregado lesado, ao reivindicar seus direitos se depara com a possibilidade de ainda ter que custear eventuais prejuízos, sendo mais um fator desestimulante para a propositura de uma ação.

## **6 POSICIONAMENTO DAS CORTES SUPREMAS SOBRE O ASSUNTO**



Trata-se de modificação bastante recente, a doutrina e especialmente os tribunais têm apresentado diferentes interpretações sobre o tema, tais como a constitucionalidade do art. 791-A.

A Procuradoria Geral da República (PGR) ajuizou em 24 de agosto de 2017, pouco mais de um mês após a promulgação da Lei nº 13.467/17, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5766, através da qual questiona a inclusão ou alteração dos art. 790-B, caput e § 4, 791-A, § 4 e 844, § 2 da CLT. A ação foi acompanhada de pedido de cautelar para que as referidas normas tivessem sua eficácia suspensa, até a apreciação definitiva pelo Supremo Tribunal Federal.

A peça ministerial sustenta que os créditos trabalhistas obtidos em reclamações propostas pelos trabalhadores em condição de hipossuficiência econômica possuem caráter de mínimo existencial, compatível com o princípio constitucional da dignidade humana (artigo 1º, inciso III).

Assim, o disposto no art. 791-A, §4º, que prevê o pagamento de honorários de sucumbência através de créditos auferidos no mesmo ou em outro processo trabalhista, mesmo que não fosse afastada a condição de pobreza que justificou o benefício, além de colidir com a garantia do acesso à Justiça, também atentaria contra a dignidade desses empregados.

Com o intuito de sanar as controversas, após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), a Ação Direta de Inconstitucionalidade foi julgada parcialmente procedente. Para assentar interpretação conforme a constituição, o STF decidiu:

“1. O direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários a seus beneficiários.

2. A cobrança de honorários sucumbenciais do hipossuficiente poderá incidir: (i) sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais, em sua integralidade; e (ii) sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, mesmo quando pertinente a verbas remuneratórias.

3. É legítima a cobrança de custas judiciais, em razão da ausência do reclamante à audiência, mediante prévia intimação pessoal para que tenha a oportunidade de justificar o não comparecimento.”

Após a decisão, juízes de primeiro grau e os tribunais superiores, vem aplicando os parâmetros determinados pela ADI 5677, para sanar qualquer obscuridade ou omissão em suas sentenças prolatadas.

## **7 DOS JULGADOS NOS TRIBUNAIS**

Devido parametrização determinada pela ADI 5677, os tribunais em geral, tem decidido por acolher os honorários sucumbenciais, mesmo para os beneficiários da justiça gratuita, bem como sobre a exigibilidade suspensa prevista no parágrafo 4º do artigo 791-A da CLT, conforme julgados em resumo:

HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. AÇÃO AJUIZADA NA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/17. Na hipótese, a ação foi ajuizada em 23/11/2018, quando já vigente a Lei 13.467/2017, que acrescentou o artigo 791-A, da CLT e regulamentou os honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho. Portando, ainda que o reclamante seja beneficiário da justiça gratuita, são devidos honorários advocatícios, em razão da sucumbência recíproca. Recurso Ordinário do reclamante que se nega provimento nesse aspecto. (TRT-210014420620185020702 SP, Relator: NELSON NAZAR, 3ª Turma – Cadeira 1, Data de Publicação: 11/09/2019)

Dessa forma, em que pese o empregado ser beneficiário da justiça gratuita, ficará responsável pelo pagamento dos honorários de sucumbência da verba que não vier a ser provida.

Conforme estabelecido pela ADI 5766, o honorário poderá ser deduzido sobre o seu crédito, respeitando os parâmetros impostos e a natureza da verba vencida, ou, até mesmo, ficando em exigibilidade suspensa, nos casos em que o crédito recebido pela reclamação trabalhista, não for suficiente para suportar o total dos honorários a que foi condenado.

## **8 CONCLUSÃO**

A Reforma Trabalhista representou trouxe grandes mudanças para o Direito do Trabalho brasileiro. Com o intuito de se adequar as novas tecnologias e as novas formas de trabalho, a modernização imposta pelos legisladores, na verdade se mostrou um redutor de direitos conquistados pelos trabalhadores ao longo do tempo.

Em relação ao art. 791-A, justa se mostra a fixação de honorários sucumbenciais equiparando-se o processo do trabalho aos demais ramos do direito. No entanto, fere o direito constitucional de acesso ao judiciário a imposição de honorários para aqueles que forem beneficiários da Justiça Gratuita.

E mais, O que vimos, é que o ônus nos casos de insucesso no processo do trabalho, recairia sobre os trabalhadores e sobre verbas salariais, de natureza impenhorável. Nos casos dos hipossuficientes, economicamente falando, embora beneficiários da Justiça gratuita, teriam atingidas verbas de natureza alimentar, obtidas em processo trabalhista, destinadas ao pagamento de uma eventual sucumbência da parte contrária.

Diante da flagrante inconstitucionalidade da norma, o STF cumprindo seu papel de guardião da Constituição, deu parcial provimento à ADI 5766, fixando parâmetros para aplicação do quanto disposto no § 4º do art. 791-A, da CLT e firmando o entendimento de que os honorários devidos pelo beneficiário da Justiça gratuita, podem recair, integralmente, sobre as verbas não alimentares, e para as verbas de natureza salarial, admitiu-se o limite de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social.

Brilhante o posicionamento de nossa corte suprema, na medida em que conciliou o interesses do credor dos honorários advocatícios com a impenhorabilidade das verbas de natureza salarial.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 08 jun. 2019

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 5.542 de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 08 jun. 2019

\_\_\_\_\_. **Lei nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950**. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L1060.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1060.htm)>. Acesso em: 07 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 5.584, de 26 de junho de 1970**. Dispõe sobre normas de Direito Processual do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5584.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5584.htm)>. Acesso em: 07 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994.** Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm)>. Acesso em: 07 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm)>. Acesso em: 07 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal. ADI nº. 5766.** Relator Ministro Luiz Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>>. Acesso em: 08 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Superior do Trabalho. Primeiro ano da reforma trabalhista: efeitos.** 2018. Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset\\_publisher/89Dk/content/id/24724445](http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/24724445)>. Acesso em: 08 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Superior do Trabalho. História da Justiça do Trabalho.** Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/historia-da-justica-do-trabalho>>. Acesso em 20 nov. 2019.

**DELGADO,** Maurício Godinho. A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei 13.467, de 2017. São Paulo: Ltr, 2017.

NOTAS:

[1] Docente Mestre do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru

[2] Docente Mestre do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru

## DEMOCRACIA E EMPOBRECIMENTO SEGUNDO HANS-HERMANN HOPPE

**ATOS HENRIQUE FERNANDES:**

Estudante de Direito no Centro Universitário Estácio de Belo Horizonte e conciliador no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

**Resumo:** o presente artigo é um estudo da obra Democracia: o deus que falhou, na qual o sociólogo e economista Hans-Hermann Hoppe promove uma dissecação do modelo democrático à luz da Economia e da História.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Monarquia versus democracia; 3. O surgimento do Estado; 4. Democracia e empobrecimento; 5. Sociedade de leis privadas; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

### 1.Introdução

Nascido em 2 de setembro de 1949, na cidade de Peine, na antiga Alemanha Oriental, Hans-Hermann Hoppe estudou filosofia, sociologia e economia na Universidade de Frankfurt. Doutorou-se em filosofia sob a orientação do eminente intelectual alemão Jürgen Habermas. Contudo, sua carreira sofreu uma grande transformação ao entrar em contato com as ideias do americano Murray N. Rothbard (1926-1995) e do economista austríaco Ludwig Von Mises (1881-1973). Hoppe cresceu num ambiente profundamente marxista e teve como expoente Habermas, um teórico da Escola de Frankfurt de orientação neomarxista, ao ter contato as obras de Murray e Mises ele acabou abraçando a Escola Austríaca de Economia, de orientação ultraliberal, o que lhe causou problemas profissionais no ambiente acadêmico alemão. Sendo assim, Hoppe se mudou para os Estados Unidos para ser aluno de Rothbard, se tornando um libertário anarcocapitalista e, posteriormente, ambos se tornaram professores na Universidade de Nevada, Las Vegas (UNLV).

Escritor profícuo, a obra mais famosa de Hoppe é seu livro Democracia: o deus que falhou, neste livro ele argumenta que o governo democrático provoca a degeneração moral e econômica dos países. Partindo da premissa libertária que Estado é uma organização ilegítima, que se impõe pela força e manipulação para praticar a predação das propriedades privadas de determinado território o autor ensina que na monarquia existe uma tendência à predação moderada, o que contribui para a geração de riqueza. Porém, na democracia essa tendência a moderação predatória desaparece quase por completo, causando empobrecimento. Mas apesar disso, lembremos que Hoppe não é um monarquista, mas um anarquista de livre mercado.

O presente artigo visa sintetizar as principais ideias do livro em questão e ao fim, apresentar um paralelo entre a teoria nele apresentada e a história do Brasil.

## **2. Monarquia versus democracia**

Segundo Hoppe (2014), a maneira correta de se interpretar a transição da monarquia absolutista para a democracia é pela ótica do conceito econômico de preferência temporal. Desenvolvida inicialmente pelos economistas Stanley Jevons e Eugen Von Böhm-Bawerk as “taxas de preferência temporal” denominam a relação humana entre consumo e tempo. Isto é, partindo-se da premissa de que o ser humano consome visando sair de um estado de menor para um estado de maior satisfação, conclui-se que os homens tendem a preferir o consumo presente ao consumo futuro. Produzir para o consumo imediato reflete uma alta preferência temporal, entretanto quando ao perceber questões como sua expectativa de vida, a instabilidade de produção que fatores naturais como secas e enchentes ou momentos de saúde plena e saúde debilitada exercem sobre sua qualidade de vida futura o homem tende a moderar seu consumo no tempo presente em favor de consumi-lo futuramente, baixando sua taxa de preferência temporal. Segundo a Escola Austríaca de Economia esse fator vai determinar, por exemplo, a taxa de juros em um contexto de livre mercado bancário:

Assim, aquelas pessoas que tenham uma baixa preferência temporal, estarão dispostas a renunciar a bens presentes em troca de conseguir bens futuros com um valor não muito maior, e efetuarão trocas entregando seus bens presentes a outros que tenham uma preferência temporal mais alta, e portanto, valorizem com mais intensidade relativa o presente do que o futuro. O próprio ímpeto e perspicácia da função empresarial leva a que em sociedade tenda a determinar-se um preço de mercado dos bens presentes relativamente a bens futuros. Pois bem, do ponto de vista da Escola Austríaca, a taxa de juros é o preço de mercado dos bens presentes em função dos bens futuros. (SOTO, 2010, p. 77)

Aplicando o conceito de preferência temporal a relação entre monarquia e democracia, Hoppe (2014) explica que, como um monarca absoluto vê o território de seu país como sua propriedade privada perene no tempo, ou seja, ele tem a chefia vitalícia de governo e como após a morte ele pode passar o governo a um descendente direto então, o rei tende a exercer seu predatismo estatal de forma moderada, favorecendo a classe produtiva e aumentando a riqueza de seu país. Já na democracia, como o chefe de governo exerce um controle da coisa pública



limitado no tempo por um mandato, como ele chegou ao seu posto por habilidades políticas e como ele não poderá repassar o governo a um descendente seu, então ele tenderá a uma predação irresponsável da riqueza que é produzida naquele país. Em outras palavras, um rei tende a uma baixa preferência temporal enquanto um governante democrático tende a uma alta preferência temporal.

Para uma melhor compreensão do até aqui descrito sobre a obra de Hoppe, precisamos entender o pressuposto do autor em relação a origem do Estado. Hans é um libertário anarcocapitalista, e por esta razão ele rejeita as teorias contratualistas a respeito do surgimento do Estado. A teoria adotada pelo autor a respeito do surgimento estatal é a do “Bandido Estacionário”, tal qual proposta pelo sociólogo alemão Franz Oppenheimer e posteriormente trabalhada por autores como o professor de Hoppe, Murray Rothbard.

### **3. O surgimento do Estado**

Franz Oppenheimer (2018) ensinou sobre a existência de apenas dois modos de se alcançar riquezas. O primeiro modo é pela produção e comércio, ou seja, é o meio pelo qual empresários e trabalhadores se sustentam, esse modo foi denominado pelo sociólogo de meio econômico. O segundo modo de conseguir riquezas é por meio do espólio, do roubo contra os que produzem suas riquezas, este modo o autor denominou de meio político. O Estado para Franz é a organização dos meios políticos; é a sistematização do processo predatório sobre um determinado território. Nas palavras do mais importante influenciador de Hoppe:

O Estado provê um canal legal, ordenado e sistemático para a predação da propriedade privada; ele garante uma provisão certa, segura e relativamente “pacífica” para a casta parasítica na sociedade. Dado que a produção deve sempre preceder a predação, o livre mercado é anterior ao Estado. O Estado nunca foi criado por um “contrato social”; ele sempre nasceu da conquista e da exploração. O paradigma clássico era uma tribo conquistadora que decidiu dar uma pausa no seu método secular de pilhagem e assassinato das tribos conquistadas ao perceber que a duração do saque seria mais longa e segura – e a situação mais aprazível – se às tribos conquistadas fosse permitido viver e produzir, com os conquistadores erigidos a governantes exigindo um tributo anual constante. (ROTHBARD, 2019, p. 23;24)

Podemos compreender então, a partir da teoria do “bandido estacionário” a premissa de Hoppe que o leva a analisar a ação dos governantes, rei ou presidente/primeiro-ministro, como uma ação típica de parasitagem das propriedades privadas.

#### **4. Democracia e empobrecimento**

Sob a ótica de Hans-Hermann Hoppe, democracia leva a empobrecimento. Vejamos, o autor conclama em sua obra que os leitores façam o seguinte trabalho imaginativo: imaginemos que se instale no mundo um Estado global, imaginemos também que esse Estado assuma a forma de uma república democrática com sufrágio universal e então, pode-se concluir que o governo seria, muito provavelmente, eleito por uma coligação entre a Índia e a China. Uma vez instalada essa coalizão governamental, a estrutura democrática tende a leva-los a ver os outros países, em especial o Ocidente, como países com uma excessiva concentração de riquezas em relação ao Oriente, em especial Índia e China, logo se criaria um grande programa de redistribuição de riquezas visando beneficiar os países que sustentam a coligação governante.

Hoppe (2014) mostra que a Primeira Guerra Mundial terminou com o modelo democrático alcançando a hegemonia em relação à monarquia, processo que teria se iniciado com a Revolução Francesa e terminado com o fim do Império Austro-Húngaro. Desde então, argumenta o autor, o que ocorreria numa democracia global aconteceu em todos os países que adotaram a democracia, iniciou-se um processo global de transferência de renda. O problema é que transferência de renda gera pobreza, pois ao tirar dos mais produtivos para dar aos menos produtivos o governo pune a produtividade e premia a não produtividade. Além disso, o assistencialismo promove um aumento da preferência temporal na sociedade na medida que a poupança passa a ser menos atraente que o consumo. Dada a natureza do processo de transferência de renda, a população beneficiada precisa fazer aquela moeda girar, pelo fato de que nesse processo não foi criada riqueza, apenas redistribuída. Sendo assim, em primeiro lugar se aquela riqueza não girar vai haver cada vez menos de onde se tirar mais riqueza, em segundo lugar não há incentivos para poupar um dinheiro que não veio do seu trabalho, ainda mais que o indivíduo recebedor tem a certeza que no futuro será novamente agraciado.

Os defensores do assistencialismo estatal costumam defender suas posições alegando o cuidado aos mais pobres. Hoppe contra-argumenta mostrando o exemplo da educação superior gratuita oferecida pelo Estado, na qual se verifica estudantes vindo de famílias ricas tendo seus estudos universitários pagos pelas famílias mais pobres, cujos filhos dificilmente tem chances de chegar a estudar nessas

universidades públicas. Segundo o autor, pela lógica democrática o óbvio é ocorrer, nas palavras do economista francês Frédéric Bastiat, "um sistema onde todos querem viver às custas de todos". Assim sendo, a maneira mais eficaz de ajudar os mais pobres a sair da pobreza é favorecer à poupança, empreendedorismo e aumento da produtividade, criando riqueza e não apenas redistribuindo a que já existe.

## **5. Sociedade de leis privadas**

Ao contrário do que possa parecer, Hans-Hermann Hoppe não é um fervoroso defensor da monarquia absolutista. Hoppe é um crítico a toda forma de Estado, é um libertário anarcocapitalista.

Anarcocapitalismo, ou anarquia de livre mercado, é uma filosofia ético-política baseada na propriedade privada. Começando na ideia de autopropriedade, ou seja, propriedade do próprio corpo e as consequências lógicas disso, como a apropriação original da terra através da mistura do trabalho humano com a terra, gerando um direito de propriedade sobre a terra trabalhada. Partindo dessa ideia, entende-se por crime todo comportamento baseado na agressão a propriedade privada. O Estado se apresenta como um defensor da vida e da propriedade, mas ao mesmo tempo o Estado é um permanente agressor da propriedade privada por meio de tributação e, tributando-o também desrespeita a autopropriedade e ameaça a vida dos que contra ele resistir. Sendo assim, o Estado é protetor e agressor dos mesmos bens jurídicos o que faz a ideia cair numa contradição performativa, pois ninguém pode proteger e agredir algo ao mesmo tempo.

Diante da ilegitimidade estatal, os anarcocapitalistas propõem uma sociedade de leis privadas. Nas quais, os serviços hoje monopolizados pelo Estado, justiça e segurança, serão oferecidos por empresas privadas, baseadas no princípio de não-agressão e em contratos livres com cláusula de saída. Segundo Hoppe, esse é o único sistema condizente com a natureza das coisas, bem como com a natureza humana, capaz de oferecer segurança e geração de riqueza que beneficiaria a todos, inclusive os mais pobres.

## **6. Conclusão**

Hans-Hermann Hoppe, oferece uma crítica consistente e bem fundamentada a democracia moderna. Suas críticas aliás, podem inclusive fortalecer a própria democracia, que atualmente se encontra em crise em todo o mundo.

Ao olharmos o Brasil, vemos tal crise em processo de aprofundamento. As instituições democráticas nunca foram, em regra, motivo de orgulho para o povo

brasileiro. Contudo, com o passar dos anos as pessoas condenam cada vez mais o trabalho dos 3 poderes que constituem nossa república.

A classe política que compõe o executivo e legislativo é, em regra, vista pelo grosso da população como uma casta parasítica focada nos seus próprios interesses. O judiciário, que por muito tempo se viu distante do julgamento popular, está também cada vez mais identificado tal qual a classe política. Essa situação reforça bastante os estudos de autores como Hoppe e Franz Oppenheimer.

O Brasileiro médio possui uma visão um tanto quanto estatista da realidade, sobretudo da realidade econômica. Isso se reflete na classe política que é adepta fiel da redistribuição de riqueza, não coincidentemente, ocupamos segundo o Fórum Econômico Mundial, a posição 71º no Ranking Global de Produtividade. O conselho de Hoppe para o brasileiro é simples, descentralização administrativa e respeito a propriedade privada.

## 7. Bibliografia

- HOPPE, Hans-Hermann. **Democracia: o deus que falhou**; tradução de Marcelo Werlang de Assis. – São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2014.
- OPPENHEIMER, Franz. **The State**. New York: Perennial press, 2018.
- PEDUZZI, Pedro. **Brasil é o 71º em Ranking Global de produtividade, indica relatório**. Brasília: Agência Brasil, 2019. Disponível in: < <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-10/brasil-e-o-71o-em-ranking-global-de-competitividade-indica-relatorio> > Acesso em 07/05/2020.
- ROTHBARD, Murray N. **Anatomia do Estado**; tradução de Matheus Pacini – Campinas, SP: Vide Editorial, 2019.
- SOTO, Jesus Huerta de. **A Escola Austríaca: mercado e criatividade empresarial**. – São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010.

## A ERA DA ECONOMIA DISRUPTIVA: REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA, OMISSÕES JURÍDICAS E AMEAÇAS À EMPREGABILIDADE

**ANNA LUIZA QUEIROZ BEZERRA:**

Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho (UNIFSA).

ALEXANDRA NECO DA SILVA<sup>[1]</sup>

(coautora)

ERIKA CRISTHINA NOBRE VILAR <sup>[2]</sup>

(orientadora)

**RESUMO:** O estudo aborda os impactos das tecnologias disruptivas no mundo do trabalho em seus aspectos de empregabilidade e dos direitos trabalhistas. Apontam-se desde as questões de natureza conceituais e históricas até aquelas, eminentemente, jurídicas para que assim, a temática possa ser compreendida de forma profunda. No artigo fica claro que empresas que usam tecnologias e modelos de negócios inovadores tem se aproveitado das omissões jurídicas, ou seja, da falta de legislação específica que as possa enquadrar, para obter fabulosos lucros, pois, não pagam os encargos que empresas tradicionais precisam arcar. Ademais, alude-se também para questões de regulação, pois, estados e municípios alegam perda com a arrecadação com empresas como a Uber. Frisa-se ainda que já ocorreram uma série de decisões que condenaram a Uber, porém, por serem decisões de primeira instancia e que cabiam recursos, as mesmas têm sido, reiteradamente, derrubadas. Foca-se na importância, segundo os autores citados, de se modificar a legislação trabalhista, mas não para flexibilizar a lei no sentido de tornar as relações de trabalho ainda mais precárias, e sim buscando modernizar o arcabouço jurídico para que ele contemple essa nova realidade que surgiu. Desta maneira os resultados obtidos com a pesquisa apontam que as empresas da denominada economia disruptiva, se aproveitam das omissões jurídicas para operarem seus negócios e ao fugirem dos encargos e regulação também tem contribuído para o impacto direto no que se refere a empregabilidade tanto em sentido formal como estrito, pois, pode gerar desemprego estrutural e até mesmo conjuntural dado os impactos na economia como um todo.

**Palavras-chave:** empregabilidade, tecnologias, inteligência artificial, omissões jurídicas, flexibilização.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 A REVOLUÇÃO TECNOLÓGICO NA ERA DA ECONOMIA DISRUPTIVA. 2.1 A Revolução Tecnológica e o mundo do trabalho, fundamentos históricos e jurídicos. 2.2 Tecnologias disruptivas: Inteligência artificial, automação, startups e seus impactos na flexibilização das relações trabalhistas e empregabilidade. 3 MODELOS DE NEGÓCIOS ASSENTADOS EM TECNOLOGIAS DISRUPTIVAS: INDEFINIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA E AS DEMANDAS LEVADAS AO JUDICIÁRIO. 4 RELAÇÃO EMPREGADO-EMPREGADOR NO CONTEXTO DA ECONOMIA DISRUPTIVA E A NECESSIDADE DE SE RECONFIGURAR O APARATO LEGAL GARANTIDOR DOS DIREITOS TRABALHISTAS. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo destaca os impactos das denominadas tecnologias disruptiva, as quais estão ligadas ao modelo econômico capitalista de produção na sua versão mais atual. Essa nova economia, fruto das inovações tecnológicas, que marcam o cenário da globalização, vem sendo objeto de discussão por parte de muitos estudiosos do campo do Direito do Trabalho, pois, estes pesquisadores entendem, que tais tecnologias podem impactar diretamente o mundo do trabalho, incidindo assim, em questões de legislação trabalhista, não apenas no Brasil, mas no mundo todo.

Em face dessa nova realidade que se apresenta no mercado de trabalho, este estudo, assentando-se nos pressupostos metodológicos, que tomam por base Lakatos; Marconi (2011), tem como problema norteador: as inovações tecnológicas relativas à automação, inteligência artificial e o surgimento das startups, presentes no bojo do que se conhece como economia disruptiva, podem ser consideradas ameaças aos direitos trabalhistas e, especialmente, à empregabilidade em razão das omissões jurídicas que caracteriza as atividades que delas fazem uso? O estudo utiliza como metodologia a pesquisa qualitativa e revisão bibliográfica, posto que, para os objetivos delineados estas bases metodológicas se constituírem mais adequadas.

Justifica-se em face de ser uma temática carente de maiores aprofundamentos teóricos e que tem importância singular para a vida de milhares de trabalhadores, uma vez que, impacta tanto na questão dos direitos trabalhistas, como na própria empregabilidade do indivíduo.

No trabalho, aborda-se a respeito de aspectos relativos ao que se convencionou chamar de “a era da economia disruptiva”, considerando para tanto, o seu impacto sobre o mundo do trabalho, de modo que, destacam-se pontos relacionados à revolução tecnológica, as omissões jurídicas, bem como, a ameaças à



empregabilidade do trabalhador, que em razão da automação e serviços com o uso de tecnologia moderna, pode perder seu posto de trabalho.

Foca-se no primeiro tópico, na compreensão da tecnologia e sua relação com o mundo do trabalho. Neste aspecto pontuam-se os fundamentos históricos e de caráter jurídico, para que assim, seja possível estabelecer um entendimento mais amplo da temática abordada. Por sua vez, o segundo tópico trata de assuntos vinculados à inteligência artificial, a automação, bem como, toca nos novos modelos de negócios baseados em startups e os impactos na flexibilização das relações trabalhistas e empregabilidade que causam.

O terceiro tópico aprofunda a discussão a respeito dos modelos de negócios assentados em tecnologias que são consideradas disruptivas, focalizando a análise nos problemas da indefinição da natureza jurídica existentes, como ainda, nas demandas que são levadas ao Judiciário e os fins que elas alcançam. Já no quarto e último tópico é destacado questões referentes à relação empregado-empregador dentro de um contexto econômico disruptivo, além de elencar-se, a necessidade perene de se reconfigurar o aparato legal que possa ser garantidor dos direitos trabalhistas necessários ao trabalhador.

Por fim, após toda a discussão tratada nos referidos tópicos do artigo, faz-se a conclusão, onde se realiza uma análise geral, mas sem ser repetitiva, pois, o que se busca não é uma mera síntese do que fora abordado no decorrer do trabalho, e sim um entendimento mais amplo e capaz de fechar o trabalho de maneira que se possa ficar claro que tanto a problemática quanto os objetivos delineados foram contemplados no estudo. Portanto, nos tópicos que se seguem, são abordados a partir de uma fundamentação teórica, calcada em vários autores e legislação pertinente, toda uma discussão que coloca luz sobre esta importante e atual temática que é as relações trabalhistas dentro deste novo paradigma inaugurado pelas tecnologias disruptivas.

## **2 A REVOLUÇÃO TECNOLÓGICO NA ERA DA ECONOMIA DISRUPTIVA**

No presente tópico abordar-se-ão pontos importantes relativos ao que se entende por revolução tecnológica. Para tanto, considerar-se-á, os fundamentos históricos e jurídicos relativos à questão para que, a partir destes alicerces teóricos, possa ser possível aprofundar-se nos pontos que se pretendem discutir no decorrer do trabalho, os quais procuram compreender, o cenário da economia disruptiva, calcada na tecnologia de inteligência artificial, automação, surgimento das startups, e seus impactos no mundo do trabalho, ou seja, apontando de que forma essa nova realidade imposta pela evolução científica e tecnológica, pode também ser

considerada uma ameaça a flexibilização dos direitos trabalhistas e empregabilidade, visto que, trata-se de algo novo e que, portanto, se aproveita das lacunas e omissões existentes no Direito do Trabalho, para fugir da rigidez dos ditames da legislação trabalhista.

Discutem-se aspectos relevantes vinculados aos fundamentos históricos e, sobretudo, os jurídicos, com a intencionalidade de que se desenvolva uma visão mais ampla das questões em debate e com isto, compreenda-se, de que forma a tecnologia disruptiva tem modificado o mundo do trabalho.

## **2.1 A Revolução Tecnológica e o mundo do trabalho, fundamentos históricos e jurídicos**

Entre as muitas definições dadas à palavra *revolução* no minidicionário *Gama Kury da língua portuguesa*, esta pode ser compreendida como sendo um processo de “mudança profunda” (KURY, 2001, p.693). Isso significa que quando se fala em revolução tecnológica está a se referir a um conjunto amplo de mudanças que tendem a impactar a realidade social nas suas diferentes instâncias, incluindo-se aí, portanto, o mundo do trabalho.

Quando se analisa a história humana é possível compreender uma série de características que podem ser verificadas a partir do estudo dos diferentes historiadores que as narra, mas talvez, a maior de todas elas, vincula-se aos pressupostos teóricos-metodológicos da filosofia de Heráclito (sec. VI-V a. C) e Parmênides (c.544-450 a.C), a saber, a mudança e a permanência eternas, ou seja, o mundo está sempre mudando, ao mesmo tempo em que, algumas características tendem a permanecer, mesmo que com formas diferentes de existir (JAPIASSÚ; MARCONDES, 1996).

Trazendo para a realidade do mundo do Direito do Trabalho, é possível compreender tais pressupostos na seguinte questão: as tecnologias, sobretudo, as disruptivas, promovem mudanças grandiosas, mas ao mesmo tempo, não são capazes de responder a todas as necessidades humanas, de modo que, algumas ou mesmo muitas, contingências tendem a permanecer, necessitando, portanto, de regulações claras, posto que, por serem novidades, nem sempre são abarcadas especificamente, pela legislação do tempo presente, de maneira que, muitas mudanças de caráter tecnológico não impactam apenas o aspecto formal do trabalho, ou seja, a questão laboral em si, mas também o jurídico, a legislação trabalhista (MARQUES, 2018).

De acordo com o historiador israelense, Yuval Noah Harari, em sua obra, *Sapiens: uma breve história da humanidade*, existem uma série de mudanças

ocorridas no mundo, que ele classifica, em conformidade com o pensamento historiográfico dominante, como sendo revoluções, pois, elas impactaram grandiosamente a humanidade e o mundo que se conhece. Na classificação de Harari, tais revoluções foram responsáveis por gerar variados elementos que ajudam a entender como a humanidade chegou ao estágio atual e ele, em seu exercício intelectual, enumera as três revoluções que teriam definido o curso da história humana:

Três importantes revoluções definiram o curso da história. A Revolução Cognitiva deu início à história, há cerca de 70 mil anos. A Revolução Agrícola a acelerou, por volta de 12 mil anos atrás. A Revolução Científica, que começou há apenas 500 anos, pode muito bem colocar um fim à história e dar início a algo completamente diferente (HARARI, 2018, p.8).

Todas as profundas mudanças causadas por as três revoluções referidas pelo professor Yuval Noah Harari, só foram possíveis em razão de fatores relacionados à estrutura evolutiva do ser humano, bem como, em face das questões de ordem técnica, visto que, o ser humano ao longo do seu processo evolutivo, desenvolveu meios para interagir com a natureza, adaptando-se a ela num primeiro momento e, posteriormente, quando detentor de maior conhecimento a respeito dos fenômenos e leis presente na mesma, modificando-a. Ressalte-se que para o foco deste trabalho, a revolução científica é a mais importante, pois, fora por meio dela, que as chamadas tecnologias disruptivas, se inseriram no contexto social amplo e impactam o mundo do trabalho.

Nos períodos pré-históricos aos quais se refere o autor de *sapiens*, não se pode ainda falar em Direito do Trabalho ou legislação trabalhista, pois, tais elementos ainda não se faziam presentes no mundo do homem pré-histórico, porém, torna-se importante conhecer essa realidade antiga – mesmo que de forma não profunda, dado o escopo do trabalho -em razão de que foi a partir dos agrupamentos humanos primórdios, onde o homem se torna sedentário, que a sociedade começou a se organizar e desenvolver técnicas que a fizeram avançar até se tornar cada vez mais complexa, chegando a um nível de se exigir regulações das relações em sociedade, para que com isso, se garantissem a própria sobrevivência social dos seres humanos, neste momento, nasce o Direito: “o Direito regula o convívio social, assegurando-lhe as condições mínimas de existência, de desenvolvimento e paz” (CARVALHO; CARVALHO; PRADO, 2014, p.63).

Com o passar dos séculos o Direito foi se tornando cada vez mais complexo, dado que a organização da vida em sociedade, igualmente, tornara-se complexa, exigindo-se, portanto, novas respostas.

É neste contexto que se aprofundam os estudos e as delimitações do Direito, dividindo-se em ramos e especialidades. Com o avanço do Direito, foi sendo moldado o modelo de Estado, até chegar na forma de Estado Moderno no qual se consagra o chamado Estado de Direito, que segundo o ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Alexandre de Moraes, em seu livro, *Direito constitucional*, caracteriza-se por apresentar alguns contornos bem específicos. Ei-los:

O Estado de Direito caracteriza-se por apresentar as seguintes premissas: (1) primazia da lei, (2) sistema hierárquico de normas que preserva a segurança jurídica e que se concretiza na diferente natureza das distintas normas e em seu correspondente âmbito de validade; (3) observância obrigatória da legalidade pela administração pública; (4) separação de poderes como garantia da liberdade ou controle de possíveis abusos; (5) reconhecimento da personalidade jurídica do Estado, que mantém relações jurídicas com os cidadãos; (6) reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais incorporados à ordem constitucional; (7) em alguns casos, a existência de controle de constitucionalidade das leis como garantia ante o despotismo do Legislativo (MORAES, 2016, p.56).

No Brasil, o Direito do Trabalho fundamenta-se, em termos jurídicos e filosóficos, nos pressupostos do Estado de Direito, de modo que, as revoluções tecnológicas que tocam o mundo do trabalho, podem obrigar a novas reconfigurações em termos de relações de trabalho e, por conseguinte, no aparato legal inerente, mas sempre procurando respeitar a primazia da lei, sobretudo, a Lei Maior, a Constituição (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Cabe apontar que o sociólogo espanhol, Manuel Castells, em seu livro *A sociedade em rede*, trava uma importante discussão a respeito dos impactos das questões tecnológicas na transformação das sociedades humanas, sobretudo, no tocante às tecnologias ligadas ao mundo informacional. No livro ele faz um recorte histórico que abarca desde as grandes transformações advindas com a Revolução Industrial até a relação do capitalismo em todo esse processo, para que através destes pressupostos, seja possível apreender, de forma profunda, como as tecnologias moldam o mundo contemporâneo nas suas diferentes instâncias, entre

as quais, a do trabalho que, igualmente, se apresenta em variadas modalidades (CASTELLS, 1996).

A partir dessa compreensão sucinta referente aos determinantes históricos gerais que explicam o caráter de mudanças que caracteriza a vida humana, bem como, a complexidade social que exige a existência do Direito para regular as relações humanas, é possível avançar nas discussões relevantes necessárias a este trabalho. Assim, ao buscar entender as conexões entre a revolução tecnológica em curso e seus impactos no mundo do trabalho, é fundamental que se compreenda, antes de qualquer coisa, o próprio fundamento do Direito do Trabalho.

Desta forma, de acordo com o professor César Reinaldo Offa Basile, em sua obra, *Direito do Trabalho: teoria geral a segurança e saúde*, a legislação que se formou ao longo do tempo e que veio a compor aquilo que se conhece como Direito do Trabalho brasileiro, teve seu início ainda no século de XIX, mas sendo apenas no século XX seu apogeu:

Após a libertação dos escravos e a propagação do trabalho livre (assalariado), foi registrado o primeiro dispositivo constitucional de direito social e proteção ao trabalho (1891), consubstanciado na liberdade de associação, sem armas. No entanto, sem dúvida alguma, foram os imigrantes europeus do período pós-guerra (a partir de 1919) que trouxeram a ideologia de liberdade e igualdade (iguais para morrer, iguais para viver), influenciando os movimentos classistas e a criação de diversas normas trabalhistas (BASILE, 2012, p.19).

Algo que se deve pontuar nesta questão é que, modernamente, o Direito do Trabalho tem uma íntima ligação com a revolução tecnológica desde o seu início, visto que, esse período ao qual o autor se refere, é justamente o momento em que os parques fabris estão em expansão no Brasil, sobretudo, na região Sudeste.

Nesta época o Brasil começava a se inserir no processo de industrialização, o qual teve seu epicentro na denominada Revolução Industrial ocorrida principalmente na Europa. Por conta disto, além de outros fatores, o país passou também a buscar uma regulamentação das questões trabalhistas, pois, segundo aponta Rodrigo Paiz Basso, tal revolução que é, sobretudo, baseada na inovação tecnológica, com a invenção da máquina a vapor, motor de combustão entre outros aparatos que contribuíram para o crescimento da produção de bens de consumo variados, foi catalisadora das primeiras e rudimentares leis voltadas às relações de

trabalho no contexto da modernidade de que se tem notícia em solo pátrio (BASSO, 2019).

Compreende-se que os pressupostos históricos de que se faz uso, para entender e explicar a realidade referente a revolução tecnológica e o mundo do trabalho, tornam-se úteis para apontar alguns aspectos da evolução tecnológica dentro da realidade do mundo do trabalho tendo como foco o contexto brasileiro. Ademais, é mister considerar ainda o próprio conceito de Direito do Trabalho:

Em uma concepção subjetivista (pessoal), o Direito do Trabalho pode ser conceituado como o conjunto de princípios e regras jurídicas aplicáveis às relações interpessoais por ocasião do trabalho ou eventualmente fora dele, enquanto, sob o enfoque objetivista (material), como o corpo de princípios e normas jurídicas que ordenam a prestação do trabalho subordinado e os riscos que dela se originam (BASILE, 2012, p.21).

Essas definições conceituais elencadas são importantes, porém, não são o foco deste trabalho, mas por serem fundamentais para se entender a legislação que se formou ao longo das décadas, são referidas. Ressalte-se que as mudanças que formam o corpo da legislação trabalhista, objeto de estudo do Direito do Trabalho, teve o seu ápice no século XX no período da chamada Era Vargas, momento no qual acontecera uma série de mudanças que impactaram a economia, política, cultura, sociedade e, sobretudo, a legislação trabalhista, do Brasil. Foi nesse momento que aconteceu a Consolidação das Leis trabalhistas (CLT):

Durante a fase intervencionista do Estado Novo e a égide da Constituição Federal de 1937 (corporativista, criando o sindicato único e proibindo o direito de greve, incompatível com os interesses da produção nacional), foi editado o Decreto-Lei n. 5.452, em 1º de maio de 1943 (com vigência a partir de 10 de novembro de 1943), aprovando a Consolidação das Leis do Trabalho, reunião sistemática de todas as leis trabalhistas esparsas existentes à época (não se tratando de um Código Trabalhista, uma vez inexistente direito novo) e que até hoje continua sendo a principal norma jurídica regente das relações de emprego (BASILE, 2012, p.20).

Mesmo sendo considerado um avanço, a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), devido se pautar pelos ditames autoritários da Constituição Federal de 1937, em pleno Estado Novo, teve pontos negativos, pois, proibia-se o direito a greve, só



sendo restabelecido tal direito na Constituição de 1946, momento em que Getúlio Vargas já não estava mais no poder.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual poria fim de vez aos últimos resquícios do Regime Militar, as questões trabalhistas passaram a ser um dos pontos relevantes. No Art. 1º da Carta Magna, em seu inciso IV, declara-se que a República se assenta, entre outros fundamentos, em: “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (Brasil, Constituição Federal, 1988). Isto significa consagrar na Carta Maior, uma importante área da vida social, a saber, a instância destinada ao trabalho, pois, o trabalho é condição necessária ao desenvolvimento de qualquer sociedade.

Nesta toada é relevante considerar o que está destacado no Art. 3º da Carta Maior, visto que neste artigo estão referidos um elenco de pontos relacionados àquilo que o texto constitucional classifica como sendo os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

**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 (Brasil, Constituição Federal, 1988).

Para se atingir tais objetivos elencados no art. 3º da Constituição Federal, é condição *sine qua non*, que o trabalho exista, pois, é por meio do trabalho que o homem produz os meios de que precisa para viver. Portanto, a revolução tecnológica que afeta o mundo do trabalho, pelo que se verificou, foi responsável por transformar os aspectos de produção, as práticas laborais, como também até mesmo o surgimento, organização e desenvolvimento daquilo que se entende, como Direito do Trabalho. Fica também evidente que, dada as muitas e intensas mudanças que ocorrem no mundo, necessita-se avançar na solução relativa às questões trabalhistas, ou seja, preenchendo as lacunas que possam surgir em face da dinâmica social e econômica no tocante às novas tecnologias (LEITE, 2017).

Portanto, ao compreender todas as questões elencadas no presente tópico, torna-se possível aprofundar a discussão no sentido de buscar entender os aspectos relacionados à inteligência artificial, a automação como ainda, referente às empresas baseadas em modelos de startups e os impactos que estas causam no tocante ao emprego e legislação trabalhista.

## **2.2 Tecnologias disruptivas: Inteligência artificial, automação, startups e seus impactos na flexibilização das relações trabalhistas e empregabilidade**

Analisa-se nesta altura do trabalho, pontos de grande relevância relacionados com a automação, inteligência artificial e startups. Para tanto, serão considerados os impactos que estas inovações geram no mundo do trabalho no que toca aos aspectos da flexibilização das relações trabalhistas, bem como, a conexão direta com a empregabilidade do cidadão, pois, são pontos que devem ser levantados em conta num cenário de mudanças grandiosas, as quais têm rompido com os modelos tradicionais de economia.

Neste sentido, pode-se destacar que, o mundo atual passa por uma série de transformações de caráter político, social, cultural, científico e tecnológico, as quais impactam diretamente as relações presentes no mundo do trabalho. É imperioso, para quem estuda o Direito do Trabalho, entender aquilo que vem sendo chamado de "revolução tecnológica disruptiva", sobretudo, no que se refere à "inteligência artificial", "automação" e "startups".

As questões relacionadas às tecnologias disruptivas e modelos de negócios elencados anteriormente são importantes, visto que, podem não apenas gerar condições mais eficientes na atividade econômica, como também, modificar as tradicionais relações de trabalho e até mesmo, ameaçar a empregabilidade em termos formais (vínculos empregatícios), como ainda, em sentido estrito (desemprego estrutural), daí ser fundamental a compreensão, por parte dos operadores do Direito do Trabalho, de tais pontos.

Desta forma, para que se compreenda as tecnologias disruptivas e seus impactos na legislação trabalhista pátria, e também na empregabilidade, é fundamental entender do que de fato se tratam as mesmas. Assim, Maria Antonieta, Thaís Cláudia D'afonseca e Maria Cecília Máximo Teodoro destacam a aplicação do termo disrupção. Eis o que afirmam:

O termo disrupção surge aplicado à economia para expressar as inovações que rompem com o processo tradicional de produção e reprodução de bens. Como o próprio nome sugere, a economia disruptiva gera uma fratura no modelo econômico, quebrando seu curso estático. A disrupção normalmente é propiciada pelos avanços tecnológicos, mas não necessariamente qualquer inovação tecnologia é disruptiva, assim como nem toda disrupção necessita ser tecnológica (ANTONIETA; D'AFONSECA; TEODORO, 2017, p.4-5).

Fica evidente, pelo que se aponta, que a disrupção tem relação direta com as mudanças profundas que se operam no modelo econômico e que, embora, geralmente esteja muito relacionada às tecnologias, sobretudo, as mais inovadoras, isso não é condição obrigatória para que uma modalidade de negócio seja considerada disruptiva, pois, o que a vai enquadrar neste modelo, é o rompimento com os processos tradicionais relativos à produção dos bens e a prestação de serviços, visto que, são estas características que podem demonstrar o grau de distanciamento de padrões arcaicos. Evidencia-se, desta forma, a necessidade de se compreender que elas colocam desafios às questões trabalhistas, em razão de que: "Inovações disruptivas impõem aos Estados os desafios de decidir quando, por que e até onde regular, além da definição do melhor desenho regulatório para cada caso" (BAPTISTA; KELLER, 2016, p.2).

Como já fora elencado no presente estudo, o Direito do Trabalho, tem uma ligação muito próxima com o desenvolvimento tecnológico, visto que, no processo de Revolução Industrial, momento histórico de grandes transformações econômicas, políticas e sociais; é que esta área do Direito, em termos de suas bases modernas, passou a ser formulada como parte de uma nova demanda advinda da relação empregado-empregador, pois, nesse período ao qual se refere, as condições de trabalho, tanto em termos laborais como jurídicos, eram extremamente precárias, de modo que, necessitava-se de clareza para que se garantissem melhores condições de salubridade nos ambientes de trabalho e também no que se refere a retaguarda jurídica.

Essa conexão é tão evidente que, segundo a professora Alice Monteiro de Barros, em sua volumosa obra, *Curso de Direito do Trabalho*, a mesma afirma que o Direito do Trabalho, no passado recebera inúmeras denominações, entre as quais, Direito Industrial, mas que tal nomenclatura, em razão da limitação óbvia, precisou ser substituída, para que assim, no corpo do Direito do Trabalho, fossem contempladas todas as diferentes as formas existentes de trabalho e não só àquela de caráter industrial, pois, segundo a autora: "a esfera normativa do Direito do Trabalho estende-se muito além dos operários de fábricas e empregados da indústria e abrange setores do comércio, banco, ensino, transporte, serviços em geral, etc." (BARROS, 2016, P.65).

Os desafios que se colocam ao Direito do Trabalho na contemporaneidade são grandiosos, porém, são diferentes daqueles existentes na época da Revolução Industrial, visto que, na atualidade já está contemplado no Direito do Trabalho todo um corpo teórico e legal, mui embora, ainda assim, não seja suficiente para fornecer as respostas necessárias a todas as questões, fazendo emergir, portanto, lacunas

neste campo, fato que força, por vezes, readequação a flexibilização das relações trabalhistas como defendem alguns teóricos do assunto (SILVA, 2011).

É importante apontar que a Inteligência artificial e automação, presentes no contexto econômico atual, como fruto das tecnologias disruptivas, tem afetado o mundo do trabalho em variados aspectos, de modo que, muitos estudiosos da economia, sociologia e, sobretudo, os que se debruçam sobre os pressupostos teórico-metodológicos do Direito do Trabalho, buscam entender como conciliar o desenvolvimento tecnológico, ao mesmo tempo em que, se possa assegurar a empregabilidade e os direitos trabalhistas, evitando desta maneira, tanto a precarização das relações de trabalho, como também o desemprego de caráter estrutural, ou seja, aquele advindo em razão de aspectos tecnológicos.

É importante elencar que esta preocupação não é nova, pois, desde a Revolução Industrial, ela já se fazia presente, porém, com o avanço avassalador das novas tecnologias de automação e inteligência artificial, bem como, o surgimento das *startups*, isso se tornou ainda mais intenso:

A convivência do homem e da automação no meio ambiente laboral, além de impulsionar a força de trabalho humana, também pode ocasionar prejuízos aos trabalhadores, colocando-os em condição de vulnerabilidade, caso não sejam oportunizadas alternativas para um convívio harmônico, por meio da equiparação dos direitos do trabalhador vulnerável em face da robotização, descortina-se o caso recente da empresa de jeans Levi's, que substituiu grande quantidade de seus trabalhadores por robôs, mais eficientes no trabalho do laser, atendendo à clientela que procura peças com aspecto desgastado ou com rasgões, permitindo a produção de seus artigos em maior quantidade e em menor tempo, se comparado à ação dos operários (MARQUES, 2018, p.61).

Essa questão da empregabilidade deve ser vista sobre dois aspectos: aquele que se refere ao caráter formal (legal), ou seja, quando a pessoa está trabalhando, em conformidade com o que diz o Art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e também no tocante ao aspecto informal, onde a pessoa, mesmo desenvolvendo uma atividade laboral, por não existir os vínculos necessários, não pode ser considerada empregada:

**Art. 3º** Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a

dependência deste e mediante salário. Parágrafo único. Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual (BRASIL, CLT, 2017, p.18).

Desta maneira quando uma pessoa perde o emprego em razão de inovações tecnológicas, tais como automação e inteligência artificial, ou mesmo em virtude da empresa que ela trabalha, terceirizar as atividades meios e fins, a uma *startup*, pode ser que, muitas vezes, busque a informalidade para garantir sua sobrevivência e assim, mesmo desenvolvendo uma atividade laboral, não é do ponto de vista legal, empregada, pois, não existe o vínculo empregatício, encaixando-se na mera informalidade.

O desemprego estrutural, aquele advindo com o processo de automação ou mesmo em razão da inteligência artificial, tem sido cada vez mais presente no Brasil e no mundo. Por conta de ser uma questão que pode impactar diretamente a vida das pessoas e em face de que a Constituição do Brasil, em seu artigo 6º, trata do trabalho como sendo um dos chamados “direitos sociais” (BRASIL, Constituição Federal, 1998), o trabalho formal em conformidade com a CLT, torna-se muito importante.

É por meio da regulação, dos vínculos empregatícios, que o trabalhador pode assegurar os direitos que a lei lhe propicia. Ao se tratar do desemprego causado pelas tecnologias disruptivas, a questão fica ainda mais dramática, necessitando desta forma, que se busque compreender que todo este processo de inovação tem levado não apenas a melhoria da produção e prestação de serviços, mas, igualmente, a uma intensa crise de empregabilidade, bem como, desencadeado um processo de pregação em defesa da flexibilização de questões trabalhistas.

Para que se garanta a empregabilidade sem que para isso, se renuncie às novas tecnologias, é fundamental que o marco legal seja bem estruturado, que os processos regulatórios sejam claros e calcados nos fundamentos constitucionais, pois, só assim será possível garantir uma retaguarda jurídica que estabeleça o desenvolvimento econômico, visto que tanto o direito ao emprego como a livre iniciativa, serem contemplados na Lei Maior (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Ademais, é fundamental entender essas novas tecnologias, pois, elas tendem a ser cada vez mais, presente na vida moderna. Devem-se compreender ainda, os modelos de negócios que são assentados nestas tecnologias disruptivas, bem como, as indefinições de caráter jurídico e, por conta disto, as muitas demandas levadas ao judiciário, o que tem obrigado uma reflexão dentro do Direito do Trabalho.

### **3 MODELOS DE NEGÓCIOS ASSENTADOS EM TECNOLOGIAS DISRUPTIVAS: INDEFINIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA E AS DEMANDAS LEVADAS AO JUDICIÁRIO**

Neste ponto do artigo impende-se analisar, questões que se vinculam a indefinição da natureza jurídica e demandas que chegam ao Judiciário no que se refere aos modelos de negócios que se assentam nas tecnologias disruptivas. Enumeram-se pontos importantes relativos aos modelos de negócios, bem como, a oposição que eles têm sofrido por parte das autoridades e também de categorias de modelos econômicos tradicionais.

Apontam-se ainda possíveis soluções para tal impasse, visto que, o trabalhador sendo o elo mais fraco das relações presentes no mundo do trabalho, precisa ter por parte do Estado, uma retaguarda que lhes forneça as condições de não apenas ter uma atividade remunerada, mas que esta seja capaz de lhe possibilitar os recursos e também manter a sua dignidade enquanto pessoa humana.

Os modelos de negócios baseados nas tecnologias disruptivas, além das características já elencadas, costumam se apresentar, em termos de Direito do Trabalho, a partir de uma indefinição de sua natureza jurídica, o que é um dos aspectos que os colocam como atrativos para os empreendedores, pois, estes buscam brechas na legislação para que com isso, se eximiam de uma série de responsabilidades de cunho trabalhista que teriam em um modelo econômico tradicional, onde a relação empregado-empregador, é clara e tem implicações jurídicas bem definidas.

Tal padrão de negócio é também uma das vantagens aventadas pelos estudiosos da área econômica e contribui, segundo os especialistas, em grande medida para os altos lucros destas empresas, pois de acordo com o que normatiza a CLT em seu artigo 2º, a definição de empregador se guia por definições bem delineadas, de modo que, os encargos trabalhistas e todas as responsabilidades relativas ao trabalhador, geram maiores impactos financeiros para os modelos de negócio tradicionais:

**Art. 2º** Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos de atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.

§ 1º Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras



instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados (BRASIL, CLT, 2017).

Não restam dúvidas, ao observar o presente artigo da CLT, de que existam características claras do que seja a figura do empregador, e para alguns estudiosos do Direito do Trabalho, a falta de clareza jurídica presente no enquadramento dos novos modelos de negócios disruptivos é que leva a confusão ao mundo do trabalho, haja vista que, a Justiça não pode recusar a demanda do cidadão em procurar seus direitos, posto que, se o fizesse estaria entrando em choque com os princípios e dispositivos constitucionais que lhes garante tal acesso (BRASIL, Constituição Federal, 1998). Assim, devido as características peculiares do modelo de negócio calcado na economia disruptiva, mesmo não podendo recursar as demandas dos trabalhadores, as lacunas jurídicas impedem que decisões sejam favoráveis aos trabalhadores, requerendo assim, que os legisladores se debrucem sobre essa questão para que encontrem soluções, pois, o que se tem notado é a exploração do trabalho em razão da omissão legal (BAPTISTA; KELLER, 2016).

Entre as empresas que adotam modelos de negócios baseados nas tecnologias disruptivas, podem ser citadas as que fazem transporte de passageiros a partir do uso de plataformas de aplicativos. Estas empresas, em geral são startups, que aproveitando o cenário de mudanças e as lacunas existentes no aparato legal, que as possam enquadrar, operam no mercado obtendo lucros, em geral, fabulosos.

Dentre as organizações empresariais que tem se destacado e feito uso desta indefinição jurídica, no tocante às lacunas regulamentadoras e de caráter trabalhista, sem dúvida nenhuma, a Uber é a que tem mais visibilidade quando o assunto é transporte de passageiros e é ela também, a que mais tem enfrentado reações pelo mundo a fora.

A oposição a Uber parte tanto de autoridades governamentais, categorias tradicionais prestadoras de serviço de transporte, como por exemplo, os taxistas, como ainda dos próprios motoristas que trabalham com a referida empresa, os quais a Uber chama de colaboradores:

O oferecimento de serviços de transporte particular por meio da plataforma digital para smartphones Uber - lançada nos Estados Unidos em 2010 e em operação no Brasil desde 2014 - tem despertado intensas reações não apenas dos prestadores dos serviços de transporte de passageiros regulamentados como de autoridades públicas das diversas esferas de poder. Na França, a Uber teve diretores presos, foi condenada pela

Justiça a pagar indenização à União Nacional de Táxis e segue enfrentando a resistência das autoridades (BAPTISTA; KELLER, 2016, p.3).

Dentro da realidade brasileira a Uber também enfrenta problemas, porém, ao contrário de outros países, as decisões no tocante aos motoristas que atuam junto a Uber, que muitas vezes, recorrem à Justiça, a fim de que direitos trabalhistas que acreditam possuir, sejam assegurados; tem sido, em geral, marcada por decisões desfavoráveis, beneficiando assim, mesmo que não de forma proposital, a Uber. A alegação é que, em razão do modelo de negócio, não ser possível caracterizar o vínculo empregatício o que faz, o modelo utilizado pela Uber no Brasil ser indefinido em termos de legislação trabalhista.

Isso contribui, entre outros fatores, para que a empresa opere no território nacional e tenha grandes lucros no país, mas para alguns; tal situação poderia ser mudada e para isto, tanto no âmbito da questão referente a proteção do trabalhador, buscando reformular a legislação, para que ela possa alongar o elenco do que seria relação empregatícia, como também em relação a regulação das operações de empresas como a Uber, posto que, estados e municípios alegam perder receitas pela falta de uma regulação.

As outras categorias que também trabalham com transporte de passageiros como taxistas e mesmo empresas de ônibus, enxergam na Uber e demais empresas que usam o modelo de negócio similar a gigante do Vale do Silício, uma concorrência desleal:

A velocidade dos avanços tecnológicos, especialmente os da tecnologia digital e de dados, tem posto às administrações públicas, estatais e supraestatais, os desafios de decidir quando, por que e até onde intervir e disciplinar essas inovações. Não que haja propriamente uma novidade aí. De há muito, em praticamente todos os campos da atividade humana, as organizações estatais se veem confrontadas com essas questões. A regulação das novas tecnologias digitais não parece divergir substancialmente das decisões ordinárias da vida do Estado sobre a disciplina das demais atividades humanas (BAPTISTA; KELLER, 2016, p.5).

Para os usuários de serviços como o que é prestado pela Uber existem uma série de vantagens. Àquelas pessoas que se encontravam totalmente afastadas do mercado de trabalho também enxergam vantagens. Parta este segundo grupo,

porém, em um momento posterior, “tais vantagens” poderão significar atividade precárias dadas as condições de instabilidade econômica e insegurança jurídica no tocante à proteção que um emprego formal lhes poderia garantir, visto que, de acordo com o que preconiza a Constituição Federal em seu artigo 7º, existirem uma série de direitos que o trabalhador é detentor, os quais certamente lhes podem ser úteis, sobretudo, em momentos de infortúnio:

**Art. 7º** São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; II – seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III – fundo de garantia do tempo de serviço; IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; V – piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Estes direitos elencados no artigo 7º da Constituição Federal de 1988 são ofuscados em modalidades de negócios como Uber, pois, os motoristas não são vistos como empregados e sim como colaboradores da empresa, sendo partícipes, de uma propalada economia compartilhada.

Essa tese, porém, é contestada por autores que dizem que a insegurança jurídica pode ser suprida com uma boa legislação, visto que, a Uber e outras empresas semelhantes, se eximirem da relação empregatícia em sentido formal, mas que teriam uma série de práticas que as poderiam enquadrar neste quesito, sendo elas, em verdade, empresas que se utilizam da omissão legal, da falta de clareza da lei, para lucrar.

Para que se evite os problemas que o mundo do trabalho vem enfrentando em face da insegurança jurídica advinda com os modelos de negócios disruptivos, muitos autores sustentam que se poderia mudar a legislação trabalhista, adequando-a a nova realidade, pois, legisladores ao considerarem as peculiaridades do momento presente, não deveriam encarar as relações de trabalho, inauguradas com esses novos modelos de negócios, a partir de uma perspectiva da legislação que se aplica aos modelos tradicionais, pois seria neste ponto que residiria o erro. Desta maneira,

não se deveria flexibilizar as leis ou afrouxar direitos e sim, considerar o contexto para que se possa direcionar respostas adequadas a cada situação:

Existem autores que compreendem as relações de trabalho na economia de compartilhamento não se enquadrando dentro dos institutos trabalhistas, pois, ao mesmo tempo em que não há vínculo empregatício, não se verifica o trabalho autônomo. Haveria uma zona cinzenta que dificultaria a caracterização do trabalho em um sentido ou no outro, sendo que essa situação demandaria a criação de uma nova figura trabalhista que permitisse estabelecer de forma objetiva as diferenças do trabalho realizado na economia de compartilhamento com a relação de emprego e com os autônomos (OITAVEN, 2018, p.22).

A partir dos pressupostos apresentados na citação, verifica-se que para alguns estudiosos, mesmo que não se pudesse enquadrar a Uber e similares na legislação trabalhista vigente, isso não significa que não se possa buscar meios de suprimir as lacunas existentes, garantindo assim, uma retaguarda jurídica, pois, deveria ser criada uma figura trabalhista diversa da que está na CLT e CF/88 e desta maneira, trazer alguma proteção ao trabalhador de modo que quando este procurasse a justiça, suas demandas fossem atendidas, posto que, para estes autores tais reivindicações sejam justas e acabam não tendo êxito em razão das incertezas e pouca clareza da legislação atual diante do novo modelo de negócio que a Lei Trabalhista não teria como prever que surgiria.

Estes pontos são importantes, pois, diante da atual legislação, a relação empregado-empregador coloca uma questão crucial, a saber, a necessidade de uma reconfiguração do aparato legal no sentido de que isto possa trazer garantias no tocante aos direitos trabalhistas, haja vista que se deve entender que as leis estão intimamente relacionadas com as necessidades da sociedade, ou seja, a partir do momento que determinada legislação se torna obsoleta, sejam em partes, ou em sua totalidade, ela precisa ser reformada ou então, superada por uma mais condicente com os novos tempos, pois, do contrário não terá serventia e pior que isso, poderá inclusive, trazer prejuízos a sociedade.

#### **4 RELAÇÃO EMPREGADO-EMPREGADOR NO CONTEXTO DA ECONOMIA DISRUPTIVA E A NECESSIDADE DE SE RECONFIGURAR O APARATO LEGAL GARANTIDOR DOS DIREITOS TRABALHISTAS**

Este último tópico abordará pontos de grande valia para o debate que se trava neste estudo, a saber, as questões vinculadas à relação de empregado-empregador presentes no contexto de economia disruptiva, buscando-se apontar, baseando-se na legislação trabalhista atual e autores que estudam o assunto, quais seriam as melhores e mais viáveis soluções para esta questão crucial, que seja, a reconfiguração do aparato legal que possa garantir os direitos trabalhistas aos trabalhadores.

Em verdade tais questões já começaram a ser discutidas nos tópicos anteriores, porém, serão agora aprofundadas, pois, colocar-se-ão mais elementos que possam substanciar o estudo e possibilitar um entendimento mais profundo, de modo que, fiquem mais claras.

Ante à realidade imposta pelas tecnologias disruptivas que tem transformado a economia, o mundo do trabalho e, por conseguinte, impactado a legislação trabalhista, obrigando aos operadores do Direito, bem como, os legisladores debruçarem-se sobre meios que sejam possíveis de dar as respostas de que a sociedade precisa, sobretudo, a resposta aos trabalhadores, é que se considera àquilo que está previsto no Art. 6º CLT:

**Art. 6º** Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. *Parágrafo único.* Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio (BRASIL, CLT, 2017, p.19).

Este artigo presente na CLT aponta para duas questões fundamentais: a primeira, a que se refere a necessidade de caracterização de vínculo empregatício, para que desta forma, os direitos trabalhistas de que fala a CLT e que são assegurados na Constituição, possam ser garantidos; a segunda, se refere ao fato de a lei considerar os aspectos de ordem tecnológica como sendo equiparáveis, para fins de questão jurídica, desde que, como referido, passem no filtro da caracterização de que fala o Art. 3º da mesma lei.

Neste ponto, surge novamente a questão relativa à incerteza jurídica que abre brechas para que empresas como a Uber fiquem isentas de uma pressão da legislação trabalhista, visto que, o modelo de negócio, impende que as relações de

trabalho, possam ser caracterizadas como vínculos empregatícios, quando se consideram o Direito do Trabalho pátrio. Essa questão é, porém, para alguns estudiosas relativa, pois, mesmo não existindo uma legislação específica capaz de abarcar tal segmento, é possível através de princípios gerais do Direito do Trabalho, estabelecer retaguarda jurídica segundo alegam os que se debruçam sobre este assunto.

Os estudiosos do Direito do Trabalho advertem, ser fundamental buscar reconfigurar a legislação trabalhista para que esta possa contemplar as novas modalidades e modelos de negócios que surgiram e assim, se adeque ou se alarguem aquilo que se deve entender por vínculo empregatício, pois, entendem que mesmo uma empresa como Uber, não sendo uma organização típica que se caracteriza a partir da existência de corpo de funcionários com vínculos, que batem cartão, posto que seja, uma plataforma onde os motoristas se cadastram e prestam serviços de transporte, ainda assim, existem várias características que podem denunciar que a Uber e empresas similares, agem como empresas normais/tradicionais, apenas fazem uma grande propaganda para se eximirem de leis trabalhistas:

A Uber é para o mundo dos negócios um especial exemplo de excelência em comunicação empresarial, pois em todas as plataformas de divulgação da marca, e dirigindo-se a todas as categorias de ouvintes, sejam clientes, parceiros, usuários, investidores, políticos, concorrentes, enfim, a qualquer ouvinte, a Uber repete sempre a mesma afirmação – somos uma plataforma de tecnologia (ANTONIETA; D’AFONSECA; TEODORO, 2017, p.16).

Evidencia-se, por meio da legislação trabalhista vigente, que as lacunas presentes no arcabouço jurídico a respeito de como enquadrar as questões trabalhistas neste novo ambiente de trabalho, em que cada vez mais, as empresas de tecnologias disruptivas se impõem, podem sim, ser supridas e elas não são as únicas razões de empresas como a Uber se eximirem, pois, como destacado por meio da citação acima existe também, todo um processo ideológico de propaganda para fazer com que o discurso de uma empresa moderna seja ecoado de modo que até mesmo, os seus colaboradores, acabem se alienando dos seus possíveis direitos.

A Uber e empresas similares, alegam que seus colaboradores têm autonomia e que esta é uma das provas de que não seja possível uma regulação em termos trabalhistas, visto que, os elementos que poderiam permitir tal regulação, estariam ausentes. Isto, no entanto, é questionado por àqueles que estudam a questão a



fundo. Para estes, a Uber e outras empresas que possuem características semelhantes a ela, apresentam diversos elementos, mesmo que de forma não tão clara, que as colocam em situações que poderiam enquadrá-las nos pressupostos legais.

Para tais estudiosos, a suposta autonomia dos colaboradores não existe, uma vez que, todas as principais decisões relativas a preço, suspensão entre outras questões relevantes, se dão de forma unilateral. Alegam ainda que a Uber monitora seus colaboradores, buscando forçar que eles produzam, algo não muito diferente do que ocorreria dentro de uma empresa tradicional:

No tocante ao monitoramento do trabalho e ao aumento dos preços, verifica-se uma assimetria de informações entre o aplicativo e os motoristas. Há situações nas quais o trabalhador identifica que em determinado local a tarifa está mais elevada e se desloca para atender a região. Contudo, o motorista pode receber chamado de cliente que está em local com tarifa menor, uma vez que a precificação não leva em conta a localização do trabalhador. Ainda, o valor da tarifa é fixado pela empresa sem qualquer consulta prévia aos motoristas, o que indica um desequilíbrio entre as partes (OITAVEN, 2018, p.20).

Portanto, fica evidente, por certas características aqui elencadas que se faz necessário, que a legislação trabalhista seja reconfigurada, para que desta maneira, possa ser possível abarcar as diversas situações existentes no momento atual e englobar os diferentes modelos de negócios, de modo que, a relação empregado-empregador não se limite aos moldes tradicionais ou então que novas figuras, na legislação trabalhista, sejam criadas e assim, possa ser possível incluir e absorver, as novas modalidades de trabalho, pois, o que não se pode mesmo, é permitir a precariedade do trabalho em termos de condições laborativas e jurídicas, uma vez que é para fazer frente a isso que existe o Direito do Trabalho (OITAVEN, 2018).

No Brasil já existem decisões em primeira instância que condenaram a Uber a indenizar alguns ex-motoristas por entenderem que os vínculos empregatícios existam. Entre estas condenações, podem ser dados dois casos que podem ilustrar tal situação, a saber, a referente a um motorista que teria o direito a receber 20 mil reais e que teve sua causa julgada na 9ª Vara do Trabalho de Fortaleza, Ceará. O juiz entendeu que a Uber mantinha sim vínculo de caráter empregatício (UOL.COM, 2019).

Outra decisão se deu na 33ª Vara do Trabalho em Belo Horizonte, Minas Gerais (JUSBRASIL, 2019), porém, tais decisões de primeira instância, cabendo

recursos, vem sendo reiteradamente derrubadas em instâncias superiores, de modo que, é possível que chegue a um momento de tamanha pressão que seja obrigado a se rever a legislação atual para que ela possa abarcar a nova realidade que se tem em termos de questões relacionadas ao mundo do trabalho, pois, enquanto isso não ocorrer as decisões serão frágeis e com isso derrubada nas instâncias superiores das justiça do trabalho (VALENTE, 2020).

Uma questão relevante que se coloca é que em razão da atual legislação trabalhista do Brasil, as decisões de instâncias inferiores referente aos direitos dos trabalhadores que atuam em plataformas de aplicativos de transportes, tendem a ser derrubadas nas cortes superiores, sendo, portanto, urgente uma reconfiguração da legislação trabalhista, para que assim, possa se adequar à nova realidade.

Uma destas decisões fora proferida no início do ano de 2020 no Tribunal Superior do Trabalho (TST) e mais uma vez, não deu ganho de causa ao requerente no tocante ao vínculo empregatício e todos os direitos deste decorrentes. Isso mais uma vez reforça a tese aqui defendida, a qual advoga a ideia de que se faz necessário mudanças no que tange à legislação trabalhista, pois, esta legislação precisa contemplar de forma clara, sem rodeios, a questão referente à realidade de economia disruptiva:

Em julgamento realizado nesta quarta-feira (5), a Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho afastou o reconhecimento do vínculo de emprego entre um motorista de Guarulhos (SP) e a Uber do Brasil Tecnologia Ltda. De acordo com o relator do processo, ministro Breno Medeiros, ficou caracterizado que o motorista tinha a possibilidade de ficar off-line, com flexibilidade na prestação de serviços e nos horários de trabalho (BRASIL, TST, 2020).

Fica, portanto, claro que existe uma necessidade de mudança na legislação trabalhista pátria, pois, as decisões têm, reiteradamente, demonstrado que o arcabouço jurídico não contempla, de maneira específica, a nova realidade presente no mundo do trabalho, de modo que, a caracterização de vínculo trabalhista, por exemplo, se torna algo bastante complicado de se estabelecer. Isso é tão evidente que, como as citações aqui expostas apontam, algumas decisões favoráveis a motoristas da Uber, no sentido de apontar o vínculo empregatício existente, foram posteriormente, derrubadas nas instâncias superiores.

Isto é algo importante de se observar, pois, sem as mudanças na legislação, dificilmente será possível garantir os direitos pleiteados pelos trabalhadores que

buscam a Justiça do Trabalho, haja vista que, como demonstrado, a atual legislação não está em consonância, em termos de modernidade jurídica, com o atual estágio de mudanças tecnológicas disruptivas do mundo do trabalho (BANDOLIN et al, 2015).

Portanto, é fundamental que esse debate avance, para que com isto, seja possível mudanças significativas e benéficas aos trabalhadores, sem que com isto, atrapalhe o avanço das novas tecnologias, que como se sabe. São de grande importância.

## **5 CONCLUSÃO**

Diante de tudo que fora exposto no presente trabalho, fica evidente que a revolução tecnológica que tem marcado a denominada era da economia disruptiva, tem impactado o mundo do trabalho como nunca antes ocorrera.

Os resultados a que se chegaram, ao se debruçar sobre a literatura especializada, considerando os argumentos apresentados pelos autores citados, bem como, na observação atenta da legislação pertinente à temática, é que o ambiente de trabalho tem passado por grandiosas transformações, as quais se manifestam, não apenas no que tange às questões tipicamente laborativas, mas, sobretudo, em termos de aspectos jurídicos.

Ficou evidente que as novas tecnologias têm sim, sido uma grande ameaça à empregabilidade, visto que, por conta da automação e inteligência artificial, muitas atividades, antes realizadas por pessoas, por trabalhadores, passaram a ser operadas por robôs ou programas de computador, caracterizando-se aí o desemprego estrutural.

Outra questão que ficou evidente é que em face da novidade trazida pelas empresas de tecnologias disruptivas, existem lacunas referentes ao enquadramento adequado, em termos trabalhistas, e isto faz com que as omissões jurídicas contribuam com a precariedade no mundo do trabalho, pois, mesmo o trabalhador estando desenvolvendo uma atividade laboral, ele poderá estar totalmente desassistido devido não haver as caracterizações que o coloquem como um funcionário nos termos do que preconiza a CLT, ou seja, não possuindo vínculo empregatício de fato.

Desta forma pode se afirmar que os objetivos delineados, aliados aos autores consultados, demonstram que as tecnologias disruptivas fazem a economia se modernizar em termos dos aspectos da produção e prestação de serviços, mas ao mesmo tempo, podem gerar problemas na questão da empregabilidade e na

precarização das relações de trabalho. Ademais, a Constituição Federal de 1988, coloca o trabalho como um dos direitos sociais, e por conta disto, fica evidente que os trabalhadores não podem apenas ter direito a um ofício pelo qual possam buscar o seu sustento, mas que tal ofício também venha acompanhado dos respectivos direitos trabalhistas, pois, só assim, com tais garantias este trabalhador poderá manter sua dignidade e laborar em um ambiente de trabalho de boa qualidade.

Ficou claro ainda que ao invés de pregar tão somente a flexibilização da legislação trabalhista existente, dever-se-ia buscar soluções mais racionais, as quais deveriam encontrar meios para incluir as novas modalidades, nem que para isto, novas figuras sejam criadas dentro do Direito do Trabalho, posto que, o que não se pode defender é ausência de uma regulação ou abandono do trabalhador por uma alegada ausência de uma legislação moderna.

Destaca-se ainda que no Brasil já ocorreram algumas decisões que condenaram em primeira instância empresas como a Uber, porém, essas decisões têm sido derrubadas em instâncias superiores dado que as lacunas legais de que se falou nesse artigo, fazem com que, as decisões proferidas acabem não sendo tão sólidas a ponto de resistirem aos recursos impetrados. Isso fica evidente, por exemplo, em decisões recentes, como a proferida no Tribunal Superior do Trabalho (TST), que por meio de sua 5ª Turma julgou não existir vínculo empregatício entre a Uber do Brasil e um motorista de Guarulhos (SP) que requereu tal direito.

Essa decisão do Tribunal Superior do Trabalho (TST) precisa ser considerada e enquadrada dentro de um contexto maior, pois, como já referido, ela se dá em função da lacuna existente no tocante à legislação trabalhista atual, que não contempla de maneira específica as novas modalidades de negócio que fazem uso de tecnologias disruptivas.

Assim o presente artigo, a despeito de todas as suas limitações, aponta para a questão de que, não se pode se colocar contra o progresso tecnológico que é tão benéfico para a humanidade em sentido amplo e em específico ao mundo do trabalho, mas ao mesmo tempo, não se pode também permitir que os trabalhadores sejam explorados e tenham seus direitos legítimos relativizados devido uma legislação defasada. Desta forma fica evidente a necessidade de se encontrar uma solução jurídica que seja capaz tanto de abarcar a liberdade econômica, a capacidade de empreender, com a necessidade de uma segurança jurídica capaz de amparar o elo mais fraco da relação trabalhista, a saber, o trabalhador.

## REFERÊNCIAS

ANTONIETA, Maria; D'AFONSECA, Thaís Cláudia; TEODORO, Maria Cecília Máximo. **Disrupção, economia compartilhada e o fenômeno Uber**. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/14661> > Acesso em: 07 de março de 2020.

BANDOLIN, Aracely Mesquita *et al.* **Os princípios do Direito do Trabalho frente ao Avanço Tecnológico**. Disponível em: <<https://revista.pgsskroton.com/index.php/juridicas/article/view/1477>> Acesso em: 07 de março de 2020.

BAPTISTA, Patrícia; KELLER Clara Iglesias. **Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas**. RDA – revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, set./dez. 2016. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27010/66659-141418-1-PB.pdf>> Acesso em: 07 de março de 2020.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2016.

BASILE, César Reinaldo Offa. **Direito do trabalho: teoria geral a segurança e saúde**. São Paulo: Saraiva, 2012

BASSO, Rodrigo Paiz. **A revolução 4.0: uma discussão acerca do papel do Estado e sua relação com os princípios constitucionais dentro do contexto jurídico trabalhista contemporâneo**. Disponível em: <<http://repositorio.upf.br/bitstream/riupf/1762/1/PF2019Rodrigo%20Paiz%20Basso.pdf>> Acesso em: 07 de março de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 07 de março de 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017** (Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho). Disponível em: <<https://www.normaslegais.com.br/legislacao/Lei-13467-2017.htm> > Acesso em: 07 de março de 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho (TST). **Uber**: Quinta Turma afasta reconhecimento de vínculo de emprego de motorista. Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset\\_publisher/89Dk/content/uber-quinta-](http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/uber-quinta-)

turma-afasta-reconhecimento-de-vinculo-de-emprego-de-motorista >Acesso em: 25 de maio de 2020.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo, SP: Paz E Terra: 1996.

CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de; PRADO, Luís Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 13ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. Porto Alegre, RS; L&PM, 2018.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia**. Rio de Janeiro, Editora Jorge Zahar, 1996.

JUSBRASIL. **Em decisão inédita, Justiça condena Uber a pagar direitos trabalhistas aos motoristas**. Disponível em: <<https://examedaoab.jusbrasil.com.br/noticias/431184029/em-decisao-inedita-justica-condena-uber-a-pagar-direitos-trabalhistas-aos-motoristas>> Acesso em: 11 de maio de 2020.

KURY, Adriano da Gama. **Gama Kury da língua portuguesa**. São Paulo: FTD, 2001.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**. Eva. São Paulo: Atlas, 2011.

LEITE, Kaleen Sousa. **Considerações sobre a proteção do meio ambiente de trabalho do teletrabalhador em tempos de omissão legislativa**. Revista Nova Hileia. Vol. 3. Nº 3, Jun-Dez 2017. ISSN: 2525-4537. Disponível em: <<http://periodicos.uea.edu.br/index.php/novahileia/article/view/1503/915> > Acesso em: 07 de março de 2020.

MARQUES, Ana Paula Lemos Baptista. **Inteligência artificial no meio ambiente de trabalho e a violação aos direitos da personalidade**. Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR. Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas. MARINGÁ/PR, 2018. Disponível em: <<http://rdu.unicesumar.edu.br/bitstream/handle/123456789/1018/ANA%20PAULA%20LEMONS%20BAPTISTA%20MARQUES.pdf?sequence=1&isAllowed=y> > Acesso em: 07 de março de 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional. rev. e atual. até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de, 2016**. São Paulo: Atlas, 2016.



OITAVEN, Juliana Carreiro Corbal. **Empresas de transporte, plataformas digitais e a relação de emprego:** um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2018.

SILVA, Henrique Falchetti da. **Flexibilização do Direito do Trabalho:** contribuição para a conservação do empregador no atual mercado brasileiro ou geração da desregulamentação do direito do trabalho? Disponível em: <[https://riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/1085/106136\\_Henrique.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/1085/106136_Henrique.pdf?sequence=1&isAllowed=y)> Acesso em: 07 de março de 2020.

SOARES, Marcos Eustáquio. **Inteligência artificial no ecossistema judicial:** os incômodos dilemas entre os avanços tecnológicos e a ética. Disponível em: <<http://www.enajus.org.br/anais/assets/papers/2019/218.pdf>> Acesso em: 07 de março de 2020.

UOL.COM. **Justiça diz que motorista da Uber é empregado e dá indenização de R\$ 20 mil.** Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/10/24/uber-condenacao-verbas-trabalhistas-motorista-ceara.htm>> Acesso em: 11 de maio de 2020.

VALENTE, Fernanda. **Turma do TST nega vínculo de emprego entre Uber e motor.** CONJUR. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-05/turma-tst-nega-vinculo-emprego-entre-uber-motorista>> Acesso em: 11 de maio de 2020.

NOTAS:

[1] Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho (UNIFSA). *E-mail:* alexandra.ll@hotmail.com.

[2] Mestre em Direito (PUC-RS). Professora da Universidade Estadual do Piauí (UESPI), e Centro Universitário Santo Agostinho (UNIFSA). *E-mail:* erikavilar@hotmail.com.

## MULTIFACETAS DO FENÔMENO DA CORRUPÇÃO

**JOSÉ DAVID PINHEIRO SILVÉRIO:**

Advogado da União. Pós-graduado em Direito Constitucional e em Direito do Estado. Mestrando em Políticas Anticorrupção pela Universidad de Salamanca (Espanha).

**RESUMO:** O fenômeno da corrupção é cambiante, multifacetado, difuso e complexo. Para a sua compreensão impõe-se perscrutar vários vieses e neste trabalho se levou a cabo as suas vertentes histórica, conceitual, econômica, sociológica e psicocomportamental. A nossa herança adveniente dos tempos da colonização do Brasil pelos portugueses ainda se encontra arraigada na sociedade. Em razão dela, o brasileiro possui uma crença de desonestidade. A análise conceitual do fenômeno revela o âmago da corrupção. Nesse sentido, por um ponto de vista baseado no viés econômico, a corrupção é um crime de cálculo, em que o agente, racionalmente, leva a cabo uma equação para decidir se praticará o ato corrupto. Mas, por outro lado, a partir de metodologia do componente da irracionalidade, os custos e os benefícios da trama corrupta perdem o seu protagonismo.

**Palavras-chave:** Corrupção. Conceito. Vertentes de análise.

**ABSTRACT:** The phenomenon of corruption is changing, multifaceted, diffuse and complex. For its understanding, several biases must be examined and in this work its historical, conceptual, economic, sociological and psychobehavioral aspects were carried out. Our heritage from the colonization of Brazil by the Portuguese is still ingrained in society. Because of it, the Brazilian has a belief in dishonesty. The conceptual analysis of the phenomenon reveals the core of corruption. In this sense, from a point of view based on economic bias, corruption is a crime of calculation, in which the agent, rationally, carries out an equation to decide whether to practice the corrupt act. But, on the other hand, based on the irrationality component methodology, the costs and benefits of the corrupt plot lose their role.

**Keywords:** Corruption. Concept. Strands of analysis.

### 1. INTRODUÇÃO

É de palmar sabença que a corrupção se trata de um fenômeno inarredavelmente cambiante, multifacetado, difuso e complexo. Bem por isso a sua compreensão demanda uma análise interdisciplinar. Nessa tangente, este trabalho intenciona esquadriñar as premissas fulcrais desse fenômeno, sob os ângulos **histórico, conceitual, econômico, sociológico e psicocomportamental**.

Pois bem. Apurações estatísticas revelam um cenário deveras alarmante da corrupção no Brasil. Com o fito de principiar essa temática, eis alguns dados:

- (a)** a Fundação Getúlio Vargas (FGV) estimou, em estudo divulgado em 2009, que o custo da corrupção no Brasil gira em torno de 1 (um) a 4% (quatro por cento) do Produto Interno Bruto (PIB), ou seja, a economia brasileira perdeu, naquele ano, como conseqüência da corrupção, um importe superior a 30 (trinta) bilhões de reais;[1]
- (b)** a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp), em pesquisa elaborada em 2012, asseverou que o custo da corrupção no país é de 1,38 (um vírgula trinta e oito) a 2,3% (dois vírgula três por cento) do PIB, que encerrou em 4,4 (quatro vírgula quatro) trilhões de reais, isso equivale a, no mínimo, uma perda nominal entre 61,7 (sessenta e um vírgula sete) e 101,2 (cento e um vírgula dois) bilhões de reais naquele ano.[2]
- (c)** um estudo da Confederação Nacional da Indústria (CNI), em 2013, demonstrou que cada um real desviado pela corrupção significa um dano para a economia e para a sociedade de três reais[3]
- (d)** o Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT), em apuração de 2019, aponta que a corrupção consome 8% (oito por cento) de tudo que é arrecadado no país, portanto, os brasileiros trabalham 29 (vinte e nove) dias no ano para pagar os custos com a corrupção, é dizer, cerca de 180 (cento e oitenta) bilhões de reais.[4]
- (e)** o Departamento de Justiça dos Estados Unidos (DOJ em sigla inglesa)[5], por ocasião do detalhamento do acordo de leniência encetado com a Odebrecht e a Braskem, considera que esse esquema foi “o maior caso de suborno internacional da história”. [6]

*Prima facie*, a partir da análise dos encimados dados estatísticos, poder-se-ia imaginar que a corrupção vem crescendo vertiginosamente no Brasil. Por óbvio, cuida-se de uma tarefa por demais laboriosa – quiçá, impossível – indicar com precisão se, realmente, o nível de corrupção no país que vem aumentando.[7]

Noutro sentir, somos partidários da corrente defensora de que a corrupção não aumentou.

A bem da verdade, o que houve foi a consolidação de um **círculo virtuoso** em que as instituições de controle preventivo e repressivo à corrupção aplainaram mecanismos mais efetivos de controle, logo mais casos de corrupção foram *detectados*; a *impunidade* diminuiu, porque, nos últimos anos, inúmeros corruptos (agente passivo) e corruptores (agente ativo) foram condenados em diversas esferas (civil, administrativa, criminal), o que, diga-se de passo, nem sempre foi assim no Sistema de Justiça brasileiro, que, historicamente, só era, de fato, efetivo em desfavor dos mais pobres e, por elastério, um tanto quanto leniente com os ilícitos do colarinho branco[8];[9] e, por conseqüência natural, proliferou a *repercussão midiática*, já que está “na ordem do dia” dos noticiários divulgar casos de corrupção, informando e despertando no brasileiro um sentimento de repulsa a esse ignóbil e abjeto fenômeno: a corrupção.

E como resultado desse círculo virtuoso, avulta-se a *percepção da corrupção* do brasileiro, que vem crescendo ano a ano, senão vejamos:

A **ONG Transparência Internacional** criou o **Índice de Percepção da Corrupção (IPC)**, que é uma ferramenta de medição da corrupção no mundo existente desde o ano *de* 1995 e reúne apurações de 180 (cento e oitenta) países e territórios. A pontuação revela o nível percebido de corrupção no âmbito do setor público numa escala de 0 (zero) a 100 (cem), sendo que 0 (zero) significa que o país é considerado altamente corrupto e 100 (cem) corresponde que o país é considerado sobremodo íntegro.

O Brasil tem piorado a cada ano a sua posição no *ranking*. Em síntese, eis os mais recentes desempenhos do nosso país: 2012 (69ª posição); 2013 (72ª posição); 2014 (69ª posição); 2015 (76ª posição); 2016 (79ª posição); 2017 (96ª posição); 2018 (105ª posição) e 2019 (106ª posição).[10]

Assim, o Brasil, nos últimos 5 (cinco) anos, vêm piorando, vertiginosamente, a sua posição no **IPC**. *E por qual motivo?* Sem réstia de dúvida, não se pode deslembrar que a operação lava-jato começou em 17.3.2014, portanto, exerceu papel determinante para redundar nessa curva ascendente de percepção da corrupção.

Por conseguinte, a publicização dos resultados das investigações (*acordos de leniência, colaborações premiadas, condenações administrativas dos tribunais de contas, criminais e de improbidade administrativa e, por corolário, vultosas multas e valores bilionários ressarcidos aos cofres públicos, pessoas influentes e poderosas encarceradas temporária, preventiva e definitivamente etc.*), aumentou, gradativamente, o índice de percepção da corrupção no país.

Aliás, qual o cenário brasileiro atual verificado no IPC 2019? Nos estritos termos das conclusões da **ONG Transparência Internacional**[11], verificou-se, às escâncaras, que a corrupção continua obstando o nosso desenvolvimento econômico e social.

Nesse toar, após as eleições de 2018 – demasiadamente influenciadas pelos discursos anticorrupção de diversos candidatos –, o Brasil experimentou um sem-número de retrocessos alusivos ao arcabouço legal e institucional anticorrupção[12], bem como sofreu importantes obstáculos para o avanço de reformas substanciais em seu sistema político.

A título exemplificativo, a **ONG Transparência Internacional** aponta um provimento liminar do Ministro Dias Toffoli do Supremo Tribunal Federal (STF), que praticamente paralisou o sistema de combate à lavagem de dinheiro do país[13] e um inquérito reputado por ela (ONG Transparência Internacional) ilegal que, secretamente, buscava constranger agentes da lei[14].

Por derradeiro, a prestigiosa ONG infere, dentre os desafios atuais, a progressiva interferência política do presidente Jair Messias Bolsonaro nos órgãos de controle e a aprovação de legislação, que ameaça a independência dos agentes da lei e a *accountability* dos partidos políticos, no caso, a Lei nº 13.877, de 27 de setembro de 2019.

Com todos esses alertas, pois, torna-se premente a adoção de políticas preventivas anticorrupção, com o escopo de inibir e impedir a ocorrência de casos de corrupção no Brasil.

*Em linhas gerais, o que fazer para inibir/impedir a corrupção?* De acordo com a **ONG Transparência Internacional (no IPC 2019, p. 6)**[15]:

“o atual estado da corrupção em vários países aponta a necessidade de maior integridade política. Para que haja alguma chance de se cercear a corrupção, os governos precisam fortalecer os freios e contrapesos, limitar a influência do dinheiro na política e garantir ampla participação nos processos de tomada de decisão. Políticas e recursos públicos não devem ser determinados pelo poder econômico ou pela influência política, mas sim por consultas íntegras e alocações orçamentárias imparciais.”

Sem embargo, o objetivo específico deste trabalho reside no **eixo preventivo à corrupção no serviço público**, que se afigura à feição de **política apriorística no combate ao fenômeno da corrupção**[16]. *E como alcançar esse objetivo?* Decerto,

por conduto de programas de integridade públicos (*public compliance*), os quais, se bem estruturados e realmente aplicados, pavimentarão o resgate da eticidade no serviço público brasileiro, fomentando, dessarte, uma nova cultura de integridade e zelo pelo bem público e pelo bem comum da sociedade, no exercício das funções públicas apta a irromper a herança cultural do brasileiro prevalente desde a nossa colonização de tirar proveito de tudo, ainda que enganando, trapaceando e prejudicando outrem.

Ora, se essa herança cultural promoveu e chancelou, séculos a fio, uma “prática social” de tolerância a esse comportamento “malandro” do brasileiro – externando-se uma subliminar **permissividade social** –, sobreleva-se a imperiosidade de romper com esse lastimável histórico e, noutra senda, estimular uma “nova prática social” consubstanciada na mais pura e lídima **ética** conducente à construção de uma *sociedade livre, justa e solidária; garantindo o desenvolvimento nacional; erradicando a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais; promovendo o bem de todos à mingua de quaisquer espécies de discriminação*.

Não por acaso, todos esses desideratos em busca de construção, ostentam índole de objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil insculpidos no artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). E mais: o maior ou menor grau de consecução desses objetivos fundamentais, em grande medida, são determinados pelo nível de corrupção no país. Logo, quanto menos corrupção, mais nos aproximaremos do que o constituinte originário traçou para a nossa República.

Eis, pois, em rápidas pinceladas, a missão deste estudo: trazer à colação o *public compliance* como instrumento preventivo à corrupção apto a resgatar a eticidade no serviço público brasileiro e, por corolário natural, alcançar os tão idealizados objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

## 2. PRESSUPOSTOS DA CORRUPÇÃO NO BRASIL

### 2.1 NASCEDOURO E NUANCES

Em priscas eras, precisa e nomeadamente no ano VI a.C., o estadista ateniense Sólon da Grécia pretendia perdoar todas as dívidas das pessoas com entes públicos e privados, com o fim de inibir que elas se tornassem escravas, acaso deixassem de honrar as suas dívidas, conforme imperativo à época.

Não obstante, antes de editar a referida lei, antecipou o teor do projeto a “amigos do rei”[17] que, valendo-se da informação privilegiada, contrataram consideráveis empréstimos e compraram demasiadas terras. Por consequência, após



a lei perdoadando as dívidas, seus amigos se locupletaram às expensas do “ato do governante”. [18]

Dita situação escancara o âmago da corrupção: particularizar os bônus e socializar os ônus, mediante procedimentos egocêntricos e antiéticos, no afã de maximizar os ganhos privados em detrimento do bem comum da sociedade, em face da ambiência permissiva do Estado e da própria sociedade!

De mais a mais, lança luzes no conceito de **patrimonialismo** capitaneado pelo sociólogo alemão Max Weber [19], cujo desiderato é compreender um modo específico de dominação ou de poder, que se correlaciona aos âmbitos econômico e sociopolítico.

Como sugere a sua etimologia, que provém de “patrimônio” e “patrimonial”, o termo patrimonialismo se define como uma concepção de poder, por meio do qual as esferas pública e privada confundem-se entre si e, não raro, apresentam-se indistintas e indivisíveis.

Em bom vernáculo, o móvel (razão de ser) da atuação pública é a satisfação de interesses privados. O Estado, por esse ângulo, nada mais é do que uma extensão do foro privado do detentor do poder.

Por isso, o Estado governado com o viés monolítico de patrimônio, manifesta-se como obstáculo intransponível à eficiência e à eticidade da gestão pública, uma vez que impede o exercício do agir estatal, com arrimo na racionalidade impessoal, *i. e.*, à falta de interferências pessoais. Para tanto, num Estado em que não há impessoalidade, os interesses públicos são sempre prejudicados para satisfazer interesses privados. Já no nosso contexto nacional, sobreleva-se um “patrimonialismo à brasileira”, cujas nuances são por demais interessantes. [20]

Por um vértice, Sérgio Buarque de Hollanda (1995) assevera que o problema do patrimonialismo brasileiro não se limita ao Estado, pois, também é um problema societal. Por conseguinte, no Brasil predominaria:

“(…) certa incapacidade, que se diria congênita, de fazer prevalecer qualquer forma de ordenação impessoal e mecânica sobre as relações de caráter orgânico e comunal, como o são as que se fundam no parentesco, na vizinhança e na amizade” [21]

Para HOLLANDA (1995), portanto, esse comportamento seria uma herança da nossa colonização pelo mundo ibérico, que resultaria em uma verdadeira inaptidão do brasileiro em constituir uma ordem pública e uma democracia.

Ocorre que tal interpretação – totalmente inapelável e estática – associa, umbilicalmente, o fenômeno da corrupção no país ao caráter do brasileiro e sua inerente herança desonesta. Noutra vértice, a referida conclusão, com a devida vênia, se fosse verdadeira, impediria sequer o mínimo avanço no combate à corrupção, visto que se a corrupção fosse intrínseca ao brasileiro, de nada adiantaria adotar políticas anticorrupção, só nos restando conformar com a sua existência no seio da nossa sociedade.

Às avessas, porém, reputar a corrupção como algo inseparável do brasileiro transmuda-se em conjectural justificativa para a manutenção incólume de uma sociedade que foi, sim, marcada pela corrupção desde a sua origem, mas que não precisa, muito menos deve perenizar essa trajetória. Compete-nos, isto sim – enquanto brasileiros –, escrever um futuro diferente, engendrando uma “nova prática social” marcada pela intolerância à corrupção, sepultando a histórica **permissividade social**, e passando a combater a corrupção em vez de buscar justificá-la e de se conformar com a sua existência.

Ademais, por outro ângulo, esparcaria uma de suas características essenciais: a corrupção é cambiante, ou seja, reinventa-se a cada dia; mudam-se os *modus operandi*; alteram-se as técnicas dos órgãos de controle do Estado; surgem novas leis, instrumentos jurídicos e tecnologias; a sociedade aumenta a sua percepção/repulsa e – máxime – práticas antes socialmente toleradas passam a ser repreendidas pela população etc. Enfim, diversos fatores cambiam dia a dia e nenhum deles justifica a eternização do fenômeno da corrupção no país.

Assim sendo, à toda clareza, verifica-se que o patrimonialismo brasileiro não possui o mesmo matiz conceitual do pensamento de Weber[22], notadamente pela nossa herança cultural, que muito embora não tenha o condão de moldar definitivamente o caráter do brasileiro[23], é inegável que influenciou e continua influenciando o modo como o brasileiro lida com a corrupção desde o período colonial até os tempos atuais, com reflexos na **permissividade social**.

Sob tal aspecto, impende sublinhar uma considerável mudança de paradigma. Durante o século XX, o nosso país adotou um viés modernizador, com o objetivo de racionalização e transformação cultural, de modo a projetar uma ordem pública consoante as regras do capitalismo e do desenvolvimento político.

Para tanto, a bússola do patrimonialismo brasileiro passou a apontar para o futuro, adotando um projeto modernizante que o encobrisse, de modo a não se legitimar pelo passado, é dizer, por essa herança cultural do mundo ibérico.[24]

Dessarte, desde os anos 1930, o tema da administração e da gestão pública passou a ser sobranceiro no debate desse projeto modernizador do Estado. A partir de então, sobrevieram inúmeras reformas institucionais e administrativas, com a missão de romper com a nossa herança patrimonialista.

E mais recentemente, importantes leis e instrumentos jurídicos[25] foram criados e vêm sendo aplicados com substancial efetividade. Todo esse “pacote de instrumentos jurídicos de combate à corrupção” já registra salutareos resultados práticos, mas, obviamente, urge que aprimoremos e coloquemos em prática ainda mais outros programas anticorrupção, mormente o *public compliance*, pois que se trata de uma poderosa ferramenta preventiva à corrupção, consonante restará demonstrado, à saciedade, em linhas adiante.

## 2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E SISTEMÁTICA CONCEITUAL MULTIFACETADA

*Quando começou a corrupção no Brasil?* Supõe-se que a corrupção tenha chegado ao país no mesmo passo das 13 (treze) primeiras caravelas portuguesas, que descobriram o Brasil em 22 de abril de 1500.

A colônia recém-descoberta era vista como detentora de inúmeras riquezas; entretantes, a coroa portuguesa não estava disposta a vir ao Brasil, tampouco tinha interesse em abrir mão das novas terras, motivo que ensejou a delegação dessa missão a outras pessoas que detinham a incumbência de ocupar o território e organizar as instituições locais[26].

Mas, para esse intento, a coroa portuguesa tinha que tornar atrativa a vinda ao Brasil dos fidalgos portugueses, e assim o fez com base em promessas de vantagens de toda sorte. Eis que exsurge os primeiros passos do nosso país, a partir de uma inexcédível **permissividade** da coroa portuguesa para que os nossos colonizadores vivessem, se relacionassem e trabalhassem sem nenhum tipo de vigilância ou controle.

Criava-se, pois, um ambiente conveniente e estimulante para a corrupção arraigada no dia a dia desde o princípio da nossa sociedade, em que o poder e a pessoa eram tidos como um só, indivisível: uma verdadeira autocracia, assim entendida como a apropriação privada do poder.

À vista disso, tem-se que o Brasil nasce por concessão, com essa trajetória de intensa permissividade, seja estatal ou social no que tange à corrupção. Já se disse com acerto: “a palavra convence, o exemplo arrasta”[27]. Aqui o Estado foi o primeiro a dar o mau exemplo e a sociedade captou a mensagem em seu modo de viver, se

relacionar e trabalhar nos anos que se sucederam, razão pela qual ainda temos prevalente um ambiente de **permissividade estatal e social**.

Na mesma esteira, mas por outro viés, em 1627, Frei Vicente Salvador, ao descrever cronologicamente os fatos ocorridos de 1500 a 1627 no Brasil, lastimava que “nenhum homem nesta terra é repúblico, nem zela, ou trata o bem comum, senão cada um do bem particular.[28]

Tal constatação revela que desde o nascedouro da nossa sociedade o brasileiro não é **repúblico**, ou seja, não é zeloso com o bem público. Essa característica possui intrínseca relação com o “patrimonialismo brasileiro” e com o clientelismo[29].

Já na primeira metade do século XIX, período em que o Brasil ainda era uma monarquia, um verso foi propalado nas ruas do Rio de Janeiro, a saber: *“Quem furta pouco é ladrão / Quem furta muito é barão / Quem mais furta e esconde / Passa de barão a visconde”*.

No início do século XX, ressoava uma canção de autoria desconhecida, que ressaltava a relação nada republicana entre o delegado de polícia e o jogo ilícito: *“O Chefe da Polícia / Pelo telefone / Manda me avisar / Que na Carioca / Tem uma roleta / Para se jogar”*.

Por outro lado, na ditadura militar, os registros públicos de insatisfação do brasileiro à corrupção eram escassos, tendo em vista a censura à imprensa que vigia àquela época.

Em contraponto, é ressabido que nas operações do “mensalão” e, em especial da “lava jato”, a imprensa deu destaque especial para essas coberturas, bem como houve dezenas de condenações dos envolvidos (pessoas físicas, pessoas jurídicas e agentes públicos).

Assim, a conjugação de **publicidade e sancionamento** elevaram significativamente o **IPC (Índice de Percepção da Corrupção)** do Brasil, nos últimos anos. Aqui o Estado começa a dar o bom exemplo de que a corrupção não deve mais ser tolerada, tampouco varrida para debaixo do tapete, como sói acontecer em nossa história[30].

É nessa vereda que deve caminhar o nosso país, continuar conferindo publicidade e sancionar os atos de corrupção exemplarmente; mas não só isso. Faz-se mister ter em mira as “raízes” da corrupção, e não só cortar as “folhas”.

Em outras palavras: obviamente o combate repressivo (“cortar as folhas”), que é levado a cabo de forma posterior ao acontecimento dos atos de corrupção deve continuar sendo realizado, já que vem se demonstrando sobremodo eficaz e também promove, em certa medida, efeito inibitório ao cometimento da corrupção, porém, a prioridade deve residir no combate preventivo (“mirar nas raízes da corrupção”), que possui um efeito inibitório e pedagógico mais esmerado do que no combate repressivo.

Afinal, sobreleva-se mais consentâneo impedirmos a ocorrência da corrupção em seu nascedouro, atacando a “raiz” do problema, do que permitirmos, ainda que parcialmente, a sua existência, para somente depois e, em alguns casos[31], buscarmos emprestar-lhe publicidade e, ao fim, sancioná-la.

Neste particular, para que tenhamos êxito e melhores resultados nas políticas anticorrupção, sobressaem-se 2 (duas) raízes da corrupção, que devem ser, estruturalmente, reformadas, quais sejam: (a) o sistema de representação política (para os cargos eletivos do Poderes Executivo e Legislativo) e (b) o serviço público. O primeiro posiciona-se em sentido lato enquanto o segundo em sentido estrito. Mas não custa repisar, por oportuno, que o foco deste trabalho se hospeda sob o prisma do serviço público.

*E como funciona a sistemática conceitual multifacetada?* O termo promana do latim *corruptione*, que denota putrefação, decomposição e adulteração, bem como conservou, nos idiomas vernáculos, a sua origem latina[32].

Na língua portuguesa, o termo foi sintetizado como “estado da coisa corrupta ou corrompida” ou “alteração do que é reto ou bom, em mau e depravado”. [33] Sob tal aspecto vernacular, revela-se **(i) a primeira faceta do âmago da corrupção: “particularizar os bônus e socializar os ônus”**.

No idioma castelhano, a seu turno, a palavra encontra semelhantes acepções, em que se preleciona que a corrupção advém da raiz latina *corrumpo*, *contamino*, *vitio*, *destruo*, apresentando-se 10 (dez) significados atinentes ora à “degradação biológica” ora à “corrupção moral”, enumeradas a seguir[34]:

*“1. Corromper las buenas costumbres, estragarlas. 2. Corromper los jueces, cohecharlos. 3. Corromper los licores, estragarse, y ellos suelen corromperse. 4. Corromperse las carnes, dañarse. 5. Corromper las letras, falsarlas. 6. Corromper la doncella, quitarle la flor virginal. 7. Corrupta, la que no está virgen. 8. Corrupción, pudrimiento. 9. Corrupción de huesos, cuando se*

*podren hasta los huesos; enfermedad gravísima y mortal. 10. Corruptela, término forense."*

Já na língua francesa, na linha de Covarrubias Orozco, também há registros de uma distinção entre a corrupção num sentido biológico e outro moral, na obra de Jean Nicot[35].

Em tal abordagem, traz-se à colação **(ii) a segunda faceta do cerne da corrupção: "o emprego de procedimentos egocêntricos e antiéticos têm índole de *conditio sine qua non* e de anteparo para a consecução de resultados corruptivos."**

No que tange à "degradação biológica", tem-se a concepção de sociedade como um corpo, em comparação a um corpo humano, como aludido pelas teorias corporativas de poder, segundo as quais a corrupção coloca em xeque a saúde do corpo místico, malferindo o princípio da justiça, que deveria direcionar a atuação estatal.

Com efeito, as acepções de bom governante, governo justo, limites ao exercício do poder, afiguravam-se como estandartes do pensamento político desenvolvido na Segunda Escolástica[36].

Com esse esteio, o Estado advinha de um pacto social celebrado pelo povo, em que o detentor do poder concedido por Deus, dirigia-se, sobretudo, à consecução do bem comum. Se caso houvesse subversão desse princípio do bem comum, desiderato por excelência do Estado, surgiria uma tirania[37].

A corrupção, por assim dizer, derivaria do menoscabo pela conduta ética, solidária e justa, que, a seu turno, vulneram a obtenção do bem comum. A propósito disso, vem a calhar a seguinte explicação: "*porque la corrupción que tiene un cuerpo sin alma, aquélla tiene una república sin justicia*"[38].

A "corrupção moral", por sua vez, compreendia os campos da justiça, dos costumes, da fidelidade e do pudor. Nessa abrangência conceitual, variados são os comportamentos corruptos, mas, trazemos um exemplo caricato apresentado por Furió Ceriol[39], que – segundo entendemos – seria o primeiro passo para prevenirmos a corrupção no serviço público:

*"Es regla muy cierta que los cargos se dan por una de tres maneras, conviene a saber, o por merecimiento, o por favor, o por poder".*

(...)



*“una de las más ciertas reglas para diferenciar un buen Príncipe de un tirano es ésta: que el Príncipe da los cargos por suficiencia, y el tirano solamente los da por favor o poder”.*

À toda evidência, dessas 3 (três) maneiras elencadas de acesso a cargos públicos, 2 (duas) são injustas, egocêntricas e antiéticas: os cargos destinados *por favor*, o são com base no “patrimonialismo”, porquanto o detentor do poder crê que pode indicar quem bem entender – a seu exclusivo talante – como se o cargo público fosse sua propriedade privada; já os cargos conferidos *por poder*, o são com espedeque no “clientelismo”, porque o detentor do poder pretende, com essa negociata correspondida, receber apoio político, para a sua manutenção no poder.

Doutra banda, se todos os servidores públicos ingressassem na máquina pública pela via do *merecimento* [40], a desdúvida teríamos um serviço público não só menos corrupto, mas também mais eficaz, profissional e zeloso pelo bem comum e pelo bem público, extirpando toda sorte de práticas escusas derivadas dos outros 2 (dois) meios de acesso ao serviço público correlativos ao “patrimonialismo” (*por favor*) e ao “clientelismo” (*por poder*).

Em ambos os métodos escusos há a caracterização de contínuos procedimentos egocêntricos e antiéticos, provindos dos 2 (dois) lados da moeda, tanto de quem *ofereceu* quanto de quem *recebeu* o injusto benefício (nomeação politqueira a um cargo público à mingua de critérios técnicos), instaurando, assim, relações perenemente promíscuas, porquanto o *nomeado*, para se manter no cargo, transforma-se em um eterno devedor do *nomeante*, já que aquele tem a obrigação de seguir a cartilha deste, sob pena de ser sumariamente exonerado do cargo.

E assim se forma uma “seleção natural”, em que o nomeante partidário do patrimonialismo e/ou do clientelismo sempre buscará pessoas para nomear aos cargos públicos que tenham esse perfil de retribuição e obediência cegas e irrestritas, compactuando e aderindo aos procedimentos egocêntricos e antiéticos.

Essa relação entre corrupto (sujeito passivo) e corruptor (sujeito ativo), que no exemplo acima assumiram os papéis de *nomeado* e *nomeante*, respectivamente, caracteriza a realização de “práticas corruptivas”, já que, no caso, é uma via de mão dupla, em que ambos são egocêntricos e antiéticos. Por consequência, em vez de buscar o bem comum (é o que se espera do serviço público) maiormente se privilegia a satisfação de interesses eminentemente privados, mediante favorecimentos recíprocos (troca de favores).

Seguindo na sistemática conceitual multifacetada da corrupção, passamos à sua **(iii) terceira faceta: “afã de maximizar os ganhos privados[41] em detrimento do bem comum da sociedade”**.

Nesse tocante, há a concatenação de um aspecto *intrínseco* e outro *extrínseco* em relação ao agente corruptivo. Sob o viés *intrínseco*, o agente nutre um desejo imoderado de amealhar bens, riquezas ou honras. Desse modo, as pessoas levadas pela cobiça, projetam os seus interesses e conveniências pessoais acima dos interesses da sociedade.

Tal vício atinge todos os estamentos da sociedade, afora possuir efeito deveras corrosivo, como apontava Luís Mendes de Vasconcelos: “a demasiada riqueza, estando nos príncipes, arruína os Estados, e nos súditos corrompe a República”[42]. Nessa senda, Furió Ceriol era taxativo ao asseverar que “*todo hipócrita y todo avarento es enemigo del bien público*”[43].

Não por acaso, a tradição cristã assenta que a avareza é a mãe de todos os males. Nessa perspectiva, um documento anônimo, de 1712, afirmava que os males que contaminavam o Peru[44]:

“brotam da infame raiz da avareza do ouro e prata (...) paixão entronizada no mando e acompanhada do poder, transforma de tal modo aos vice-reis, juízes e governadores (...) não têm mais movimento que seja o próprio interesse (...) nem conhecem mais bondade que o dinheiro, nem mais mérito que o regalo, nem mais justiça que os subornos.”

Já a visão *extrínseca* é explicada pela vertente econômica da corrupção, compreendendo esse fenômeno como o resultado de conformações institucionais e, por consectário, o modo como elas permitem que agentes egocêntricos e tendenciosos maximizem seus ganhos privados, burlando as regras do sistema jurídico-político[45].

Nesse seguimento, a corrupção é elucidada pela teoria da ação formada pelo cálculo que os *agentes racionais* fazem dos custos e vantagens de vulnerar uma regra institucional do sistema jurídico-político, à vista de uma rotineira busca por vantagens.

Assim sendo, a conformação institucional cria um sistema de incentivos a práticas corruptivas, por conduto de comportamentos *rent-seeking*, porquanto permite que um agente malfira as regras do sistema, maximizando os seus ganhos privados em detrimento dos recursos públicos[46]. Dessa maneira, contextos de

monopólio de poder e de recursos incentivam os agentes a cometerem a corrupção em vez de observar as regras do sistema.

Por derradeiro, insta aduzir **(iv) a quarta e última faceta da essência da corrupção: “ambiência permissiva à corrupção tanto pelo Estado quanto pela sociedade”**.

Conforme explicitado em linhas anteriores, desde a colonização do Brasil pelos portugueses instaurou-se no país um ambiente propício à corrupção, inicialmente tolerada pelo Estado e, por via de consequência, contaminando a sociedade, que passou a permiti-la e a exercitá-la em sua “prática social”[47], a qual ficou conhecida como *jeitinho brasileiro*.

Em vista disso, o Brasil possui a corrupção enraizada nas entranhas do Estado e da sociedade. E é exatamente essa arraigada cultura de corruptiva, que escreveu a história brasileira e caracteriza a corrupção como um fenômeno difuso, dada a sua capacidade de se espalhar em todas as direções.

É preciso, porém, romper com esse traço histórico e o antídoto se assenta no *tripé de efetividade*: gestão ética (alta administração); conformidade (operação) e estado de adesão (cultura organizacional), bem assim no *quinteto de pilares* trazido pela Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (*United Nations Convention against Corruption, UNCAC*)[48]: participação da sociedade; boa gestão dos bens e assuntos públicos; integridade; transparência e obrigação de prestação de contas (*accountability*). Todo esse arcabouço faz parte de um bom programa de integridade público (*public compliance*), que será delineado no capítulo 4.

Portanto, didaticamente, eis a articulação da sistemática conceitual multifacetada da corrupção, com as suas respectivas perguntas norteadoras:

Pergunta	Resposta
<i>O que a corrupção faz?</i>	particulariza os bônus e socializa os ônus
<i>Como faz?</i>	mediante procedimentos egocêntricos e antiéticos
<i>Para que faz?</i>	no afã de maximizar os ganhos privados em detrimento do bem comum da sociedade
<i>Por que consegue?</i>	em face da ambiência permissiva do Estado e da própria sociedade

### 2.3 ASPECTOS SOCIOLÓGICOS E PSICOCOMPORTAMENTAIS

A corrupção indubitavelmente é um **fenômeno complexo**, especialmente pela dificuldade de se estabelecer uma análise totalmente objetiva, já que, em certa

medida, estão indissociáveis – em sua larga amplitude conceitual – aspectos subjetivos e comportamentais atinentes ao indivíduo e à sociedade em que se encontra inserido, os quais comportam diversas vertentes de análise.

É certo que a prática brasileira das políticas anticorrupção ainda prioriza a alteração legislativa e o aumento do rigor das sanções correspondentes, com o objetivo de desincentivar a ocorrência da corrupção. Na essência, tais medidas se baseiam na vertente econômica da teoria do *principal-agente*.

Nessa perspectiva, a intenção é equacionar o conflito de interesses entre os sujeitos intitulados *principais* e *agentes*, bem como a assimetria de informação. Nessa relação, o *principal* outorga poderes ao *agente* e este, como consequência do exercício de suas funções, passa a deter informações não acessíveis ao *principal*[49]. Por isso, com as interferências normativas no cálculo racional dos *agentes*, busca-se direcionar o comportamento humano, mediante instrumentos consentâneos pelo regulador desse comportamento.

Por conseguinte, no âmbito da corrupção pública, tem-se que o Estado (no caso, o *principal*) intenciona o ótimo social entretanto que o servidor público (no caso, o *agente*) objetiva o ótimo privado, demonstrando, pois, um patente conflito de interesses[50].

De mais a mais, em virtude da assimetria de informações, exsurge um comportamento egocêntrico e antiético do servidor público, que se vale de tal contexto para maximizar os seus ganhos privados.

Em resposta a esse parâmetro de comportamento, eleva-se ao *principal* a missão de engendrar instrumentos de incentivo para os particulares e servidores públicos, outrossim, de pôr em prática sistemas eficazes de sanção e monitoramento[51].

Não obstante a isso, no cômputo geral, as integrações legislativas de políticas anticorrupção não renderam melhorias nos níveis de corrupção nos países detentores de corrupção sistemática, mormente em face da criação de novas oportunidades oriundas das tentativas malogradas de implantar reformas exclusivamente pela via legislativa[52]. Neste particular, o grande empecilho é a não correspondência entre os ditames legais e a “prática social”.

Doutra sorte, de acordo com a bússola dos escólios doutrinários de PERSSON, ROTHSTEIN E TEORELL (2013), ditas reformas foram frustradas em decorrência do débil delineamento substantivo do problema da corrupção, a partir da teoria *principal-agente*. Isso deveu-se à premissa de que a corrupção se hospedava

tão somente no *agente* enquanto, a bem da verdade, o próprio *principal* é partícipe do sistema corruptivo.

Por oportuno, vê-se que é rotineiro se ter notícias de discursos políticos tendentes ao fortalecimento do *accountability* e da integridade, mas que não passam de indefectível aleivosia. Ora, não é demasiado asseverar que tanto a classe política – tirante exceções – não está, de fato, comprometida com a prevenção, detecção e sancionamento exemplar dos atos de corrupção assim como a sociedade aparenta entrever, através de uma visão turva, uma “nova prática social” caracterizada pela eticidade em seu desenvolvimento.

Em bom vernáculo, considerando que a corrupção se trata de uma regra de comportamento, deduz-se que os sujeitos explicitados na teoria *principal-agente* sejam reciprocamente corruptos. Sob tal vértice, eventuais reformas legais e institucionais são impedidas, seja pela ausência de vontade de implementação pelos respectivos atores, seja pela contenção de iniciativas dessa natureza.

Como resultado prático, conquanto os efeitos positivos provenientes da erradicação da corrupção sejam incontestes, inexistente quem intencione exercer a função de *principal*. É, por assim dizer, um problema de ação coletiva, conforme a lição de PERSSON; ROTHSTEIN; TEORELL (2013).

À vista disso, ressoa óbvia a premente necessidade de implantação de um sistema pedagógico apto a mudar as crenças sociais para sobrepujar esse estado de inércia ocasionado pelo problema de ação coletiva e, por corolário, escrever uma “nova prática social”. Logo, para se romper com essa ainda arraigada “prática social” de permissividade com a corrupção, impõe-se ir além da imposição de incentivos e sanções.

Nesse seguimento, em que pese o estudo analítico da corrupção sob o ponto de vista comportamental seja principiante, o Banco Mundial publicou um relatório sobre essa temática[53], literalmente:

“The title of this Report, Mind, Society, and Behavior, captures the idea that paying attention to how humans think (the processes of mind) and how history and context shape thinking (the influence of society) can improve the design and implementation of development policies and interventions that target human choice and action (behavior). [...] The findings also enhance the understanding of how collective behaviors – such as widespread trust or widespread corruption – develop

and become entrenched in a society (WORLD BANK, 2015, p. 2).”

Hodiernamente, os estudos do comportamento produzem as primeiras conclusões, a partir da metodologia do componente da irracionalidade[54].

A propósito disso, a referida metodologia rechaça as explicações do fenômeno da corrupção pelo ângulo da verificação do custo-benefício, porquanto defende que o cálculo racional e autoconsciente de detecção e sanção seria uma resposta imprecisa para justificar a tomada de decisão humana[55].

Para ARIELY (2012), a verificação do custo-benefício é mera expressão do simplório modelo racional de crime, que engloba 3 (três) partes: (i) benefício oriundo do crime; (ii) probabilidade de detecção; e (iii) a probabilidade de sancionamento após detectado o crime. Assim, a decisão humana racional se alicerçaria na comparação do primeiro componente (benefício) com os outros dois (custos).

Ocorre que os achados de pesquisa capitaneados por ARIELY (2012) revelam um padrão um tanto quanto intrigante: os indivíduos desonestos, igualmente e a um só tempo, tencionam preservar a boa imagem que fazem de si próprio e obterem os benefícios da corrupção. Nessa vereda, a revelação desses 2 (dois) interesses inconciliáveis desmonta a análise dos custos, porquanto ainda que em situações de menores custos (portanto, mas favoráveis à corrupção), os indivíduos desonestos se corrompem em um nível menor, mas não se afastam do comportamento corrupto.

Essa constatação se fundamentou em seus achados, a saber: (i) o nível de desonestidade não aumenta na razão direta elevação do benefício financeiro; (ii) o desenvolvimento das condições de controle e de fiscalização não influencia significativamente no grau de desonestidade; (iii) os indivíduos desonestos tem a propensão a serem mais corruptos em situações em que o benefício não é obtido diretamente em pecúnia, em que pese possa ser economicamente mensurável (ARIELY, 2012).

De tal maneira, os estudos apontam que existe um limite moral para a prática de atos desonestos, ainda que os indivíduos estejam, genericamente, predispostos a cometer e/ou aceitar a ocorrência de “pecadinhos”, sob o ponto de vista ético. Nesse sentido, a análise comportamental pode auxiliar na diminuição da permissividade à corrupção.

Ainda nessa esteira, a vertente comportamental indica que os indivíduos intencionam nutrir orgulho de si próprios e assim também sucede no âmbito do trabalho. Desse modo, uma eficaz estratégia para propiciar a prevenção à corrupção



seriam as políticas pedagógicas incentivadoras do pertencimento a um serviço público íntegro, baseado na ética profissional.

Nessa senda, tais políticas devem ser focadas em diagnósticos individualizados alusivos a situações que obstam a construção de um ambiente de ética profissional, de acordo com a realidade de cada órgão, já que cada um detém particularidades.

Outrossim, políticas consistentes na transparência pública mostram-se eficazes no processo de assimilação dos ditames das ciências comportamentais. Isso porque a ampla veiculação de informações públicas e em linguagem acessível a toda população têm o condão de impulsionar o potencial da sociedade civil de exigir a alteração dos comportamentos da Administração Pública, que venham a se afastar dos fins estatais e do interesse público. Logo, a transparência pública eleva-se como salutar instrumento para a superação da inércia do cidadão tolerante à corrupção.

No Brasil, aliás, na esfera federal e em alguns outros entes federados, o Portal da Transparência é o exemplo da principal ferramenta de aplicação da transparência pública.

Em arremedo de conclusão, as estratégias metodológicas emanadas da ciência comportamental vêm se revelando verossímeis e podem ajudar a estabelecer uma “nova prática social”, a partir da mudança das crenças dos servidores públicos e dos cidadãos no que se refere ao fenômeno da corrupção e, quiçá, sejam o primeiro passo para desconstruir o problema de ação coletiva, que já frustrou um sem-número de reformas anticorrupção. Com isso, o foco do combate residiria na “raiz do problema” (para prevenir a corrupção) em vez de mirar no “cortar de folhas” (repreender a corrupção após a sua ocorrência).

### **3. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como se viu em linhas transatas, a corrupção possui várias matizes de análise, o que demonstra se tratar de um fenômeno bastante complexo. De todo modo, buscou-se trazer a lume os mais diversos pontos de vista e metodologias de estudo.

Nesse sentido, cremos que a importância de se entender os diversos aspectos da corrupção não deve se limitar apenas ao campo teórico, mas, sobretudo, impõe-se trazer para a prática, efetivando-se mecanismos de controle, com o fito de minimizar os atos de corrupção, que são tão presentes em nossa sociedade.

Espera-se, outrossim, que o estudo da corrupção possa, gradativamente, ser aprofundado, para que possamos ter um debate sério e abalizado sobre a temática. E mais: idealiza-se que no futuro tenhamos um país substancialmente menos tolerante à corrupção.

## **BIBLIOGRAFIA**

### Artigos e livros:

ABRAMO, C. W. "Percepções pantanosas. A dificuldade de medir a corrupção". *Novos Estudos - CEBRAP*, nº 73, 2005.

ARIELY, Dan. *Previsivelmente irracional: as forças ocultas que formam as nossas decisões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

\_\_\_\_\_. *The (honest) truth about dishonesty: how we lie to everyone – especially ourselves*. London: Harper Collins, 2012.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Empurrando a História: combate à corrupção, mudança de paradigmas e refundação do Brasil*. Artigo componente do livro *Corrupção: aspectos sociológicos, criminológicos e jurídicos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

BLOK, Marcela. *Compliance e Governança Corporativa*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017.

BOEHM, F. y GRAF LAMBSDORFF, J. (2009). *Corrupción y anticorrupción: una perspectiva neo-institucional*. *Revista de Economía Institucional*, 11 (21)

\_\_\_\_\_. *Regulatory capture revisited: lessons from economics of corruption*. *Internet Center of Corruption Research Contribution*, n. 22, p. 1-29, jul. 2007. Disponível em: <<http://www.icgg.org/downloads/Boehm%20-%20Regulatory%20Capture%20Revisited.pdf>>. Acesso em: 12.4.2020

BLUTEAU, Raphael. *Vocabulario portuguez & latino*, v. 2, 1728.

CAMPANTE, R. G. "O patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira". *Dados - Revista de Ciências Sociais*, v.46, nº1, 2003.

### *COLLINS COBUILD ENGLISH LANGUAGE DICTIONARY*

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. 3 ed., São Paulo: Companhia das letras, 2016

CORRUPÇÃO: aspectos sociológicos, criminológicos e jurídicos. Coordenadores Daniel de Resende Salgado, Ronaldo Pinheiro de Queiroz, Vladimir Aras, Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

COSTA, Natalia Lacerda Macedo. A emergência dos programas públicos de integridade como instrumento de prevenção de cartéis em licitação. *Revista de Informação Legislativa*. RIL, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 111-130, jan./mar. 2019. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril\\_v56\\_n221\\_p111](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p111)

\_\_\_\_\_. "Nudge" como abordagem regulatória de prevenção à corrupção pública no Brasil. *Revista de informação legislativa*. RIL, v. 54, n. 214, p. 91-111, abr./jun. 2017. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril\\_v54\\_n214\\_p91](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p91)>.

FILGUEIRAS, Fernando (1 de novembro de 2009). <A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social>. *Opinião Pública*. 15 (2): 386–421. ISSN 0104-6276. doi:10.1590/S0104-62762009000200005.

\_\_\_\_\_. "A corrupção na política: perspectivas teóricas e metodológicas". *Cadernos Cedex, IUPERJ*, nº 5, 2006.

\_\_\_\_\_. *Corrupção, democracia e legitimidade*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2008a.

\_\_\_\_\_. Marcos teóricos para o estudo da corrupção. In: AVRITZER, L., BIGNOTTO, N., et al. *Corrupção: ensaios e crítica*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008b.

FRANÇA, Guilherme, Brasil: *setbacks in the legal and institutional anticorruption frameworks*. *Transparência Internacional*, novembro de 2019, [https://www.transparency.org/whatwedo/publication/brazil\\_setbacks\\_in\\_the\\_legal\\_and\\_institutional\\_anti\\_corruption\\_frameworks](https://www.transparency.org/whatwedo/publication/brazil_setbacks_in_the_legal_and_institutional_anti_corruption_frameworks).

FURIÓ CERIOL. *El consejo y consejeros del príncipe*.

GESTÃO PÚBLICA: planejamento, processos, sistemas de informação e pessoas. Roberto Kanaane; Alécio Fiel Filho; Maria das Graças Ferreira. São Paulo: Atlas, 2010.

GESTÃO E GOVERNANÇA PÚBLICA PARA RESULTADOS: uma visão prática. Cláudio Sarian, Daniel Luiz de Souza, Leonard Renne Guimarães Lapa. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GUEVARA, Antonio de. *Reloj de príncipes*, livro III, cap. II.

HABERMAS, J. Correção versus verdade. O sentido da validade deontológica de juízos e normas morais. In: Verdade e justificação. Ensaio Filosófico. São Paulo: Loyola, 2004.

HEIDENHEIMER, A. *Perspectives on the perception of corruption*. In: HEIDENHEIMER, A e JOHNSTON, M. (orgs.). *Political corruption. Concepts and contexts*. New Brunswick: Transactions Publishers, 2001.

HERNANDES, Pedro Petronillio. Combate à corrupção no Brasil: análise sob a ótica da economia da corrupção. In: PREVENÇÃO e combate à corrupção no Brasil: 6º concurso de monografias: trabalhos premiados. Brasília: CGU, 2011. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/control-social/arquivos/6-concurso-monografias-2011.pdf>>. Acesso em: 12.4.2020.

HOLLANDA, S. B.e de. Raízes do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HUNTINGTON, S. P. A ordem política nas sociedades em mudança. São Paulo: EDUSP, Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1975.

JIMÉNEZ, F y CARBONA, V. (2012). *Esto funciona así. Anatomía de la corrupción em España*. Letras libres, 125.

JOHNSTON, M. *Syndromes of corruption. Wealth, power, and democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005

KLITGAARD, R. (1988). *Controlling corruption*. Berkeley: University of California Press.

KÖBIS, Nils C. et al. "Who doesn't?": the impact of descriptive norms on corruption. *Plos One*, [São Francisco], 29 jun. 2015. Disponível em: <<http://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0131830>>. Acesso em: 14.4.2020.

KRUGER, A. O. "The political economy of rent-seeking", *American Economic Review*, nº 64, 1974.

LAMBSDORFF, Johann Graf. Behavioral and experimental economics as a guidance to anticorruption. *New Advances in Experimental Research on Corruption Research in Experimental Economics*, v. 15, p. 279-299, 2012. Disponível em: <[http://www.icgg.org/literature/Lambsdorff\\_2012\\_Behavioral\\_Economics\\_Inspires\\_Anticorruption.pdf](http://www.icgg.org/literature/Lambsdorff_2012_Behavioral_Economics_Inspires_Anticorruption.pdf)>. Acesso em: 14.4.2020.

LEFF, N. H. "Economic development through bureaucratic corruption". *American Behavioral Scientist*, v. 8, nº 3, 1964.

LIPSET, S. M. e LENZ, G. S. Corrupção, cultura e mercados, In: HUNTINGTON, S. e HARRINSON, L. (orgs.). A cultura importa: Os valores que definem o progresso humano. Rio de Janeiro: Record, 2002.

MARIAL, Héctor A. As raízes legais da corrupção: ou como o direito público fomenta a corrupção em vez de combatê-la. Susan M. Behrends Kraemer (tradução); Toshio Mukai (Comentários à edição brasileira). São Paulo: Editora Contracorrente, 2018.

MARTINI, Máira, *Brasil's Supreme Court halts anti-money laundering investigations, julho de 2019*, <https://voices.transparency.org/the-roleoffinancial-intelligence-units-andthefight-against-corruption-inbrazile745f1c8e749>

MERTON, R. K. Sociologia: teoria e estrutura. São Paulo: Mestre Jou, 1970.

MISHRA, Ajit. *Corruption, hierarchies and bureaucratic structure*. In: ROSE-ACKERMAN, Susan (Ed.). *Internacional handbook on the economics of corruption*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2006. p. 189-215.

MORENO CEBRIAN. *El "premio" de ser virrey: los intereses públicos y privados del gobierno virreinal en el Perú de Felipe V*

NICOT, Jean. *Thesor de la lengua francoyse, tant ancienne que moderne*.

PERSSON, Anna; ROTHSTEIN, Bo; TEORELL, Jan. Why anticorruption reforms fail: systemic corruption as a collective action problem. *Governance: an international journal of policy, administration, and institutions*, v. 26, n. 3, p. 449-471, jul. 2013.

ROMEIRO, Adriana. *Corrupção e poder no Brasil: uma história, séculos XVI a XVIII*. 1 ed., Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

ROSE-ACKERMAN, S. *Corruption and government*. Causes, consequences and reform. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

SCHWARTZMAN, S. *Bases do autoritarismo brasileiro*. Rio de Janeiro: Campus, 1982.

SCOTT, J. "Corruption, machine politics, and political change". *American Political Science Review*, v. 63, nº 4, 1969

SILVA, Antonio de Moraes. *Diccionario da lingua portuguesa*, 1789.

TAYLOR, C. *Sources of the self*. Harvard: Harvard University Press, 1992.

TORGAL. *Ideologia política e teoria do Estado na Ressureição*, 2 v.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Referencial de combate à fraude e corrupção: aplicável a órgãos e entidades da Administração Pública / Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Coordenação-Geral de Controle Externo dos Serviços Essenciais ao Estado e das Regiões Sul e Centro-Oeste (Coestado), Secretaria de Métodos e Suporte ao Controle Externo (Semec), 2a Edição, 2018.

TULLOCK, G. "The welfare costs of tariffs, monopolies, and theft". *Western Economic Journal*, nº 5, 1967.

VASCONCELOS, Luís Mendes de. *Do sítio de Lisboa: diálogos*.

WORLD BANK. *World development report 2015: mind, society, and behavior*. Washington, DC: World Bank, 2015.

#### Sítios eletrônicos:

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, 31 dez. 1940. Disponível em: < <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 6.4.2020.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: < <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 6.4.2020.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002b. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso "c". Diário Oficial da União, 8 out. 2002b. Disponível em: < <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 6.4.2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.467, de 11 de junho de 2002. Diário Oficial da União, 12 jun. 2002c. Disponível em: < <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 6.4.2020.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Diário Oficial da União. Disponível em: < <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 6.4.2020.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 6.932, de 11 de agosto de 2009. Dispõe sobre a simplificação do atendimento público prestado ao cidadão, ratifica a dispensa do reconhecimento de



firma em documentos produzidos no Brasil, institui a “Carta de Serviços ao Cidadão” e dá outras providências. Diário Oficial da União, 12 ago. 2009. Disponível em: < <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 6.4.2020.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012. Regulamenta a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do caput do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição. Diário Oficial da União – Edição Extra, 16 maio 2012. Disponível em: < <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 6.4.2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.846, de 1º agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial da União Disponível em: < <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 6.4.2020.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: < <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 8.4.2020.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2017a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm). Acesso em: 10.4.2020.

\_\_\_\_\_. Controladoria-Geral da União. Guia de implantação de programas de integridade nas empresas estatais: orientações para a gestão da integridade nas empresas estatais federais. Brasília, DF: Controladoria-Geral da União, 2015a. Disponível em: <[http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/guia\\_estatais\\_final.pdf](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/guia_estatais_final.pdf)>. Acesso em: 11.4.2020.

\_\_\_\_\_. Controladoria-Geral da União. Portaria nº 784, de 28 de abril de 2016. Institui o Programa de Fomento da Integridade Pública da Controladoria-Geral da União, para a administração pública, autárquica e fundacional do Poder Executivo Federal. [Brasília, DF: Controladoria-Geral da União], 2016a. Disponível em: <[http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/portarias/portaria\\_cgu\\_784\\_2016.pdf](http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/portarias/portaria_cgu_784_2016.pdf)>. Acesso em: 12.4.2020.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm)>. Acesso em: 13.4.2020.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm)>. Acesso em: 13.4.2020.

<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/politica/fgv-corrupcao-custa-r-30-bi-ao-ano-para-a-economia-do-pais,d6aa6f7d7fc4b310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>. Acesso em: 4.4.2020.

[https://brasil.elpais.com/brasil/2014/01/28/politica/1390946330\\_078051.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2014/01/28/politica/1390946330_078051.html). Acesso em: 4.4.2020.

<https://exame.abril.com.br/brasil/5-efeitos-danosos-da-corrupcao-que-voce-nao-ve/>. Acesso em 4.4.2020.

<https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2019/06/05/brasileiro-trabalha-29-dias-por-ano-para-pagar-a-conta-da-corrupcao-diz-instituto.ghtml>. Acesso em: 4.4.2020.

<https://veja.abril.com.br/brasil/para-eua-odebrecht-praticou-maior-caso-de-suborno-da-historia/>. Acesso em 4.4.2020

[https://transparenciainternacional.org.br/ipc/?utm\\_source=Ads&utm\\_medium=Google&utm\\_campaign=%C3%8Dndice%20de%20Percep%C3%A7%C3%A3o%20da%20Corrup%C3%A7%C3%A3o&utm\\_term=Ranking%20da%20Corrup%C3%A7%C3%A3o&gclid=EA1aIQobChMI-SA4ZvQ6AIVwgWRCh3HpgSXEAAYASAAEgLcgPD\\_BwE](https://transparenciainternacional.org.br/ipc/?utm_source=Ads&utm_medium=Google&utm_campaign=%C3%8Dndice%20de%20Percep%C3%A7%C3%A3o%20da%20Corrup%C3%A7%C3%A3o&utm_term=Ranking%20da%20Corrup%C3%A7%C3%A3o&gclid=EA1aIQobChMI-SA4ZvQ6AIVwgWRCh3HpgSXEAAYASAAEgLcgPD_BwE). Acesso em 4.4.2020.

<https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/asset/67:indice-de-percepcao-da-corrupcao-2019?stream=1> Acesso em 5.4.2020.

<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/08/dodgecompara-stf-a-tribunal-de-excecao-e-ve-inquerito-das-fake-news-como-ilegal.shtml>. Acesso em 5.4.2020.

<https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/asset/67:indice-de-percepcao-da-corrupcao-2019?stream=1>. Acesso em 5.4.2020.

[https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/11/121026\\_corrupcao\\_origens\\_md\\_b.shtml](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/11/121026_corrupcao_origens_md_b.shtml). Acesso em 12.4.2020.

NOTAS:

[1] Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/politica/fgv-corrupcao-custa-r-30-bi-ao-ano-para-a-economia-do-pais,d6aa6f7d7fc4b310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>> Acesso em: 4.4.2020.

[2] Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2014/01/28/politica/1390946330\\_078051.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2014/01/28/politica/1390946330_078051.html)> Acesso em: 4.4.2020.

[3] Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/5-efeitos-danosos-da-corrupcao-que-voce-nao-ve/>> Acesso em 4.4.2020.

[4] Disponível em: <<https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2019/06/05/brasileiro-trabalha-29-dias-por-ano-para-pagar-a-conta-da-corrupcao-diz-instituto.ghtml>> Acesso em: 4.4.2020. A propósito, o déficit do orçamento da União originalmente previsto para 2020 (antes da pandemia do COVID-19, cujas consequências ainda são incalculáveis) é de 129,1 bilhões de reais, desse modo, a erradicação da corrupção no país seria o bastante para encerrar o déficit público e ainda aumentar a capacidade de investimento público, mormente em demandas mais caras à nossa população, tais como educação e saúde.

[5] Na língua inglesa o Departamento de Justiça dos Estados Unidos é nominado de *United States Department of Justice*, comumente referido como *Justice Department* ou, simplesmente, DOJ.

[6] Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/brasil/para-eua-odebrecht-praticou-maior-caso-de-suborno-da-historia/>> Acesso em 4.4.2020.

[7] ABRAMO, C. W. "Percepções pantanosas. A dificuldade de medir a corrupção". *Novos Estudos - CEBRAP*, nº 73, 2005.

[8] BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Empurrando a História: combate à corrupção, mudança de paradigmas e refundação do Brasil*. Artigo componente do livro *Corrupção: aspectos sociológicos, criminológicos e jurídicos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

[9] À guisa de estudo elaborado pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), revelou-se que entre 1988 e 2007, ou seja, em 18 (dezoito) anos, nenhum agente político foi condenado pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Nesse ínterim, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) condenou tão somente 5 (cinco) autoridades públicas. Disponível em: <Congresso em Foco (ed.). «AMB-Estudo sobre a Corrupção no Brasil» (pdf). Consultado em 4.4.2020>. Dita situação começou a mudar em 2013, quando 12 (doze) condenados na Ação Penal 470 (adveniente da "lava jato") foram

presos sob diversas acusações de organização criminosa, corrupção e lavagem de capitais.

[10] Disponível em:  
<[https://transparenciainternacional.org.br/ipc/?utm\\_source=Ads&utm\\_medium=Google&utm\\_campaign=%C3%8Dndice%20de%20Percep%C3%A7%C3%A3o%20da%20Corrup%C3%A7%C3%A3o&utm\\_term=Ranking%20da%20Corrup%C3%A7%C3%A3o&gclid=EAIaIQobChMIIt\\_SA4ZvQ6AIVwgWRCh3HpgSXEAYASAAEgLcgPD\\_BwE](https://transparenciainternacional.org.br/ipc/?utm_source=Ads&utm_medium=Google&utm_campaign=%C3%8Dndice%20de%20Percep%C3%A7%C3%A3o%20da%20Corrup%C3%A7%C3%A3o&utm_term=Ranking%20da%20Corrup%C3%A7%C3%A3o&gclid=EAIaIQobChMIIt_SA4ZvQ6AIVwgWRCh3HpgSXEAYASAAEgLcgPD_BwE)> Acesso em 4.4.2020.

[11] Disponível em:  
<<https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/asset/67:indice-de-percepcao-da-corrupcao-2019?stream=1>> Acesso em 5.4.2020.

[12] FRANÇA, Guilherme, Brasil: *setbacks in the legal and institutional anticorruption frameworks. Transparência Internacional, novembro de 2019, https://www.transparency.org/whatwedo/publication/brazil\_setbacks\_in\_the\_legal\_and\_institutional\_anti\_corruption\_frameworks.*

[13] MARTINI, Maíra, *Brasil's Supreme Court halts anti-money laundering investigations, julho de 2019, https://voices.transparency.org/the-roleoffinancial-intelligence-units-andthefight-against-corruption-inbrazile745f1c8e749.* A propósito, esse provimento liminar também foi duramente criticado pela OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) e pelo Gafi (Grupo de Ação Financeira), principal órgão mundial de combate à lavagem de dinheiro. Atualmente, porém, não subsiste mais essa liminar, em face do julgamento do mérito pelo Plenário do STF no **(RE – Recurso Extraordinário) 1055941**. Assim, foi validado o compartilhamento com o Ministério Público e com as autoridades policiais dos dados bancários e fiscais do contribuinte obtidos pela Receita Federal e pela Unidade de Inteligência Financeira (UIF), sem a necessidade de autorização prévia do Poder Judiciário. A tese fixada, em sede de repercussão geral, foi a seguinte: *1 - É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil, que define o lançamento do tributo, com os órgãos de persecução penal, para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional.*

*2 - O compartilhamento pela UIF e pela Receita Federal do Brasil, referente ao item anterior, deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia*

*de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios.*

[14] Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/08/dodgecompara-stf-a-tribunal-deexcecao-e-ve-inquerito-das-fake-newscomoilegal.shtml> >. Acesso em 5.4.2020. Além da ONG Transparência Internacional, diversas entidades e juristas se pronunciaram pela ilegalidade desse inquérito aberto e tramitado, de ofício, pelo próprio STF, cujo procedimento malferia o sistema acusatório, que se alicerça na divisão entre as funções de investigar, denunciar e julgar.

[15] Disponível em: < <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/asset/67:indice-de-percepcao-da-corrupcao-2019?stream=1> > Acesso em 5.4.2020.

[16] Como intuitivo e defendemos neste trabalho, ressoa mais efetivo a primazia do controle preventivo em relação ao controle posterior/repressivo, assim entendida como sendo a prioridade, ou seja, como foco apriorístico das políticas anticorrupção, todavia sem importar superioridade relativamente ao controle posterior/repressivo, pois ambos são eficazes/salutares e convivem e dialogam harmoniosamente no Sistema de Combate à Corrupção, que tem de se valer de inúmeras frentes e metodologias de trabalho, já que, gradativamente, o sistema corruptivo (ou corrupção sistêmica) sofisticava os seus mecanismos e procedimentos tendentes à burlar e escamotear as regras jurídicas e os órgãos de controle, que compõem o Sistema de Combate à Corrupção. É nesse sentido de primazia ou prioridade do controle preventivo que estabelece as diretrizes do sistema de governança público estabelecido no art. 4º, inciso VI do Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017, que assim dispõe: *“implementar controles internos fundamentados na gestão de risco, que privilegiará ações estratégicas de prevenção antes de processos sancionadores;”*

[17] “Amigos do rei” é uma expressão que denota um tratamento privilegiado a poucas pessoas próximas ao detentor do poder, com beneficiamentos pessoais em face da falta de uma gestão pública impessoal. Na literatura, vem a calhar o poema metafórico de Manuel Bandeira *Vou-me embora para pasárgada*, publicado no livro *Libertinagem* em 1930, no qual o poeta traça uma vida perfeita e cheia de privilégios, porque, como dizia o poema: “lá sou amigo do rei”.

[18] Referencial de combate à fraude e corrupção: aplicável a órgãos e entidades da Administração Pública / Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Coordenação-Geral de Controle Externo dos Serviços Essenciais ao Estado e das Regiões Sul e

Centro-Oeste (Coestado), Secretaria de Métodos e Suporte ao Controle Externo (Semec), 2a Edição, 2018.

[19] CAMPANTE, R. G. "O patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira". Dados - Revista de Ciências Sociais, v.46, nº1, 2003.

[20] FAORO, R. *Os donos do poder*. Formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Globo, 2000

[21] HOLLANDA, S. B.e de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 137.

[22] Para Weber, o conceito de patrimonialismo é um princípio de legitimação, baseado em um mundo tradicional, em que, nem sempre, o Estado é centralizado, a exemplo do sistema feudal.

[23] FILGUEIRAS, Fernando (1 de novembro de 2009). <A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social>. *Opinião Pública*. 15 (2): 386–421. ISSN 0104-6276. doi:10.1590/S0104-62762009000200005.

[24] SCHWARTZMAN, S. *Bases do autoritarismo brasileiro*. Rio de Janeiro: Campus, 1982.

[25] A título de exemplo, a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), que criou regras e o rito procedimental legalmente tracejado para o exercício do direito fundamental à informação previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB); a Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013), que criou a "colaboração premiada"; a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), que criou o "acordo de leniência"; o Decreto nº 9.203/2017, que estabelece procedimentos para estruturação, execução e monitoramento de programas de integridade (ou *public compliance*) em órgãos e entidades do Governo federal, o qual foi recentemente alterado pelo Decreto nº 9.901/2019.

[26] Disponível

em: [https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/11/121026\\_corrupcao\\_origens\\_mdb.shtml](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/11/121026_corrupcao_origens_mdb.shtml). Acesso em 12.4.2020.

[27] Frase comumente atribuída a Confúcio.

[28] SALVADOR. *História do Brasil, 1500-1627*, p. 16.



[29] O *clientelismo* também existe no Brasil e em vários outros países, caracterizando-se por relações espúrias entre diversos atores políticos, nas quais um “vende” a outrem apoio político e em troca recebe favores ou benefícios. Trata-se de uma via de mão dupla em que, de certo modo, ambos os lados saem favorecidos e satisfeitos, embora de forma antiética e egocêntrica, já que cada um pensa tão somente em seus próprios interesses em detrimento do bem comum. Nessa acepção, compreendem-se diversas condutas, tais como: distribuição e loteamento de cargos comissionados sem critérios técnicos, mas sim apenas critérios politiquieiros consistente no conhecido “qi” (“quem indica”), concessões e direcionamentos pessoais de benefícios fiscais, obras, donativos etc.

[30] Expressão popular que denota esconder aos olhos dos demais a sujeira ou o que há de errado. Infelizmente, ainda temos muita sujeira varrida para debaixo do tapete. Felizmente, os programas de integridade público caminham na esteira do câmbio dessa realidade.

[31] A expressão “em alguns casos” se justifica porque só descobrimos os atos de corrupção malogrados e frustrados, pois os que foram exitosos em seu desiderato não foram sequer detectados e, destarte, nunca serão conhecidos, muito menos publicados e sancionados. Assim, o cenário atual é de uma ainda resistente “permissividade parcial do Estado”, pois alguns casos conhecidos são, de fato, penalizados, mas permanecem outros tantos invisíveis e sorrateiros no subterrâneo das relações de poder, bem como em diversas esferas do serviço público, pois que temos uma corrupção sistemática (e não inata, endêmica, como defendem alguns, capitaneados por HOLLANDA, 1995). Registre-se, outrossim, que até pouco tempo tínhamos uma “permissividade total do Estado”, dada a existência de uma completa impunidade aos ilícitos de corrupção. Assim, é dignificante perceber que o Brasil está mudando...

[32] BLUTEAU, Raphael. *Vocabulario portuguez & latino*, v. 2., 1728.

[33] SILVA, Antonio de Moraes. *Diccionario da lingua portuguesa*, 1789.

[34] COVARRUBIAS OROZCO. *Tesoro de la lengua castellana o española*, p. 359.

[35] NICOT, Jean. *Thesor de la lengua francoyse, tant ancienne que moderne*.

[36] As ideias jurídico-políticas da Segunda Escolástica foram engendradas nos territórios espanhol e português em um intenso câmbio de docentes e concepções acadêmicas realizado pelos 2 (dois) reinos. Essas doutrinas de viés teológico-político prevaleceram na Península Ibérica até o século XIX.

[37] TORGAL. *Ideologia política e teoria do Estado na Ressureição*, 2 v.

[38] GUEVARA, Antonio de. *Reloj de príncipes*, livro III, cap. II.

[39] FURIÓ CERIOL. *El consejo y consejeros del príncipe*, p. 73.

[40] O termo *merecimento* aqui é utilizado de forma ampliativa, englobando os servidores públicos com vínculos efetivos (devem ser a maioria no serviço público) e com vínculos precários (devem ser a minoria), como sabiamente decorre de mandamento constitucional (artigo 37, inciso V). A própria CRFB admite a coexistência entre cargos efetivos e cargos comissionados, em relação aos quais todos os seus ocupantes devem ser selecionados com base no *merecimento*, seja por ducto de concurso público para os servidores efetivos (artigo 37, inciso II da CRFB) ou por critérios técnicos no caso dos servidores comissionados, de modo a conter o “aparelhamento estatal”, ou seja, “a tomada de controle de órgãos ou setores da administração pública por representantes de grupo de interesses corporativos ou partidários, mediante a ocupação de postos estratégicos das organizações do Estado, de modo a colocá-las a serviço dos interesses do grupo” (cf. Dicionário Houaiss)

[41] Os ganhos privados (*private gains*) ora referidos possuem acepção ampla, uma vez que não precisam ser estritamente monetários, uma vez que podem compreender outros benefícios materiais e imateriais, consoante a precisa lição encontrada em: BOHEM, Frédéric. *Regulatory capture revisited: lessons from economics of corruption*. *Internet Center of Corruption Research Contribution*, n. 22, p. 1-29, jul. 2007. Disponível em: <<http://www.icgg.org/downloads/Boehm%20-%20Regulatory%20Capture%20Revisited.pdf>>. Acesso em: 12.4.2020

[42] VASCONCELOS, Luís Mendes de. *Do sítio de Lisboa*: diálogos, p. 58.

[43] FURIÓ CERIOL. *El consejo y consejeros del príncipe*, p. 72.

[44] MORENO CEBRIAN. *El “premio” de ser virrey*: los intereses públicos y privados del gobierno virreinal en el Perú de Felipe V, p. 100.

[45] ROSE-ACKERMAN, S. *Corruption and government. Causes, consequences and reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

[46] KRUGER, A. O. “The political economy of rent-seeking”, *American Economic Review*, nº 64, 1974.

[47] É nesse sentido de reciprocidade da corrupção, que se tem uma de suas características principais: trata-se de um **fenômeno difuso**, ou seja, espalha-se

largamente por todas as direções, razão que enseja a permissividade à corrupção tanto do Estado quanto de sua sociedade. Como visto, o Estado foi o primeiro a dar o mau exemplo e a sociedade que o informa adotou essa “prática social” de tolerância e exercício em seu modo de viver, se relacionar e trabalhar. Logo, hodiernamente, verificam-se práticas corruptas (agente passivo) e corruptoras (agente ativo) advenientes tanto do Estado como da sociedade. Há, pois, uma correspondência mútua entre os agentes corruptivos.

[48] A previsão desses cinco pilares emana do artigo 5º da UNCAC. Dita Convenção Internacional foi internalizada ao Ordenamento Jurídico pátrio, por meio do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

[49] MISHRA, Ajit. Corruption, hierarchies and bureaucratic structure. In: ROSE-ACKERMAN, Susan (Ed.). *International handbook on the economics of corruption*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2006. p. 189-215.

[50] HERNANDES, Pedro Petronillio. Combate à corrupção no Brasil: análise sob a ótica da economia da corrupção. In: *PREVENÇÃO e combate à corrupção no Brasil: 6º concurso de monografias: trabalhos premiados*. Brasília: CGU, 2011. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/control-social/arquivos/6-concurso-monografias-2011.pdf>>. Acesso em: 12.4.2020.

[51] MISHRA (2006)

[52] PERSSON, Anna; ROTHSTEIN, Bo; TEORELL, Jan. Why anticorruption reforms fail: systemic corruption as a collective action problem. *Governance: an international journal of policy, administration, and institutions*, v. 26, n. 3, p. 449-471, jul. 2013.

[53] WORLD BANK. *World development report 2015: mind, society, and behavior*. Washington, DC: World Bank, 2015.

[54] ARIELY, Dan. *The (honest) truth about dishonesty: how we lie to everyone – especially ourselves*. London: Harper Collins, 2012.

[55] LAMBSDORFF, Johann Graf. Behavioral and experimental economics as a guidance to anticorruption. *New Advances in Experimental Research on Corruption Research in Experimental Economics*, v. 15, p. 279-299, 2012. Disponível em: <[http://www.icgg.org/literature/Lambsdorff\\_2012\\_Behavioral\\_Economics\\_Inspires\\_Anticorruption.pdf](http://www.icgg.org/literature/Lambsdorff_2012_Behavioral_Economics_Inspires_Anticorruption.pdf)>. Acesso em: 14.4.2020.

## **A INFLUÊNCIA DA TELEVISÃO COMO MEIO DE MANUTENÇÃO DE PODER E DE SELEÇÃO DE INDIVÍDUOS E A RELAÇÃO AOS MOVIMENTOS LEI E ORDEM E LABELLING APPROACH**

**ANAMARIA ANDRADE BALASTEGHIN:**

pós-graduanda em Políticas Públicas e Sociais da Criança e do Adolescente pela UNIARA. Graduada em Direito pela UNESP - Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho".

**RESUMO:** O presente artigo tem como escopo analisar a influência da televisão como meio de regulação de relações humanas no favorecimento da manutenção de poder pelas emissoras televisivas e pelos responsáveis pela veiculação das notícias, bem como a estigmatização de pessoas e estereotipização de seletos grupos, abordando viés criminológico do movimento Lei e Ordem e do *Labelling Approach*.

**Palavras-chave:** televisão; seletividade; estereotipização; Movimento Lei e Ordem; Labelling Approach.

### **Introdução**

A televisão é objeto presente em praticamente todas as residências e vidas brasileiras, sendo que seu fácil acesso permite a veiculação de ampla gama de notícias, informações e entretenimento ao público.

Por outro lado, tal dispositivo atrai fortemente a indústria de consumo e de detentores de poder, já que pode ser utilizado como meio de veiculação de ideias, seleções ou aniquilações de pensamentos, influenciando a sociedade que, muitas vezes sem perceber, se alinha aos ditames do exposto nas imagens, cores e sons.

Este artigo traz, em seu primeiro capítulo, o conceito de televisão utilizada neste trabalho, bem como a presença massiva do objeto nas residências brasileiras, consoante últimas estatísticas realizadas. Ainda, são levantados motivos pelos quais a população brasileira adere massivamente ao consumo televisivo.

No segundo capítulo são trazidos fundamentos justificantes da seletividade presente no meio televisivo pelos seus detentores de poder, quais conseguem conquistar os telespectadores conforme suas finalidades.

Por conseguinte, as relações existentes entre a sociedade televisiva e as teorias criminológicas são expostas, no tocante ao Movimento Lei e Ordem e ao *labelling approach*, sendo este também conhecido como etiquetamento social.

Por fim, o programa nacional trazido pelo vizinho Uruguai, chamado “Estrategias por la vida y la convivencia”, ganhou destaque em capítulo próprio neste artigo, sendo apresentados motivos e políticas que levaram tal país à regulamentação, fiscalização e restrição da veiculação de programas policiais televisivos em canais abertos.

### **1. A televisão como instrumento midiático e sua massiva presença nas residências brasileiras**

Embora a televisão possua uma gama distinta de conceituações – aparelho receptor de imagens televisionadas (MICHAELIS, 2018) transmissão e recepção de imagens visuais (MICHAELIS, 2018), emissora que transmite imagens (MICHAELIS, 2018), meio de comunicação (MICHAELIS, 2018), exposição perigosa das diferentes esferas de produção (BOURDIEU, 1997, p. 7), bem selecionado pelo sistema espetacular (DEBORD, 1997, p. 21), dentre tantas outras –, este artigo terá como escopo seu conceito a partir de um “dispositivo formador de comunidade” (TIBURI, 2011, p. 15), isto é, regulador de relações humanas por intermédio da via acessível que a televisão-objeto oferece.

O referido dispositivo é quase que totalmente presente nos lares brasileiros, vez que 97,2% das residências no país possuem, ao menos, uma *televisão-objeto*, conforme dados do IBGE (IBGE, 2016) de 2016 – porcentagem, inclusive, 7,18% maior quando comparada aos dados de 2003 (IBGE, 2003).

Contudo, o objeto não apenas existe nas residências brasileiras, de maneira isolada ou esquecida. A televisão ainda é o meio de comunicação mais procurado pelas pessoas quando o assunto é informação e notícias, consoante pesquisa realizada pelo IBOPE. Além disso, mais de três quartos do grupo pesquisado assistem-na todos os dias da semana e, como tempo médio de acesso, supera-se três horas diárias (SECRETARIA ESPECIAL DE COMUNICAÇÃO SOCIAL, 2016).

A presença massiva da televisão nos lares e os grandes números que transparecem sua cotidiana vivência com os telespectadores brasileiros são explicadas de diversas maneiras: aproximadamente 75% da população do país possuem algum tipo de analfabetismo funcional, impossibilitando a compreensão de artigos de jornais, revistas, ou outros escritos (NATALINO, 2007, p. 25); incessante exposição da imagem no contexto do tempo da prensa, devido à globalização

(TIBURI, 2011, p. 19); ou mesmo o sentimento de presença coletiva ao saber o que, como e onde, possivelmente, outras pessoas também saberão:

“[...] pensemos nesta comunidade constituída no caráter coletivo do olhar televisivo e sua garantia de emoção oceânica. A impressão impagável de que o que se vê é real justamente por ser visto por todos é o que constitui o valor da comunidade a que chamamos de audiência. E, se todos veem, a garantia existencial de que não estamos sós vale mais ainda. [...] Não apenas o desejo de ter audiência, de ser visto, mas de ser audiência, de constituir a comunidade voyeuse, a comunidade ligada pelo olho ideal, o olho de vidro. A comunidade ideal do olho absoluto capaz de realizar todas as fantasias, inclusive a fantasia do real” (TIBURI, 2011, p. 35).

Além do “forte sentimento comunitário transcendental do olhar” (TIBURI, 2011, p. 35), o meio de comunicação televisivo estabelece a relação dentre, de um lado, os detentores de poder midiático e, de outro, os telespectadores, de forma que aqueles o utilizam como sistema de produção, transmissão e recepção de imagens administradas, para que se atinja a massa coletiva passiva das imagens.

O contato de quem assiste à televisão não é apenas com a tela (TIBURI, 2011, p. 33) como bem dito: por trás da tecnologia das imagens há pessoas que comandam o que será veiculado, como será dito e, principalmente, as imagens que serão lançadas, de modo que a finalidade da matéria seja transmitida de maneira simples, comum a todos, viável economicamente e acessível em tempo e espaço.

Como dito pelo sociólogo francês Pierre Bourdieu, o alarmante perigo político presente no uso da televisão se dá devido ao chamado “efeito de real”, isto é, à transmissão de imagens, cores e sons que possuem a capacidade de fazer ver e crer no que se faz ver. Assim, o que é transmitido pode emergir, limitar ou mesmo aniquilar ideias, representações e grupos:

“As variedades, os incidentes ou os acidentes cotidianos podem estar carregados de implicações políticas, éticas, etc. capazes de desencadear sentimentos fortes, frequentemente negativos, com o racismo, a xenofobia, o medo-ódio do estrangeiro, e a simples narração (...) implica sempre uma construção social da realidade capaz de exercer efeitos sociais de mobilização (ou de desmobilização).” (BOURDIEU, 1997, p. 25)



A sociedade passa, então, a ser caracterizada de forma massiva e individualista, integrada e idiotizada (HABERMAS, 1997, p. 104) pelos meios de comunicação de massa – inclusa, por óbvio, a televisão –, de modo que se torne psicologicamente adequada aos meios de produção econômico-capitalistas e politicamente incapazes de debater temas e discursos de maneira dialética e pública, reduzindo a capacidade reflexiva dos telespectadores.

Assim, a mídia televisiva mostra-se eficaz em alcançar credibilidade da massa telespectadora, legitimando o poder midiático: “a mídia tem, na contemporaneidade, o poder de instituir o que é ou não real, existente” (GUARESCHI, 2007, p. 9).

## **2. A seletividade discursiva presente na televisão e sua captação pelo público**

A televisão analisada do ponto de vista da regulação de relações humanas difunde imagens e informações como pontos centrais vivenciados de maneira cotidiana pela sociedade, preenchendo o chamado “senso de telerrealidade” ou “senso de hiper-realidade” (NATALINO, 2007, p. 56).

Esse sentimento dividido por grande parte – se não todos – os telespectadores produz o consenso sobre a realidade; contudo, a seleção da exposição acerca da matéria veiculada é realizada pelos planos de referência televisivos e, em especial, pelo telejornalismo.

Sobre este ponto, Bourdieu afirma que tal seleção parte da busca pelo sensacional, pelo espetacular, de modo que a dramatização choque a sociedade, ainda que se utilize de exageros, maiores gravidades ou aumento do caráter trágico (BOURDIEU, 1997, p. 25).

Essa exasperação do fato analisado é chamada, por muitos, de *sensacionalismo* (SOUZA, 2009, p. 7), sendo que o deslocamento do foco do objeto passa por amplificação exagerada a ser consumida – e adorada – pelos telespectadores da indústria televisiva, pouco importando o deturpamento da notícia ou a inserção de falsas informações.

Seja qual for o método para se chegar ao público alvo, este compreende facilmente o discurso criminológico midiático: a fundamentação de ética simplista, como, por exemplo, a paz, quando comparada aos ditames históricos (“utopias urbanas retrógradas”), ou a ideologias diárias intangíveis, ganha facilmente o receptor autoconsiderado “politicamente correto” (BATISTA, 2002, p. 7). Jock Young aduz que a montagem rápida produzida pela televisão envolve o público, que enxerga rapidamente a fórmula da simplicidade unidimensional e da solução rápida para os problemas vivenciados (YOUNG, 2002, p. 190).

Marcia Tiburi afirma, inteligentemente, a lógica do espectro presente na relação entre a televisão e o telespectador, sendo tal relação considerada como poder de polícia:

“[...] a televisão deve ser lida no cerne desta “lógica do espectro” porque também ela lida com o poder de polícia ínsito na política enquanto se dispõe em imagem soberana aos olhos de quem vê. Poder de polícia é poder de vigiar e punir, não apenas o criminoso que deseja fugir, mas o telespectador em seu corpo docilizado. [...] Se todos vemos o mesmo, se fazemos o mesmo, estamos todos desculpados e irresponsabilizados igualmente como em qualquer sistema corrupto”. (TIBURI, 2011, p. 222-223).

Há, assim, clara indissociabilidade da relação existente entre a seleção dos fatos realizada pelo jornalismo e os grupos ou sociedades que serão atingidas pelas informações. Bourdieu chama tal relação de “estrutura possível” (NATALINO, 2007, p. 49):

“possibilidade de cristalização das relações sociais, somente passível de compreensão a partir da análise de suas características dentro do contexto social em que tal processo de estruturação se concretiza. Em suma, há uma indissociabilidade entre a teoria do jornalismo e sua produção e a investigação empírica do contexto em que se produzem as notícias”.

No tocante ao telejornalismo policial, isto é, programas e jornais televisivos que noticiam fatos oriundos de conflitos (NATALINO, 2007, p. 51), a veiculação da notícia é selecionada do objeto central, qual seja, o fato do ponto de vista do meio de controle social formal da polícia, transpassando-se para um viés de reafirmação de valores sociais vigentes, de normas legais e de punições impostas aos que contrariam à ordem.

Não se deve deixar de dizer que a maneira como o acontecimento será veiculado depende, por óbvio, do telejornalista, de sua equipe, dos chefes editoriais e do viés político pelo qual a emissora e/ou programa se inserem, bem como da captação do público telespectador atingido. Contudo, ampla gama das notícias é trazida de fatos concretos, ainda que exasperados – e não de opiniões, por exemplo -, a fim de que se dê ainda mais credibilidade ao informado.

Nilo Batista menciona em seu artigo “Mídia e Sistema Penal” a eficaz omissão de certos assuntos de base pelo campo informativo, a fim de que se destaque, propositalmente, o merecimento do que se informa, como, por exemplo, a ênfase dada em pessoas que oferecerem drogas para finalidade lucrativa e a boa ousadia dos jornalistas que se passam por usuários-compradores, em detrimento de se camuflar os índices e as razões de desempregos e miséria dos locais analisados (BATISTA, 2002, p. 12).

Assim, em muitos dos casos, o ponto central acontecido na seara conflituosa passa-se pela análise, seleção e acréscimo pelo jornalista de comoção, exasperação e valorização da contraconduta, chegando-se a *construção própria* da narrativa da notícia. Natalino chama tal construção de “gênero da literatura romântica”, isto é, soa quase que como um romance diário fictício.

Observa-se que o discurso criminológico acadêmico se distancia do discurso criminológico midiático neste ponto, vez que o primeiro, ainda que mais franco, necessita de imposições perante a sociedade, destacando-se de seus concorrentes, a fim de que se legitime e se dê credibilidade às suas conclusões. O discurso criminológico midiático, por outro lado, preenche tais condições, fantasiando ações para chegar, com êxito, à influência devida (BATISTA, 2002, p. 6).

Nos dias atuais, a espetacularização da violência e das notícias referentes a criminalidades e fatos conflituosos se ploriferaram e passaram aos horários chamados de “picos” de audiência televisivos, ou seja, horários acessíveis ao público, propagadas em canais abertos, nos intervalos de almoço e após as 20 horas.

Neste cenário, as notícias sensacionalistas não trazem apenas o fato isolado: além de toda a dramatização, trazem, principalmente, a seletividade de indivíduos em tese autores das notícias conflituosas, desenvolvendo-se categorizações de pessoas na teletransmissão, como “criminosos”, “favelas”, “presidiários”, “traficantes”, dentre tantos outros representativos e marcantes nomes.

O pano de fundo das categorizações vai muito além de pejorativos ou taxativos nomes aos indivíduos e/ou grupos. A pauta de luta política pela “legítima classificação simbólica do mundo” (NATALINO, 2007, p. 57) e a manutenção de poder de classes são estruturas essenciais na política da teletransmissão brasileira:

“Nisso consiste o poder central do telejornalismo: o poder de associar imagens e discursos, sua capacidade de selecionar ações humanas, grupos sociais e instituições e conjugá-los a partir do uso de rotulações e categorias que, por definição, jamais são neutras. É condição inescapável ao próprio exercício

do telejornalismo ser difusor de rótulos e categorias que serão internalizadas por seus espectadores”. (NATALINO, 2007, p. 58)

Tem-se, assim, filtros seletivos da realidade vivenciada e das representações coletivas pelo próprio telejornalismo, sendo que estes constroem e delimitam a realidade social de seus telespectadores.

Logicamente, a estruturação seletiva mencionada é perigosa, já que a densidade política de formação de comunidade é exposta à mercê das produtoras de telejornalismos, que identificam como elementos centrais influenciadores o poder atribuído ao grupo telespectivo, bem como a capacidade de seleção de ações humanas, grupos sociais e instituições, convertendo-os em rotulações e categorias a serem inseridas pelos telespectadores (NATALINO, 2007, p. 58).

Além disso, não se deve afastar também a pressão econômica mercadológica trazida por trás da televisão (BOURDIEU, 1997, p. 81):

“[...] através da pressão do índice de audiência, o peso da economia se exerce sobre a televisão, e através do peso da televisão sobre o jornalismo, ele se exerce sobre os outros jornais, mesmo sobre os mais “puros”, e sobre os jornalistas, que pouco a pouco deixam que problemas de televisão se imponham a eles.”

Isso porque o capitalismo tardio influenciou decisivamente para a especificação das notícias televisivas. Os considerados “desajustados” da conjuntura pós-feudal deveriam ser executados a fim de se tornarem mão-de-obra útil do novo panorama econômico, transformando a economia liberalista em poder punitivo onipresente e capilarizado, “para controle penal dos contingentes humanos que ele mesmo marginaliza” (BATISTA, 2002, p. 3).

De uma forma ou de outra, tem-se a comunicação televisiva como meio formador social seletivo, como bem enuncia Zaffaroni ao afirmar as “agências de comunicação social” como uma das eficazes agências do sistema penal (ZAFFARONI, 2003, p. 138), aptas a influir, por meio de imagens, cores e sons, os ideais e as políticas a serem facilmente aderidas pelo público-alvo.

### **3. Sociedade televisiva diante do Movimento Lei e Ordem e do etiquetamento social**

Pierre Bourdieu traz a menção ao *fast-thinking*, quase que comparado aos *fast-foods*, teorizando que a acessível e pronta informação de *ideias feitas* são

prestadas pelas mídias televisivas a fim de que as pessoas se satisfaçam de suas fomes sociais – sejam orgânicas, sejam intelectuais –, de maneira rápida e urgente (BOURDIEU, 1997, p. 38).

As *ideias feitas* conseguem cativar o que já se encontra preconcebido, preenchem o espaço já ocupado da informação, de maneira comum e banal:

“Com efeito, é preciso perguntar por que eles são capazes de responder a essas condições inteiramente particulares, porque conseguem pensar em condições nas quais ninguém mais pensa. A resposta é, ao que me parece, que eles pensam por ‘ideias feitas’. As ‘ideias feitas’ de que fala Flaubert são ideias aceitas por todo mundo, banais, convencionais, comuns, mas são também ideias que, quando as aceitamos, já estão aceitas, de sorte que o problema da recepção não se coloca [...]. A comunicação é instantânea porque, em certo sentido, ela não existe. Ou é apenas aparente”. (BOURDIEU, 1997, p. 40)

O referido autor questiona a possibilidade da reflexão e do pensamento quando a égide da velocidade permeia as relações. Indo além, observa-se que tanto a velocidade como o fluxo constante de novas informações prejudica o pensar, de modo que as *ideias feitas* são aceitas, aderidas e socialmente solucionadas.

Neste ponto, a chamada “massificação” trazida pelos meios de comunicação de massa, também chamada de *mass media*, subestima a capacidade pensante de resistência (BOURDIEU, 1997, p. 38), de modo que os passageiros das *informações-ônibus* são atingidos indistintamente pelos efeitos políticos e culturais resultantes da transmissão.

Não por coincidência, os estereótipos são trazidos como elementos de domínio da comunicação de massa, isto é, como características essenciais ao fortalecimento do senso comum propagado pelo *mass media*:

“A estratégia de domínio da indústria cultural vem, portanto, de longe e dispõe de múltiplas táticas. Uma delas consiste na estereotipização [...]. Como a estereotipização da matéria é triunfo do capital investido – que se interessa pelos indivíduos apenas como clientes e empregados – a tendência progressiva da estereotipização para se transformar num conjunto de protocolos é imparável. Mas quanto mais os estereótipos se materializam e fortalecem [...], provavelmente, tanto menos as

“pessoas modificam suas ideias preconcebidas com o aumento da sua experiência.” (ADORNO, 1954, apud WOLF, 1995: 80).

Aliada aos efeitos trazidos pela eficaz transmissão televisiva, a cultura brasileira adere, infelizmente, as lógicas hierárquicas de distinção social, motivo pelo qual os telespectadores, de um lado, se consideram “politicamente corretos”, enquanto, de outro, aceitam a taxativa de que o exposto na imagem noticiada é o “criminoso”, já que este ofendeu a ordem imposta.

Tem-se também o sentimento de medo por parte da população, inclusive no tocante ao direito penal, vez que não querem ser expostos aos meios de comunicação, ou sofrer os efeitos de uma condenação criminal, ou mesmo serem vítimas daqueles indivíduos selecionados e noticiados na mídia. Para isso, fecham suas casas, pois o “homem-inimigo” está do lado de fora (FERNANDES, 2007, p. 49).

Natalino afirma que esse medo é ocasionado pela ausência de segurança devida, o que faz com haja penalização das condutas (NATALINO, 2007, p. 64). Assim, surge-se o consenso, o reforço dos laços comunitários, a coerção moral e a pena como instâncias de autoridade em uma “sociedade de indivíduos atomizados”.

Neste contexto, pautam-se as ideologias trazidas por escolas criminológicas caracterizadas pelo Movimento Lei e Ordem e pelo etiquetamento social (*labelling approach*).

O Movimento Lei e Ordem surgiu em meados da década de 1970, nos Estados Unidos, em razão da preocupação com o aumento da criminalidade e com o anseio por soluções aos problemas decorridos dos delitos. O movimento é baseado na ideologia repressiva como contensão do inimigo criado através do medo.

O caráter da pena ganha destaque no Movimento Lei e Ordem, caracterizando-se, principalmente, pelo viés do castigo e da retribuição.

Além do enfoque na pena, são trazidas soluções imediatas para o problema da segurança pública, a serem aderidas e defendidas amplamente pelos indivíduos: prisões provisórias, recrudescimento de penas (regime disciplinar diferenciado no Brasil, por exemplo), grande repressão em torno de crimes considerados graves (Lei de crimes hediondos), maior rigidez na execução das penas, dentre outras tantas medidas simbólicas trazidas como cumpridoras da garantia de segurança pública.

Não à toa, tem-se notoriamente crescente o apelo à marginalização e à exclusão social de acusados e/ou condenados de delitos, como, por exemplo, o apoio de 57% dos brasileiros à pena de morte (FOLHA, 2018) – maior índice desde 1991,



quando iniciada a pesquisa Datafolha – e a grande margem de 87% dos brasileiros (FOLHA, 2018) que anseiam pela redução da maioria penal.

A teoria que ganhou mais apelo ao Movimento Lei e Ordem é a chamada “Janelas Quebradas” (Broken Windows), desenvolvida por James Q. Wilson e George Kelling.

Os referidos autores publicaram estudo em 1982, na revista *Atlantic Monthly*, trazendo a relação de causalidade existente entre desordem e criminalidade. De modo didático, exemplificaram janelas quebradas para explicar de que maneira a desordem e a criminalidade poderiam, aos poucos, se inserirem na sociedade, causando o rebaixamento da qualidade de vida da população:

“O estudo realizado pelos criminologistas teve por base uma experiência executada por um psicólogo americano, Philip Zimbardo. Philip deixou um carro estacionado em um bairro de classe alta na cidade de Palo Alto, Califórnia. Na primeira semana, o veículo permaneceu intacto. Contudo, após ter uma de suas janelas quebradas, após poucas horas o automóvel estava completamente danificado, tendo sido após furtado por marginais locais. Nesse espeque, ampliando a análise situacional, se uma janela de uma fábrica ou escritório fosse quebrada e não fosse, incontinenti, consertada, quem por ali passasse e se deparasse com a cena logo iria concluir que ninguém se importava com a situação e que naquela localidade não havia autoridade responsável pela manutenção da ordem. Logo em seguida, as pessoas de bem deixariam aquela comunidade, relegando o bairro à mercê de gatunos e desordeiros, pois apenas pessoas desocupadas ou imprudentes se sentiriam à vontade para residir em uma rua cuja decadência se torna evidente. Pequenas desordens levariam a grandes desordens e, posteriormente, ao crime.” (ANDRADE, 2001).

O Movimento divide a população em duas categorias distintas: aquelas pessoas que infringem a ordem e colocam em risco à sociedade, que não se sente mais segura, e aqueles indivíduos politicamente corretos, honestos e que correspondem às expectativas políticas da ordem: os chamados ‘regulares’ e os ‘estranhos’:

"The people were made up of "regulars" and "strangers." Regulars included both "decent folk" and some drunks and derelicts who were always there but who "knew their place." Strangers were, well, strangers, and viewed suspiciously, sometimes apprehensively" (KELLING, George L.; WILSON, James Q., 1982, p. 2).

Ressalta-se que esta corrente traz como brocardo os "direitos humanos para humanos direitos", isto é, mantém garantias fundamentais existenciais somente para os indivíduos considerados honestos, livres de criminalidade e "politicamente corretos" (MACHADO, 2006, p. 449).

Além da Teoria das Janelas Quebradas, ganhou destaque a Política da Tolerância Zero, iniciada na cidade de Nova Iorque, em meados dos anos 1990. Por meio da utilização de instrumentos e sistemas repressivos drásticos aos delitos considerados de menor potencial ofensivo, reduziram-se os índices de criminalidade:

"A política da Tolerância Zero, símbolo maior da Broken Windows, é marcada pelo excesso do soberano e desumanidade das penas; um funcionalismo bipolar, um tudo ou nada, culpado ou inocente; um sistema binário, muito a gosto de uma pós-modernidade reducionista e maniqueísta". (COUTINHO, 2003, p. 26).

Jock Young pontua que a política de tolerância zero tornou-se "chavão" da comunidade no tocante à segurança pública atual (YOUNG, 2002, p. 182), caracterizada pelo policiamento ostensivo, pela intolerância com atos contrários a ordem imposta, pela rejeição dos desvios e desviados e pela desordem urbana. A clássica frase "três vezes e você tá fora" ganha espaço e dito público comum à sociedade.

São trazidos seis importantes elementos da política de tolerância zero: 1) redução da tolerância para com crimes e desvios; 2) aplicação de pesadas medidas punitivas; 3) a exaltação do passado respeitoso, civilizado e ordenado; 4) consciência da relação entre as incivildades cometidas pelos desviados e os delitos, sendo que estes seriam cometidos por conta da "qualidade de vida" do autor; 5) o credo sobre a existência entre a criminalidade e a incivildade, no sentido de que, ausente esta última, a primeira provavelmente surgirá; 6) a inspiração trazida pelo texto Broken Windows, artigo publicado por James Q. Wilson e George Kelling.

Embora Young traga algumas das consequências vivenciadas pelos Estados Unidos, muitas também se aplicam ao Brasil: altas taxas de encarceramento

populacional, política repressiva de guerra às drogas, punição de delitos que não afronta bem jurídico algum.

Em janeiro deste ano o atual presidente brasileiro eleito, Jair Bolsonaro, promulgou decreto executivo (Decreto 9.685/19) permitindo a aquisição de armas de fogo de uso permitido à população, desde que preenchidos requisitos necessários – requisitos estes que atendem características das pessoas autoconsideradas “politicamente corretas”: ser agente público ou militar; ou residente em área rural ou urbana em estados com índices anuais de mais de dez homicídios por cem mil habitantes, segundo dados do Atlas da Violência (todos os estados); ou dono ou responsável legal de estabelecimento comercial ou industrial; ou colecionador, atirador ou caçador registrado pelo exército, desde que tenha curso para tal, ao menos vinte e cinco anos, ocupação lícita, não responda a processo criminal ou inquérito, bem como não tenha antecedentes criminais.

Além do decreto, o presidente mencionou que tratará em seu governo acerca das questões aclamadas por parte da população, como a redução da maioria penal, o recrudescimento da execução penal aos presos, maiores e mais rígidas penas, dentre outros polêmicos assuntos.

Não por coincidência, as pautas e posicionamentos trazidos pelo novo presidente colidem com parte dos telespectadores *fast-thinking*, quais, a partir da subjetividade, utilizam o tempo como aniquilação da figura livre e reflexiva do sujeito (TIBURI, 2011, p. 11), limitando-se a absorver os ditos aclamados por outras pessoas e reafirmados por agentes públicos em canais abertos e em horários acessíveis.

Ressalta-se, contudo, que a relação telespectador-televisão não é trazida apenas pelo Movimento Lei e Ordem.

A teoria criminológica do “etiquetamento social”, chamada também de “*labelling approach*”, surgiu com Howard Becker, Edwin Lemert e Edwin Shur, quais focavam em investigar questões como quem seria o indivíduo que comete ilícitos, como ele se torna um desviante ou, ainda, por que reincide no ilícito.

Para buscar soluções, os autores realizaram estudos que buscavam analisar a formação da “identidade” desviante e do “desvio secundário”, os motivos pelo qual havia o etiquetamento do indivíduo que divergia da ordem imposta, bem como a constituição do desvio frente ao comportamento social vivenciado, o poder punitivo e seu detentor e, por fim, o papel das agências de controle social.

Segundo a teoria, a chamada “delinquência primária” sustenta como a reação social ou a punição de um comportamento primário desviante gera a “delinquência

secundária”, isto é, a mudança da identidade social do indivíduo estigmatizado, tendente a “permanecer no papel social no qual a estigmatização o introduziu” (BARATTA, 1999, 89).

Alessandro Baratta menciona, ainda, que:

“[...] as conotações da criminalidade incidem não só sobre os estereótipos da criminalidade, os quais, como investigações recentes têm demonstrado, influenciam e orientam a ação dos órgãos oficiais, tornando-a, desse modo, socialmente ‘seletiva’, mas também sobre a definição corrente de criminalidade, que o homem da rua, ignorante das estatísticas criminais, compartilha”. (BARATTA, 1999, p. 103).

A atualidade vivenciada traz os alicerces mercadológicos como fatores transformadores das esferas de produção e de consumo em larga escala, motivo pelo qual Jock Young afirmou que a certeza material e os valores incontestáveis deram lugar aos riscos e às incertezas, precárias economicamente e ontologicamente. Tal transição, infelizmente, é acompanhada por uma sociedade excludente (YOUNG, 2002, p. 15-23).

## **5. Política restritiva uruguaia sobre a teletransmissão de notícias policiais**

A questão da violência sempre se legitima pela sua propagação, motivo pelo qual Hannah Arendt aduziu a necessidade de instrumentos para sua concretização (ARENDR, 1970, p. 4).

Enxergando nitidamente a televisão como um destes instrumentos eficazes utilizados pelas instâncias informais de poder, o Uruguai desenvolveu em 2012 o programa “Estrategias por la vida y la convivencia”, qual ensejava quinze pontos a serem politicamente implantáveis pelo país a fim de apaziguar discriminações e intolerâncias, bem como ameaças e violências.

Importante mencionar que a questão da influência midiática propagada pela televisão é colocada pelo referido programa ao lado de catorze outros pontos importantíssimos político-socialmente, como os casos de consumo problemático de drogas, da violência doméstica e da necessidade de transparência na atuação policial (URUGUAY, 2012, p. 10-15).

Especialmente no tocante ao ponto abordado sobre a televisão, o programa adotado pelo Uruguai expressamente menciona como fatores justificantes da abordagem:

“[...] em tanto los medios de comunicación, en especial la TV, ya no sólo reflejan la realidad sino que pueden amplificarla y multiplicarla, al generar imágenes e informaciones que terminan incluso, aunque no sea su intención, exaltando la violencia y estimulando conductas agresivas. Esto pasa cuando algunos medios manejan la información de manera irresponsable y sensacionalista, convirtiendo la información en um espectáculo, ya sea reiterando imágenes de violencia excessiva o mostrando imágenes ostensiblemente crueles o que exaltan el sufrimiento de personas u otros seres vivos.” (URUGUAY, 2012, p. 13).

O país menciona também a busca pelo equilíbrio entre o direito de informação individual sobre questões e debates públicos, principalmente os propagados pela televisão, e os direitos das pessoas divulgadas nos próprios meios (URUGUAY, 2012, p. 14), de modo de cada um reflita e dialogue sobre os limites existentes.

Ademais, o programa nacional ressalta as responsabilidades e as obrigações que as emissoras e os meios possuem quanto aos assuntos veiculados, de maneira que suas atuações sejam pautadas pela ética, imparcialidade e informação à sociedade.

Para atingir ao proposto, o país adota política restritiva dos meios de comunicação, qual seja, a obrigatoriedade de limitação de horário a programas policiais e de acompanhamentos de crimes em canais abertos, quais só podem veicular das 22 às 06 horas.

Primeiramente, observa-se que tal horário restrito obviamente diminui, proporcionalmente, o acesso à população a tais programas, vez que vai de encontro aos grandes horários de pico já mencionados, como horários de almoço e próximo às 20 horas.

Além deste aspecto, adota-se tal restrição com a finalidade de reduzir a criminalidade e seletividade veiculada em programas televisivos, afastando os telespectadores da fácil acessibilidade, principalmente no tocante às crianças e aos adolescentes.

Contrariamente ao país vizinho, o Brasil não desenvolveu nenhuma política neste sentido, deixando à mercê dos proprietários e das grandes emissoras a faculdade de horário, matéria e abordagem a ser adotada por cada um.

Interessante trabalho desenvolvido por Suzana Varjão aponta que, diante da ausência e/ou ineficiência de mecanismos estatais brasileiros, a própria sociedade civil e órgãos legitimados, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, denunciam frequentemente as ocorrências de violações de direitos veiculadas pela televisão (VARJÃO, 2015, p. 9). Contudo, há poucos resultados, vez que a alegação defensiva esbarra em direitos constitucionais de liberdade de informação e vedação a censuras, comumente atendidas pelo poder judiciário:

“No entanto, no Brasil, a defesa da liberdade de expressão tem sido usada para garantir a opinião justamente dos que possuem o aparato comunicacional, ou seja, os grandes grupos de comunicação. Ao serem questionados sobre o conteúdo que veiculam, tais grupos se utilizam desse direito fundamental para tentar garantir o seu próprio direito de reproduzir, em massa, discursos que ferem a dignidade de diferentes grupamentos e pessoas. É prática recorrente das emissoras de rádio e TV tacharem de censura qualquer esforço para se estabelecer uma regulação mínima para o campo da comunicação de massa. Assim, além da hegemonia da audiência, garantem a hegemonia do discurso que reproduzem. Segue, portanto, valendo a lei do mais forte, mesmo nos casos em que há sanções previstas em leis infraconstitucionais.” (VARJÃO, 2015, p. 11).

Por outro lado, diversos países além do Uruguai possuem políticas adotadas para regular e avaliar o conteúdo televisivo veiculado, não sendo apenas por meio de regras legislativas e normas sobre o assunto, vez que também possuem órgãos específicos de fiscalização e acompanhamento: Estados Unidos, França, Reino Unido, Canadá, Argentina e Portugal (VARJÃO, 2015, p. 12).

Nos países mencionados a avaliação e fiscalização são feitas efetivamente, influenciando inclusive o preenchimento de condições no momento da renovação de outorga da emissora com o governo, pois suas justificativas se pautam no caráter público do serviço prestado por empresas concessionárias de televisão.

### **Considerações finais**



As estatísticas expostas ao longo deste artigo reafirmam a importância da televisão na vivência diária dos brasileiros, quais consomem a produção televisiva por diversos motivos, como a facilidade da veiculação diante dos índices de analfabetismo funcional no país, ou a exposição rápida e eficaz da imagem no tempo da pressa e da globalização, ou mesmo diante do “sentimento transcendental do olhar”, isto é, da obtenção de conhecimento que possivelmente outras pessoas também terão.

Os veículos propagados pela mídia no campo televisivo são legitimados e respeitados pelo público telespectador, sendo totalmente absorvidos pelo poder dos mandatários e detentores da massa televisiva. Facilmente a sociedade adere à seletividade de grupos marginalizados e às ideologias da violência, do medo e da punição.

O Uruguai adotou em 2012 política pública importante no tocante à restrição de tal violência, seleção e influência propagada pela televisão, qual seja, a restrição de horário para veiculação de programas de cunho policial ou de acompanhamento de supostos delitos, para os horários das 22 horas às 06 horas. Tal horário, consoante já debatido, se encontra longe dos chamados “horários de pico”, limitando, por óbvio, a frequência dos telespectadores em assisti-los.

O Brasil, por sua vez, deixa a desejar no tocante à efetividade de políticas públicas, de normas ou de diretrizes atuantes na avaliação e fiscalização das emissoras responsáveis pela veiculação de notícias, informações e entretenimento, sendo tais serviços prestados sem qualidade, com desrespeito aos direitos humanos e com grande seletividade e estigmatização das pessoas utilizadas como *bodes-espiatórios* das finalidades políticas-econômicas ali visadas.

### Referências bibliográficas

ANDRADE, Fábio Coutinho de. “**Broken Windows Theory**” ou **Teoria das Janelas Quebradas**. Jus Navegandi, março de 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18690/broken-windows-theory-ou-teoria-das-janelas-quebradas>>. Acesso em 30 dez. 2018.

ARENDT, Hannah. **Da violência**. [s.e.] 1970.

BATISTA, Nilo. **Mídia e sistema penal no capitalismo tardio**. In.: Revista Discursos Sediciosos. V. 12. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão**. Trad. Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BRASIL. IBGE. **Pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua**. 2003. Disponível em: <<https://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?vcodigo=PD282>>. Acesso em 28 nov. 2018.

BRASIL. IBGE. **Pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua**. 2016. Disponível em <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101543.pdf>>. Acesso em 11 nov. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Comunicação Social. **Pesquisa brasileira de mídia 2016: hábitos de consumo de mídia pela população brasileira**. – Brasília: Secom, 2016. Disponível em: <http://www.secom.gov.br/atuacao/pesquisa/lista-de-pesquisas-quantitativas-e-qualitativas-de-contratos-atuais/pesquisa-brasileira-de-midia-pbm-2016.pdf/view>>. Acesso em 28 nov. 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward. **Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro?** Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 3, n. 11, p. 23-29, 2003.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

FERNANDES, Luciana Medeiros. **Direito penal máximo ou intervenção mínima do direito penal?: breves lineamentos sobre a função do direito penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 15, n. 69, p. 46-94, nov.-dez. 2007.

GUARESCHI, Pedrinho A. **Mídia e democracia: o quarto versus o quinto poder**. Revista Debates, Porto Alegre, v.1, n.1, p. 6-25, jul.-dez. 2007.

KELLING, George L.; WILSON, James Q. **Broken Window – the police and neighborhood safety** (tradução livre). Disponível em: <[https://www.manhattan-institute.org/pdf/atlantic\\_monthly-broken\\_windows.pdf](https://www.manhattan-institute.org/pdf/atlantic_monthly-broken_windows.pdf)>. Acesso em 10 jan. 2018.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. Violência urbana: uma reflexão sob a ótica do direito penal. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, RJ, v. 7, n. 8, p. 429-462, jan.-jun. 2006.

MICHAELIS. **Dicionário online do Michaelis**. Disponível em <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/televisao/>>. Acesso em 28 dez. 2018.

SOUZA, ANAMAÍRA PEREIRA SPAGGIARI. **Jornalismo policial sensacionalista – entre a audiência e a função social**. In: INTERCOM, 2009, Curitiba, XXXII Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação: UFJF, Juiz de Fora. 2009.

TEMAS POLÊMICOS. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 2018. Disponível em: <<http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2018/01/08/b29e802ac9aa4689aa7d66fbc24a52e045d6de.pdf>>. Acesso em 11 nov, 2018.

TUROLLO JR., Reynaldo. 87% querem redução da maioria penal; número é o maior já registrado. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/04/1616762-87-querem-reducao-da-maioridade-penal-numero-e-o-maior-ja-registrado.shtml>>. Acesso em 11 nov, 2018.

TIBURI, Marcia. **Olho de vidro: a televisão e o estado de exceção da imagem**. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Record, 2011, p. 15.

URUGUAY. **Estrategia por la vida y la convivencia**. Disponível em: [https://medios.presidencia.gub.uy/jm\\_portal/2012/noticias/NO\\_E582/Estrategia.pdf](https://medios.presidencia.gub.uy/jm_portal/2012/noticias/NO_E582/Estrategia.pdf). Acesso em 10 dez. 2018.

VARJÃO, Suzana. **Violações de direitos na mídia brasileira: um conjunto de reflexões sobre como coibir violações de direitos no campo da comunicação de massa**. Brasília, DF: ANDI, 2015. 84 p.; (Guia de monitoramento de violações de direitos; v.2).

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

WOLF, Mauro. **Teorias da comunicação**. Tradução de Maria Jorge Vilar de Figueredo. 4. ed. Lisboa: Presença, 1995.

ZAFFARONI, E Raúl; BATISTA, Nilo; et. al. **Direito penal brasileiro**. v. I. 2 ed. Rio de Janeiro, 2003.

## A EVOLUÇÃO DA JUSTIÇA NEGOCIAL BRASILEIRA DENTRO DO ACORDO DA NÃO PERSECUÇÃO

**HELOIR BARBOSA SOUZA DE ARAUJO:**  
Bacharelada em Direito do Décimo Período  
da Faculdade Serra do Carmo-FASEC.

**ÊNIO WALCACER DE OLIVEIRA FILHO[1]**

**(orientador)**

**Resumo:** O presente estudo analisa a evolução da justiça negocial brasileira no que diz respeito ao acordo da não persecução presente na lei Nº 13.964/2019, percorrendo sobre os seguintes aspectos de tal instituto: conceituação, surgimento, sistemática de aplicação e comparação com os demais institutos da justiça negocial brasileira. A partir dessa análise, foi possível notar como ponto positivo a criação de um benefício para crimes intermediários desde que sejam cumpridos alguns requisitos. Para atingir o objetivo proposto foi necessário explorar algumas normatizações e analisar doutrinas de direito relacionadas à temática.

**Palavras-chave:** Justiça Negocial Brasileira, Evolução, Acordo da Não Persecução, Medidas desencarceramento.

**Abstract:** This study examine the evolution of Brazilian negotiating justice with regard to the agreement of non-prosecution present in law 13.964/2019, discussing the following aspects of this institute: conceptualization, emergence, systematic application and comparison with the other institutes of Brazilian negotiating justice. From this analysis, it was possible to note as a positive point the creation of a benefit for intermediate crimes provided that some requirements are met. To achieve the proposed objective, it was necessary to explore some norms and analyze doctrines of law related to the theme.

**Key-words:** Brazilian Negotiating Justice, Evolution, Non-Prosecution Agreement, Unbraking Measures.

### 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo geral mostrar a evolução da justiça negocial brasileira, no que diz respeito ao acordo da não persecução penal que trouxe como novidade o tratamento especial para uma espécie intermediária de crimes, desde que cumpridos alguns requisitos e condições, isso serviu como medida de desencarceramento.

O estudo sobre o tema busca apresentar o âmbito de incidência do acordo de não persecução inserido no Código de Processo Penal (CPP) pela Lei Nº 13.964/2019. Para tanto foi utilizado o estudo documental (código de penal, código de processo penal, normatizações do conselho nacional do ministério publico), ao mesmo tempo em que houve o cruzamento destes dados com outros de pesquisas bibliográficas realizadas nos livros que tratam o tema por escritores da temática processual penal e penal no Brasil.

O artigo está organizado através da conceituação, da abordagem do surgimento, da sistemática do acordo da não persecução penal, assim como a comparação dele com demais institutos da justiça negocial brasileira que ocorreu nas considerações finais.

Em síntese, o presente trabalho visa esclarecer que o acordo da não persecução colaborou para a evolução da justiça negocial brasileira, isso porque ele desafoga o sistema penitenciário brasileiro já caótico possibilitando a ampliação de um novo tipo de resolução de conflitos penais no Brasil.

## **2. AS MEDIDAS DIVERSAS DA PRISÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ANTERIORES À LEI 13.964/2019**

Neste tópico apresentaremos as medidas diversas da prisão, tanto no escopo penal quanto processual penal que vigiam o Brasil antes da Lei 13.964/2019. É importante que tracemos, como medida comparativa, a forma como o sistema penal (direito penal e direito processual penal), tratavam as medidas restritivas de liberdade desde dois eixos: as medidas que levam a restrição total da liberdade, ou seja, prisionais; as medidas que evitam o encarceramento, ainda que restrinjam de alguma forma a liberdade, seja dos processados, seja dos condenados.

Cabe ressaltar que muitas destas medidas ainda encontram-se em vigor, não tendo sido suprimidas pela Lei Nº 13.964/2019, pelo contrário, foram ampliadas as medidas que, ao nosso ver, consubstanciam a prisão como medida extrema dentro do sistema penal brasileiro.

### **2.1. A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO**

Dispõe Junque, Fuller (2011) que a suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei Nº 9.099/95, aplica-se aos crimes nos quais a pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano, abrangidos ou não por essa Lei, após o oferecimento da denúncia, o Ministério Público poderá propor, pelo período de dois a quatro anos a suspensão condicional do processo (período de prova), isso se o acusado não estiver sendo processado ou não tiver sido condenado por outro crime

e desde que estejam presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

O sursis processual é uma medida de despenalização indireta que permite a extinção da pretensão punitiva do Estado, evitando a imposição de possível sanção penal. Isso ocorre por meio da via processual desde que algumas condições sejam atendidas na decisão interlocutória Junque, Fuller (2011). As condições de tal instituto estão de forma exemplificativa no art. 89, § 1º, da Lei Nº 9.099/95, são elas: reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; proibição de frequentar determinados lugares; proibição de se ausentar da comarca onde reside sem autorização do juiz e comparecimento pessoal e obrigatório a juízo mensalmente, para informar e justificar suas atividades Lopes Junior (2020).

Já no que diz respeito a revogação:

O § 3º a suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano. o §4ºdispos que a suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contraversão, ou descumprir qualquer outra condição imposta. Junque, Fuller (2011,p,566).

Por fim, tratando-se do fim do prazo do sursis processual, os referido autores fazem alusão ao § 5º do art. 89 da Lei Nº 9.099/95 que afirma o seguinte: “expirando o prazo sem revogação, o juiz declarará extinta a punibilidade”.

## 2.2. TRANSAÇÃO PENAL

Também prevista no corpo da Lei Nº 9.099/1995, a transação penal é uma medida que busca evitar a aplicação de pena no âmbito do processo penal, aplicada, neste caso, apenas aos crimes tidos como de menor potencial ofensivo nos termos da referida lei, ou seja, crimes que tenham pena máxima cominada de até 2 anos.

Para o autor (Busato 2018), a transação penal foi um instituto inovador para o direito brasileiro, na medida em que inaugurou, no Brasil, uma nova instância: a possibilidade de negociação pelo Ministério Público de aplicação antecipada de uma espécie de pena (diversa da prisão) para crimes de menor potencial ofensivo. Ainda que, segundo o autor, não se trate de uma disponibilidade ampla na ação penal, foi o início de uma tendência no sistema penal brasileiro, de larga influência do direito anglo-saxão.



A transação penal está prevista no art. 76 da Lei N° 9.099/1995, delimitando-se ali as infrações alcançadas pelo instituto, quais sejam, aquelas que tenham pena, isolada ou cumuladamente com multa não superior a 2 anos, passível de aplicação a crimes cometidos em concurso material em que a soma das penas máximas não ultrapasse, da mesma forma, este *quantum*. (Junque, Fuller, 2011).

Na opinião de Junque, Fuller (2011), pode ser alcançado o sigilo, desde que logo por analogia, em razão de que o outro, instituto de solução em que há consenso de conflitos penais, isto é, a possibilidade de transação penal, também prevê a capacidade de sigilo, exatamente para evitar a estigmatização, dizer-se que a analogia é procedimento lógico de integração do ordenamento uma vez que uma regra legal (ou conjunto de regras) o operador convence qual o princípio geral (ou regra com maior grau de abstração) que os encaminha, sendo assim busca, a partir do referido princípio, qual seria a regra decorrente de sua concretização que encontra a solução do caso não regulado, melhor dizendo, a lacuna da lei, para integrar o ordenamento.

A lei N° 9.099/1995 criou o que se conceitua como crimes de menor potencial ofensivo, criando um quantum de pena que engloba esta categorização, permitindo um tratamento processual diverso, com alguns benefícios de índole processual que permitem a evitação do processo e, conseqüentemente, da aplicação de pena privativa de liberdade. O que se criou foi um rito específico, chamado de sumaríssimo (Nucci, 2020).

A transação penal é um instituto despenalizador, como visto, que abarca crimes com pena que não exceda a 2 anos, sendo importante instituto diverso da prisão criado no Brasil, que demonstrou uma tendência a ser seguida pelo direito brasileiro. É medida adotada antes de iniciado o processo, como exceção à regra da obrigatoriedade da ação penal pública, permitindo que se estabeleça um negócio jurídico penal, medida que foi ampliada com o advento da Lei N° 11.964/2019, como veremos em tópicos posteriores neste artigo.

### 2.3. AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO

Busato (2018) descreve as penas restritivas de Direito como sanções autônomas, porém não acessórias, isto é, não dependem uma da outra pena, ainda que tenham como pressuposto a aplicação de uma pena seguindo o critério trifásico, para aferição da possibilidade de aplicação do instituto. Essa autonomia existia já desde a reforma de 1984. Embora as penas restritivas de Direito sejam primordialmente substitutivas, nem sempre o são, pois há exceções especialmente em legislação extraordinária.

Onde há previsão cumulativa, como é o caso do código de trânsito brasileiro, lei nº9.503, de 23 de setembro de 1997, que em seus arts.302 e 303 prevê penas restritivas de direito de perda ou suspensão de habilitação cumulativa com as penas restritivas de liberdade Busato (2018, p. 801).

O Foco das penas restritivas de direito é serem uma alternativa para a privação de liberdade, servindo como substituta à estas, como medida de política criminal visando a redução da privação à liberdade.

Exigem-se os seguintes requisitos: (a) pena não superior a quatro anos (para crime doloso) ou qualquer pena para crime imprudente; (b) crime complexo não cometido com violência ou ameaça à pessoa (c) o autor deve ser não reincidente e crime doloso; (d) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, devem indicar que a substituição é suficiente aos fins da penal (BUSATO, 2018, p. 802).

quanto a transação penal, como visto, atinge crimes com pena máxima de até 2 anos, abstratamente cominadas, as restritivas de direito têm aplicação de acordo com a pena determinada na sentença, após a dosimetria da pena, desde que, no caso de crimes dolosos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, sejam cominadas em até 4 anos, correlacionando-se outros requisitos subjetivos, como vistos acima.

Trata-se, consoante Damásio (2011), direito subjetivo do condenado, desde que sejam atingidos os critérios do art. 44 e seguintes do Código Penal. São sempre vinculadas às condições definidas pelo juiz na sentença, sob pena de serem convertidas na pena determinada previamente.

Ou seja, as penas restritivas de direito são um instituto de direito penal, aplicada após a condenação, não evitando o início e andamento do processo penal. Entendemos que, após a edição da Lei Nº 13.964/2019, as medidas restritivas de direito serão de utilização subsidiária ao acordo de não persecução, sendo utilizados sempre que não for possível este, em uma mescla de utilização de institutos penais e processuais penais a serem vencidos para que, apenas na impossibilidade de suas utilizações, seja possível a aplicação de pena privativa de liberdade.

#### 2.4. O SURSIS (SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA)

Afirma o autor Busato (2018), que o sursis ou suspensão condicional da pena é um direito do condenado a ter suspensa a execução da pena, sendo assim, desde que preencha os requisitos que se encontram no art. 77 do código penal.

De acordo com Busato (2018), O sursis surgiu na lei penal belga no ano de 1888, o mesmo que estabeleceu a condenação condicional o qual se chama (*sursis à execution de la peine*), sendo assim, em seguida difundiu-se entre a legislação europeia em geral reforça, no entanto, Alexis Couto de Brito, que é francesa, a origem do instituto, mais precisamente de um projeto de lei do senador francês Bérenger que, antes de ser aprovado e colocado na França, no ano de 1891, recebeu inspiração o ministro belga Jules Le June, que levou a cabo antes a aprovação de lei similar, no dia 31 de maio de 1888.

Estefan (2018) descreve, em relação ao sursis, que também é incabível a detração porque se trata de pena substitutiva que não guarda proporção com a pena privativa de liberdade aplicada na sentença. Isto é, o sursis é aplicado por um período de 2 a 4 anos para substituir pena privativa de liberdade não superior a 2 anos. Sendo assim, se alguém é condenado a 1 ano de reclusão e o juiz concede o sursis por 2 anos, portanto não pode ser descontado o tempo de prisão provisória. Observa-se, entretanto, que se o sursis for revogado a consequência que será o cumprimento da pena originariamente imposta na sentença (1 ano), portanto nesse caso, poderá ser feita a detração.

Na sistemática anterior à Lei N°13.964/2019, o sursis já era medida subsidiária às penas restritivas de direito, na atual sistemática então tornam-se o derradeiro recurso a possibilitar a evitação do ergástulo pelo condenado, só após a verificação dos filtros anteriores, sejam eles processuais, sejam eles penais: acordo de não persecução; transação penal; suspensão condicional do processo; penas restritivas de direito; sursis.

## 2.5. A COLABORAÇÃO PREMIADA

A colaboração premiada é um negócio jurídico penal (processo colaborativo) permitido processualmente quando o acusado, seja na investigação, no processo ou mesmo após a sua condenação, confessa um crime e além disso colabora para que se atinjam resultados diversos na repressão de condutas criminosas, seja em relação à cadeia da organização criminosa, sejam em relação a autores diversos ou mesmo o objeto do crime (SILVA, 2015).

Diferentemente das demais medidas estudadas, não se aplica de acordo com um determinado *quantum* de pena, mas sim em relação a crimes cometidos em

concurso especial de pessoas em organizações complexas e estruturadas chamadas, na Lei N° 13.850/2015, de Organizações Criminosas.

Segundo Silva (2015), a colaboração premiada é um instituto de natureza mista, sendo assim o acordo é regido por normas processuais tendo consequências de natureza material (perdao judicial, reducao ou substituicao da pena ou progressao de regime).

Como se vê, já em 2015 uma nova modalidade de alternativa processual, com efeitos materiais à prisão fora trazida para o direito brasileiro, permitindo, dentro outros benefícios, a possibilidade, inclusive, do perdão judicial, possibilitando, como medida desencarceradora, uma maior eficiência investigativa para determinados crimes, bem como uma forma de criminosos que integram organizações criminosas terem as suas penas abrandadas ou até perdoadas.

O instituto da colaboração premiada foi também aperfeiçoado com a Lei N°13.964/2019, podendo se falar que se inicia a maturidade legislativa neste sentido. Como a colaboração foi muito utilizada após o advento da lei de Organizações Criminosas, muito se debateu nos tribunais acerca dos limites de sua utilização, sendo que as alterações atuais da Lei Anticrime buscam consolidar o entendimento das cortes e os debates doutrinários acerca do instituto, trazendo maior solidez ao seu uso no direito processual penal brasileiro.

### **3. A INOVAÇÃO TRAZIDA PELO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO**

A Lei N° 13.964/2019 trouxe, como inovação para o sistema brasileiro, dentre outras, a medida despenalizadora do *acordo de não persecução penal*. Vale destacar que esta medida não integrava a proposta anticrime, remetida pelo então Ministro da Justiça ao Congresso Nacional, mas foi incluída no trabalho parlamentar de unificação de propostas legislativas em trâmite no parlamento (TASSE, 2020).

A Lei N°13.964/2019, no que se aplica às alterações trazidas no âmbito do processo penal, com a inclusão do art. 28-A no Código de Processo Penal, permitiu uma ampliação do rol de crimes nos quais se possibilita a aplicação de medidas alternativas à prisão, abrangendo, como medida processual de evitação do processo, crimes que tenham a pena mínima inferior a 4 anos, que constituem-se como grande parte dos tipos penais incriminadores na atualidade do direito penal brasileiro.

Consoante afirma Tasse (2020), estão diante de uma das maiores alterações no modelo persecutório brasileiro, pela abrangência dos tipos penais incriminadores com o acordo de não persecução na sistemática inaugurada com a Lei Anticrime.

Podemos dizer que se criou uma nova espécie intermediária de crimes de médio potencial ofensivo, sendo o seu rol aquele abarcado pela possibilidade de negociação penal do art. 28-A do Código de Processo Penal.

### 3.1 OS ANTECEDENTES: A RESOLUÇÃO DO CNMP N° 181 DE AGOSTO DE 2017

Anteriormente à Lei Anticrime houve uma tentativa de inclusão de um sistema negocial processual por via resolução do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), mais especificamente a Resolução CNMP nº 181 de agosto de 2017. A resolução, de duvidosa constitucionalidade, buscava a modificação por via transversa do sistema processual penal, sem a participação do devido processo legislativo.

A sobredita Resolução permitia a aplicação do acordo de não persecução aos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal, desde que este confesse formal e detalhadamente a prática do delito e indique eventuais provas de seu cometimento.

Além disso, os incisos do supracitado artigo da referida resolução indicam alguns requisitos que devem ser cumpridos, de forma cumulativa ou não, são eles:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima; II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, de modo a gerar resultados práticos equivalentes aos efeitos genéricos da condenação, nos termos e condições estabelecidos pelos arts. 91 e 92 do Código Penal; III – comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail; IV – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público. V – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito. VI – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada esclarece a (Resolução do CNMP 181, de 07 de agosto 2017).

Reforçamos que havia forte contradição na aplicação da resolução em comento, visto que tal norma não foi criada via de lei, conforme a exigência formal do inciso I do art. 22 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pois segundo esse dispositivo constitucional é a união por meio do poder legislativo que legisla sobre Direito Processual Penal, ou seja, a resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP não é a norma adequada para tratar do acordo da não persecução Penal o qual é matéria de Direito Processual Penal.

Houve pouca ou nenhuma aplicação da resolução junto aos órgãos ministeriais brasileiros, de forma que sequer se pode discutir a efetividade ou aplicabilidade do conjunto transversal normativo, sendo relevante, no entanto, como precedente do sistema atualmente adotado, agora via o devido processo legislativo.

### 3.2 A LEI N° 13.964/2019 E O ART.28-A DO CPP

Conforme (Pereira,2020) no art.28-A do Código de processo penal, o acordo de não persecução penal é uma grande inovação no direito brasileiro, porém faz parte do que se chama de justiça negocial penal, ou *plea bargain*, que buscou, anteriormente, ser implementado via Resolução n° 181 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Pereira (2020) acrescenta que de acordo como o artigo 28-A, não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem grave ameaça ou violência e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público então poderá propor acordo de não persecução penal, desde que seja assim seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Outras condições somam-se a estas, como descrito nos incisos do art. 28-A do CPP:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do artigo 46 do CP;IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do CP a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos



aparentemente lesados pelo delito; ou: V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (BRASIL, 2019).

Como se verifica, e será analisado mais a frente, o acordo de não persecução inaugurado pela Lei Anticrime, trouxe uma série de requisitos condicionantes buscando um escopo restrito de aplicação da medida, muito mais específico do que a Resolução nº181 do CNMP, buscando a consolidação de um novo sistema para crimes intermediário em nosso direito processual penal pátrio.

#### **4. SISTEMÁTICA, OS CRIMES ABARCADOS PELO ARTIGO 28-A**

De acordo com o autor Lopes Junior (2020), conforme os requisitos cumulativos trazidos pela Lei Anticrime, para que seja aplicado o acordo de não persecução, tem-se a previsão inicial de: a) Não deve ser caso de arquivamento, devendo estar presentes as condições de admissibilidade da acusação (viabilidade acusatória); b) O imputado deve confessar formal e circunstancialmente a prática de crime, podendo essa confissão ser feita na investigação ou mesmo quando da realização do acordo; c) O crime praticado deve ter pena mínima inferior a 4 anos e ter sido praticado sem grave ameaça ou violência, portanto para aferição dessa pena, deve levar-se em consideração as causas de aumento (como o concurso de crimes, por exemplo) e de redução (como a tentativa), embora devendo incidir no máximo nas causas de diminuição e no mínimo em relação as causas de aumento, pois o que se busca é a pena mínima cominada; d) O acordo e suas condições devem ser suficientes para reprovação e prevenção do crime, ou seja, adequação e necessidade (proporcionalidade).

Para além dos requisitos acima, existem outros que são os requisitos, desta vez consensuais a serem analisados cumulativamente, quais sejam:

[...] a reparação do dano ou restituição do objeto à vítima, salvo impossibilidade; b) Renúncia (para perdimento) de bens e direitos que sejam instrumentos, produto direto ou adquiridos com os proventos da infração, a serem indicados pelo Ministério Público; c) Prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública, pelo tempo correspondente ao da pena mínima cominada ao delito, que será reduzida de um a dois terços conforme negociação entre MP e imputado; d) Pagamento de prestação pecuniária, que reverterá, preferencialmente, a entidade pública ou de interesse social

que tenha como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos atingidos pelo delito; e) Cumprir, por prazo a ser negociado e determinado, outra condição indicada pelo MP, desde que proporcional e compatível com o crime imputado. (Lopes Junior, 2020, p, 318).

#### 4.1 PROCEDIMENTO DO ACORDO DA NÃO PERSECUÇÃO DA LEI Nº 13.964/2019.

O procedimento adotado para a celebração do negócio jurídico processual do acordo de não persecução ocorre da seguinte forma:

##### a) Quanto ao momento da celebração do acordo:

Ele poderá ser apresentado antes do recebimento da denúncia, devendo ser homologado pelo juiz das garantias, bem como; Também poderá ser oferecido na audiência de custódia, no momento de sua realização e se a especificidade do caso admitir; Poderá ser oferecido o acordo de não persecução penal aos processos sem curso a partir do momento da sua entrada em vigor, pois trata-se de norma mista (retroage para beneficiar o réu), também afirma que não encontramos obstáculos a que seja cedido em quaisquer das fases do procedimento, caso o acordo não tenha sido feito no início Lopes Junior, (2020).

##### b) Quanto a Forma:

A formalização do acordo ocorrerá por escrito e deverá ser firmada pelo MP, pelo o imputado e seu defensor, podendo ser realizada uma audiência para a negociação das condições do acordo Lopes Junior, (2020).

##### c) Quanto à homologação e a execução:

Após ser firmado o acordo, ele será sujeitado a homologação judicial, na mesma audiência em que foi realizada ou em uma audiência específica para essa finalidade (caso o acordo tenha ocorrido apenas de forma escrita entre as partes), nesse momento o juiz deverá ouvir o investigado juntamente com seu defensor, para este avaliar a legalidade e a voluntariedade do acordo. Após a homologação do acordo, deverá o MP perante o juízo competente, aplicar a execução Lopes Junior, (2020).

##### d) Quanto a análise das condições pelo magistrado:

Se o juiz considerar as condições improprias, insuficientes ou abusivas, devolverá os autos para o MP para que reorganize as propostas com a concordância do imputado. Se não realizada essa adequação ou não forem atendidos os requisitos

legais, poderá o juiz recusar a homologação. Essa postura de intervenção do juiz se justifica apenas quando for gravemente abusiva para o imputado ou quando houver ilegalidade nas condições Lopes Junior, (2020).

e) Quanto a não homologação do acordo:

Embora não homologado o acordo, o juiz deverá devolver os autos para o MP, para que a denúncia seja oferecida, ou faça uma adequação no acordo, ou complete as investigações e faça uma nova proposta, portanto essa previsão é problemática, na medida em que pode representar uma inquisitória atuação judicial em uma esfera de negociação exclusiva das partes, porém se o juiz não homologar o acordo e retornar os autos, o Ministério Público poderia, caso opte, promover o arquivamento e abrir mão da denúncia (mesmo que neste caso exista o reexame necessário nos termos do art. 28), por outro lado, se não, for homologado o acordo e não for oferecida a denúncia, ou caso não seja pedidas diligências complementares ou não ocorra o arquivamento, a vítima poderá utilizar a ação penal privada subsidiária da pública (pois haveria inércia do MP) Lopes Junior, (2020).

e) Quanto a intimação da vítima no que diz respeito à homologação do acordo:

Não participa do acordo a vítima, mas é intimada da homologação (ainda que não possa se opor a ele) e de eventual descumprimento, sendo assim mesmo que a vítima não possa impedir o acordo, portanto nesse momento nada impede que sua presença seja importante para melhor definição das condições a serem cumpridas, de modo especial da reparação do dano, embora assim não há previsão legal, mas pensamos que seria conveniente e coesivo também a vítima ser intimada em caso de não homologação, até porque, dependendo da situação que se criar a prosseguir, poderá propor a ação penal privada subsidiária Lopes Junior, (2020).

f) Quanto ao descumprimento do acordo:

Sendo o acordo homologado, em caso de descumprimento do mesmo, o MP informará ao juiz para fins de rescisão e oferecerá denúncia. Sendo informado o descumprimento do acordo pelo MP, terá o juiz que designar audiência oral e pública para o exercício do contraditório, portanto é momento em que deverá ouvir o imputado sobre a realidade e eventuais motivos que comprovem o descumprimento na presença do seu defensor. Também terá que ser analisada a proporcionalidade do descumprimento em relação às consequências. Portanto, a revogação além do contraditório, deverá ser objeto de decisão fundamentada do juiz, não sendo obrigatória unilateral ou automática Lopes Junior, (2020).

Tento em vista a sistemática de homologação do acordo, vemos que deve ser preservada a coerência com o sistema adotado, a medida que estabelece também no momento da rescisão, uma postura intervencionista do juiz, desta forma eventualmente, poderá o juiz entender que o descumprimento está justificado, mesmo que ele não ocorreu, sendo o pedido de rescisão indeferido e determinando a continuação do acordo, considerando dessa forma, ainda que estamos diante de um negócio jurídico processual, pode se aplicar, por exemplo, as teorias civilistas da boa-fé e também a do adimplemento substancial, para fins de manutenção do acordo ou extinção da punibilidade por cumprimento das condições, apesar de que somos contra a importação de categorias do direito civil e do processo civil para o processo penal, mas aqui justifica-se, não só por coerência, mas também pela hibridéz do próprio instituto da negociação no processo penal Lopes Junior, (2020).

Conforme o autor Lopes Junior (2020), após o cumprimento integral do acordo, o magistrado deverá declarar a extinta a punibilidade, não havendo qualquer outro efeito, salvo o registro que impede um novo acordo no prazo de 5 anos (§ 2o, inciso III). Já em caso de rescisão pelo não cumprimento, o MP deverá oferecer a denúncia e o processo prosseguirá sua tramitação. Vale ressaltar que caso estejam presentes todos os requisitos para o acordo de não persecução penal e o Ministério Público não o ofereça, estabelece o § 14 que deve ser aplicado por analogia o art. 28 do CPP, situação em que o imputado deverá fazer um pedido de revisão (no prazo de 30 dias) para a instância competente do próprio MP, a qual poderá manter tal situação ou designar outro membro do MP para o oferecimento do acordo. Isso se enquadra em uma possível leitura do novo art. 28 e sua aplicação em caso de inércia do MP. No entanto, também é possível cogitar que pelo fato de se tratar de direito público subjetivo do imputado, se os requisitos legais estiverem presentes, os benefícios do acordo deverão ser dados a ele.

Vale ressaltar que não se trata de outorgar ao juiz um papel de autor, ou até mesmo de juiz-ator, atributo do sistema inquisitório e que não é compatível com o modelo constitucional-acusatório por nós defendido. Pelo contrario. A sistemática é outra. O imputado solicita por meio de requerimento a reconhecimento de um direito o qual é (o direito ao acordo de não persecução penal) que lhe está sendo indeferido pelo Ministério Público, e o juiz determina, por meio de invocação. O papel do juiz aqui é o de garantidor da máxima efetividade do sistema de direitos do réu, isto é, sua veraz missão constitucional. Mas já presumimos que esse posicionamento achará resistência e que a tendência conseguirá ser pela aplicação do art. 28 do CPP (isto é o art. 28 antigo ou pelo novo dispositivo – da qual a liminar suspendeu a eficácia – quando entrar em vigor) Lopes Junior, (2020).

O artigo 28-A, §5º e 8º, criado pela Lei Anticrime era visto com receio no que diz respeito a estipulação da devolução dos autos ao Ministério Público na hipótese de o juiz não homologar o acordo, sendo assim frustrando a consagrada sistemática prevista no artigo 28 do CPP (BRASIL, 1941), segundo a qual o Procurador-Geral de Justiça ou o órgão superior interno do Parquet confirmará ou não os atos do membro do Ministério Público, em homenagem à independência funcional da instituição, nos termos do artigo 127, §1º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Já no §11 do artigo 28-A da Lei Anticrime foi incluída mais uma hipótese de vedação ao acordo de não persecução penal: a anterior concessão de suspensão condicional do processo. Acontece que tal benefício representa um acordo penal – o sursis processual pressupõe denúncia recebida, isto é, processo-crime inaugurado, e o seu devido cumprimento resulta em extinção da punibilidade –, que não se confunde com o acordo de não denúncia – por meio do qual se evita o processo penal –, do qual a transação penal e o acordo de não persecução penal são duas de suas sete espécies atualmente existentes. Dessa forma, parece ser o caso de uma restrição – ao menos tecnicamente – inapropriada às hipóteses de acordo de não persecução penal. (BRASIL, 2019).

Conforme o artigo 28-A, §13, da Lei Anticrime dispõe que, cumprido integralmente o acordo, o juízo decretará a extinção da punibilidade, portanto o acordo de não persecução penal negocia somente a não denúncia, e não penas, de modo que seria inviável barganhar a extinção da punibilidade, como ocorre, por exemplo, na suspensão condicional do processo devidamente cumprida, segundo o artigo 89, §5º, da Lei Nº 9.099/1995. (BRASIL, 2019).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Após a análise dos tópicos presentes no desenvolvimento desse artigo, percebe-se que foram abordados os assuntos: justiça negocial e as medidas desencarceradoras anteriores a Lei N. 13.964/2019 e acerca das ferramentas do direito negocial penal que existiam antes do acordo da não persecução da referida Lei. Isso foi necessário para chegar ao ponto da ideia conclusiva desse texto, pois serviu para o entendimento da evolução da justiça negocial brasileira.

As medidas desencarceradoras no decorrer do texto são: suspensão condicional do processo, transação penal, penas restritivas de direito, o sursis, é a colaboração premiada. Esse desdobramento temático foi importante para entender as evoluções e involuções da justiça negocial brasileira, isso porque por meio desse ponto ocorrerá uma comparação das medidas de desencarceramento com o acordo da não persecução da Lei N. 13.964/2019.

Antes da análise comparativa, pode-se dizer que um dos pontos positivos da criação da Lei N. 13.964/2019, a qual versa sobre o acordo da não persecução, é a ampliação das medidas de desencarceramento, pois a prisão é uma medida extrema, a "*ultima ratio*".

Tratando-se da observação confrontativa entre a suspensão condicional do processo e o acordo da não persecução, nota-se que a primeira tem como requisitos, previstos no artigo 89 da Lei Nº 9.099/95, ser aplicável aos crimes nos quais a pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano, isso se o acusado não estiver sendo processado ou não tiver sido condenado por outro crime e desde que estejam presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena do art. 77 do Código Penal, são eles: I- desde que o denunciado não seja reincidente em crime doloso; II- a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; III- não seja indicada ou cabível a substituição penal do art. 44 do código penal. Já no que diz respeito ao segundo, refere-se aos crimes que tenham a pena mínima inferior a 4 anos, é que estas constituem-se como grande parte dos tipos penais incriminadores na atualidade do direito penal brasileiro.

Situação semelhante ao que foi visto anteriormente, é a observação comparativa entre o acordo da não persecução e a transação penal do processo, pois esta é aplicável aos crimes que tenham pena máxima de até 2 anos, delimitando no art. 76, da Lei 9.099/1995 ali as infrações alcançadas pelo instituto, quais sejam, aquelas que tenham pena isolada ou cumulativamente com multa não superior a 2 anos, enquanto aquele, como dito no parágrafo anterior, é aplicável aos crimes que tenham pena mínima a 4 anos.

Já no que diz respeito às diferenças entre as penas restritivas de Direito e o acordo da não persecução, os requisitos das penas restritivas de Direito são os seguintes:

(a) pena não superior a quatro anos (para crime doloso) ou qualquer pena para crime imprudente; (b) crime complexo não cometido com violência ou ameaça à pessoa (c) o autor deve ser não reincidente e crime doloso; (d) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, devem indicar que a substituição é suficiente aos fins da pena. Partindo para os requisitos cumulativos do acordo da não persecução, são eles: a) Não deve ser caso de arquivamento, devendo estar presentes as condições de admissibilidade da acusação (viabilidade acusatória); b) O imputado deve confessar formal e circunstancialmente a prática de crime, podendo essa confissão ser feita na investigação ou mesmo quando da realização do acordo; c) O crime praticado deve



ter pena mínima inferior a 4 anos e ter sido praticado sem grave ameaça ou violência, portanto para aferição dessa pena, deve levar-se em consideração as causas de aumento (como o concurso de crimes, por exemplo) e de redução (como a tentativa), embora devendo incidir no máximo nas causas de diminuição e no mínimo em relação as causas de aumento, pois o que se busca é a pena mínima cominada; d) O acordo e suas condições devem ser suficientes para reprovação e prevenção do crime, ou seja, adequação e necessidade (proporcionalidade). Nota-se que as principais diferenças entre os institutos consistem na obrigatoriedade de confissão do réu e na necessidade de admissibilidade da acusação no acordo da não persecução penal, então após a entrada em vigor da Lei 13.964/2019, as medidas restritivas de direito serão de utilização subsidiária ao acordo de não persecução, isso porque o acordo da não persecução ao contrario das penas restritivas, já pode ser aplicado no início da ação.

Sabe-se que o sursis processual tem os mesmos requisitos do sursis da pena, porém tem como diferencial o fato do primeiro condicionar sua aplicação ao réu que ao ser denunciado em crimes cuja pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano. Já que foi feita a comparação entre sursis da pena e o acordo da não persecução e pelo fato dos requisitos do sursis penal e do sursis processual serem iguais, é prescindível confrontar os requisitos do sursis processual com o acordo da não persecução.

Por fim, no que diz respeito às comparações, a colaboração premiada ocorre quanto o objeto do crime e aos demais integrantes da organização criminosa, ou seja, não esta ligada a natureza do crime e a quantum da pena, tem como efeito o abrandamento da pena ou o perdão judicial, embora tal instituto tenha sido aperfeiçoado pela Lei N. 13.964/2019, a mesma que trata do acordo da não persecução, o mesmo instituto no qual se trata da colaboração premiada, não podem ser confundido com o acordo da não persecução.

Portanto percebe-se que o acordo da não persecução contribuiu para a evolução da justiça negocial brasileira. Isso porque tal instituto serve como uma medida de desencarceramento e pelo fato de ter criado um tratamento especial para uma espécie intermediária de crimes.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 15 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 16 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei n°9.099/1995. Brasília, 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm). Acesso em: 16 mai.2020.

\_\_\_\_\_. Resolução N.181/2017, Brasília, 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2020.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2018.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**: parte geral. 7. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: parte geral. 32. Ed.v.1. São Paulo: Saraiva 2011.

JUNQUE, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Legislação Penal Especial** Vol. 1.6 .ed. São Paulo, Saraiva, 2010.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, Educação. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**: parte geral, 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PEREIRA, Jeferson Botelho. **A Novíssima Lei N° 13. 964, de 2019 e o Pacote Anticrime. Jus. Com. Br**, Teresina. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/78728/a-novissima-lei-n-13-964-de-2019-e-o-pacote-anticrime>. Acesso em: 03 mai. 2020.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas**. Aspectos Penais e Processuais da Lei N.12850/13. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TASSE, Adel El. **O acordo de Não Persecução Penal**: Possibilidade Vinculada à Observância da Constituição Federal. **Jus.Com.Br**, Teresina. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/79078/o-acordo-de-nao-persecucao-penal-possibilidade-vinculada-a-observancia-da-constituicao-federal>. Acesso em 30 abr. 2020.

NOTAS:

[1] Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos. Especialista em Ciências Criminais. Pós Graduado em Direito e Processo Administrativo. Graduado em Direito e em Comunicação Social. Delegado de Polícia Civil no Tocantins. Professor de Direito Penal e Processo Penal. Escritor e parecerista.

## **O DIREITO À SAÚDE E A GARANTIA DA CIRURGIA RECONSTRUTIVA DA MAMA EM CASOS DE MUTILAÇÃO DECORRENTE DE TRATAMENTO DE CÂNCER**

**ANUNCIAÇÃO MARIA DE SOUSA NETA:**

Aluna do curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo – Fasec.

KELLY NOGUEIRA DA SILVA GONÇALVES[1]

(orientadora)

**RESUMO:** Os casos de câncer de mama no Brasil são considerados elevados de acordo os boletins epidemiológicos divulgados pelo Ministério da Saúde necessitando assim de políticas direcionadas a saúde que tratam desse tipo de doença. O estudo a seguir tem o objetivo de apresentar as mudanças trazidas com a Lei nº 13.770, de 19 de dezembro de 2018 em relação a reconstrução mamária de mulheres que sofrem mutilação da mama em decorrência do tratamento oncológico. Quando existirem condições técnicas a reconstrução mamária, deverá ser efetuada no tempo cirúrgico da mutilação e no caso de impossibilidade de reconstrução imediata, a paciente será encaminhada para acompanhamento e terá garantida a realização da cirurgia imediatamente após alcançar as condições clínicas requeridas. A saúde é um direito constitucional e é dever do Estado garantir a saúde através da formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. O artigo que segue é do tipo bibliográfico embasado em doutrinas, jurisprudências, textos e legislativos e a Constituição Federal de 1988.

**PALAVRAS-CHAVE:** Saúde. Legislação. Câncer de mama.

**ABSTRACT:** The cases of breast cancer in Brazil are considered high according to the epidemiological bulletins released by the Ministry of Health, thus requiring policies directed to health that deal with this type of disease. The following study aims to present the changes brought by Law No. 13,770, of December 19, 2018 in relation to breast reconstruction of women who undergo breast mutilation as a result of cancer treatment. When technical conditions exist, breast reconstruction should be performed during the surgical mutilation period and in the case of impossibility of immediate reconstruction, the patient will be referred for follow-up and the surgery will be guaranteed immediately after reaching the required clinical conditions. Health is a constitutional right and it is the duty of the State to guarantee health through the formulation and execution of economic and social policies aimed at reducing the

risks of diseases and other diseases and in establishing conditions that ensure universal and equal access to actions and services for their promotion, protection and recovery. The following article is of the bibliographic type based on doctrines, jurisprudence, texts and legislation and the Federal Constitution of 1988.

**KEYWORDS:** Health. Legislation. Breast cancer.

**SUMARIO:** 1. Introdução – 2. Fundamentação - 2.1 Direito a saúde na constituição federal de 1988 - 2.2. Direitos da pessoa em tratamento oncológico pelo sistema único de saúde - 2.3 Política nacional de atenção oncológica – 3. Evolução histórica da legislação que versa sobre a cirurgia plástica reparadora da mama - 3.1. Lei nº 13.770, de 19 de dezembro de 2018 e a cirurgia plástica reconstrutiva da mama em casos de mutilação decorrente de tratamento de câncer – 4. Considerações finais – 5 Referencias.

## 1 INTRODUÇÃO

Os casos de câncer de mama no Brasil são considerados elevados de acordo com os boletins epidemiológicos divulgados pelo Ministério da Saúde. Devido a seriedade do câncer de mama principalmente em observância à reconstrução mamária por prótese, o presente estudo propõe uma discussão com vistas a ressaltar a importância da aplicabilidade da lei nº 13.770, de 19 de dezembro de 2018.

As mulheres que sofrerem mutilação total ou parcial de mama, decorrente de utilização de técnica de tratamento de câncer tem direito a cirurgia plástica reconstrutiva. Nessa perspectiva, este estudo parte da seguinte problemática: quais as mudanças trazidas com a Lei nº 13.770, de 19 de dezembro de 2018 em relação a reconstrução mamária de mulheres que sofrem mutilação da mama em decorrência do tratamento oncológico?

A partir desse problema investigativo elencou-se neste estudo tópicos com um delineamento jurídico sobre o direito à saúde, a evolução histórica da legislação que versa sobre a cirurgia plástica reparadora da mama, os direitos da pessoa em tratamento oncológico pelo Sistema Único de Saúde, a política nacional de atenção oncológica e finalmente a lei nº 13.770, de 19 de dezembro de 2018 e a cirurgia plástica reconstrutiva da mama em casos de mutilação decorrente de tratamento de câncer.

O objetivo deste estudo é apontar as mudanças trazidas com a lei nº 13.770/2018 e evidenciar que o direito a saúde é universal e o tratamento oncológico tem prerrogativas jurídicas direcionadas especificamente para essa enfermidade,

principalmente devido ao grande aumento epidemiológico constatados pelo Ministério da Saúde.

A saúde é um direito constitucional e é dever do Estado garantir a saúde através da formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

## **2 FUNDAMENTAÇÃO**

### **2.1 DIREITO A SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Precipualemente, é importante trazer o conceito estabelecido do texto Constitucional sobre a saúde, a saber:

[...] a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário a ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (CF, art. 196), sendo de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por meio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (CF, art. 197).

A proteção constitucional do direito à saúde ocorreu em 1988, tendo em vista que os diplomas anteriores não deram a esse importante direito um grande destaque. Martins (2008), esclarece que, as Constituições do Império (1824) e da República (1891) restaram silentes sobre a responsabilidade do Estado em relação ao direito fundamental à saúde.

No texto da Constituição de 1934 havia, ainda que tímida, uma preocupação com a saúde do trabalhador e também uma atenção sobre a mortalidade infantil e a higiene social e mental. Em 1937, estabeleceu-se a proteção da saúde da criança e o texto de 1946 determinava que a competência para legislar sobre a defesa e proteção da saúde seria da União. As normas constitucionais durante o regime militar também não avançaram e se preocuparam com a fixação de competência legislativa, determinando que as leis federais seriam responsáveis pelo cuidado com a saúde (MARTINS, 2008).



Juridicamente, a Carta Magna de 1988, elevou a saúde ao plano dos direitos sociais fundamentais, trazendo no seu texto diversas matérias de competência legislativa, de planejamento e execução.

A Constituição prevê competência comum da União, dos Estados e Municípios para cuidar da saúde (art. 23, II), competência da União para legislar sobre o direito sanitário (art. 24, XII), competência dos municípios em prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população (art. 30, VII); previsão de limites mínimos de aplicação de recursos orçamentários na saúde (art. 34, VI, e); dentre outras disposições (ASENSI, 2013).

Ademais, ao instituir um sistema público de saúde a Constituição Federal de 1988 elevou as ações de saúde como matéria de relevância pública, alicerçado em princípios sociais de solidariedade, igualdade, universalidade e integralidade. As ações de saúde relacionadas ao tratamento oncológico do ponto de vista jurídico serão elencadas no tópico seguinte.

## **2.2 Direitos da pessoa em tratamento oncológico pelo Sistema Único de Saúde**

A Lei Federal nº 12.732/12 institui os direitos de pacientes com câncer de realizarem o tratamento completo pelo SUS (Sistema Único de Saúde) e de iniciarem o tratamento em, no máximo, 60 dias após o diagnóstico, são eles:

[...] Serviço Social; Saque do FGTS; Saque do PIS/PASEP; Auxílio- doença; Aposentadoria por invalidez; Amparo Assistencial ao Idoso e ao Deficiente (Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS); Tratamento Fora de Domicílio (TFD) no Sistema Único de Saúde; Vale Social; RIOcard; Isenção de imposto de renda na aposentadoria; Quitação do financiamento da casa própria; Isenção de IPI na compra de veículos adaptados; Isenção de ICMS na compra de veículos adaptados; Isenção de IPVA para veículos adaptados; Isenção de Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU); Bilhete de Viagem do Idoso - Transporte interestadual gratuito; Laudo Médico para Afastamento de Trabalho; Laudo Médico para Atestado de Lucidez (BRASIL, 2012, p. 08).

Pelo Sistema Único de Saúde, política consolidada por meio da Constituição de 1988, são direitos do paciente de acordo o Instituto Nacional de Câncer – INCA (2018), iniciar o tratamento oncológico (cirurgia, quimioterapia ou radioterapia) no prazo máximo de 60 (sessenta) dias contados a partir da data da

emissão do exame patológico, ou em prazo menor, conforme necessidade terapêutica do caso registrada em prontuário.

Ter acesso ao conjunto de ações e serviços necessários para a promoção, proteção e recuperação da saúde, ter acesso gratuito aos medicamentos necessários para tratar e restabelecer a saúde e o acesso a atendimento ambulatorial, realização de exames, internação hospitalar e demais procedimentos necessários para manutenção da saúde em tempo razoável, além de consentir ou recusar, de forma voluntária e esclarecida, procedimentos médicos de qualquer natureza.

Para Leivas (2011), a universalidade a saúde é um instrumento de inclusão social e uma garantia constitucional de acesso às ações e serviços de saúde a todos que respeitem as portas de entrada do sistema (a organização jurídico-administrativa do sistema de saúde), que devem ser definidas pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

Ou seja, todas as pessoas, em todos os níveis de assistência, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie (renda, sexo, idade etc.), independentemente de vínculo previdenciário ou qualquer tipo de seguro-saúde, têm o direito de viver em condições salubres e de acesso ao sistema público de saúde.

A questão individual do direito à saúde é reconhecida como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional, para Lima (2014), a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública as ações e serviços de saúde legitimando a atuação do Poder Judiciário nas hipóteses em que a Administração Pública descumpra o mandamento constitucional em apreço.

Ao se tratar do direito ao tratamento oncológico oferecido pelo Sistema Único de Saúde, no Agravo de Instrumento nº 5006839-79.2015.404.0000/PR, o Supremo Tribunal Federal, analisando a questão da promoção do Direito à Saúde, posicionou-se sobre o tema afirmando que:

(...) O direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial. (...) Não obstante, esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais econômicas, ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público

subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde. (...) Em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso (Agravo de Instrumento nº 5006839-79.2015.404.0000/PR).

A saúde está elencada no rol dos direitos sociais e se constitui obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por objetivo a melhoria das condições de vida, visando à concretização da igualdade material ou substancial (MORAES, 2016).

É mister destacar que, a dimensão individual do direito à saúde foi destacada pelo Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional “[...] a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente”, impondo aos entes federados um dever de prestação positiva (MELLO, 2006).

Constata-se que, as ações e serviços públicos de saúde devem integrar-se em todo o território nacional, compondo um sistema único, regionalizado e hierarquizado, organizado de maneira descentralizada, com direção única em cada uma das esferas de governo, ou seja, na esfera federal, estadual, distrital e municipal.

### **2.3 Política nacional de atenção oncológica**

A política nacional para atenção oncológica estabelece ações estatais previstas para o tratamento dos pacientes com câncer. A Portaria nº 2.439/GM, de 8 de dezembro de 2005, instituiu a Política Nacional de Atenção Oncológica e traçou diretrizes para promoção, prevenção, diagnóstico, tratamento, reabilitação e cuidados paliativos a serem implantadas pelos órgãos do SUS.

A Política Nacional de Atenção Oncológica foi regulamentada pela a Portaria nº 741/GM, 19 de dezembro de 2005, que definiu as Unidades de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia, são eles: os Centros de Assistência de Alta

Complexidade em Oncologia' (CACON) e os Centros de Referência de alta Complexidade em Oncologia.

A atenção oncológica regulamentada por legislação específica está de acordo com o dispositivo constitucional, que na lição de Mendes (2012), além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). O dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde está expresso no art. 196 da CF. Essa é uma atribuição comum dos entes da federação, estabelecidos no art. 23, II, da Constituição.

A prestação de saúde nos moldes constitucionais deve ser garantida mediante "políticas sociais e econômicas", conseqüentemente, a garantia mediante políticas sociais e econômicas ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas (MENDES, 2012).

Dessa forma, a Política Nacional de Atenção Oncológica é constituída a partir dos seguintes componentes fundamentais:

[...] promoção e Vigilância em Saúde; Atenção Básica; Média complexidade; Alta complexidade; Centros de Referência de Alta Complexidade em Oncologia; Plano de Controle do tabagismo e outros Fatores de Risco, do Câncer do Colo do Útero e da Mama; Regulamentação suplementar e complementar; Regulação, fiscalização, controle e avaliação; 9. Sistema de Informação; Diretrizes Nacionais para a Atenção Oncológica. Avaliação Tecnológica. Educação permanente e capacitação. Pesquisa sobre o câncer (BRASIL, 2011, p. 23).

Ressalta-se que o constituinte estabeleceu um sistema universal de acesso aos serviços públicos de saúde, o que reforça a responsabilidade solidária dos entes da federação, garantindo, inclusive, a igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie.

Fica claro então que, a garantia desse direito fundamental deve-se muito mais a questões ligadas à implementação e manutenção das políticas públicas de saúde já existentes, o que implica também a composição dos orçamentos dos entes da federação, do que à falta de legislação específica. Em outros termos, o problema não é de inexistência, mas de execução das políticas públicas pelos entes federados (TAVARES, 2018).

Nesse diapasão:

[...] o direito de proteção à saúde há de se efetivar mediante ações específicas (dimensão individual) e mediante amplas políticas públicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos (dimensão coletiva). Nessas perspectivas, as pretensões formuladas e formuláveis tanto poderão dizer respeito a atos concretos como a políticas e ações administrativas que contribuam para a melhoria do sistema de saúde, incluídas aqui as normas de organização e procedimento (MENDES, 2012, p. 568).

Sob a perspectiva evolutiva dos direitos das pessoas em tratamento oncológico, em 2013, foi lançada também, uma Política Nacional de Prevenção e Controle do Câncer (PNPCC), que conceitua o câncer como uma doença crônica prevenível. A PNPCC destaca princípios e diretrizes de promoção, prevenção, cuidado integral, vigilância, educação, comunicação e incorporação tecnológica. Apresenta ainda as responsabilidades dos entes federados nas ações de controle do câncer, bem como dos pontos de atenção e sistemas de apoio que compõem a rede de atenção à saúde, descrevendo como as ações devem ser planejadas e realizadas, em diferentes níveis de atenção, para garantir a integralidade definida no SUS (PNPCC, 2013).

De acordo o INCA (2020), em 2015, se tratando especificamente do câncer de mama, foram lançadas as novas Diretrizes Nacionais para a Detecção Precoce do Câncer de Mama no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, por meio da Portaria MS/GM 59/01 out 2015. A atualização das Diretrizes seguiu um processo rigoroso de revisão das evidências científicas e contou com a parceria com algumas instituições de ciência e tecnologia no Brasil. As Diretrizes são fundamentais para a organização da linha de cuidado do câncer de mama, assim como para apoiar os profissionais de saúde nas suas práticas clínicas e os pacientes nas suas escolhas frente a diferentes intervenções sanitárias.

As propostas apresentadas na política de atenção oncológica consideram a promoção da saúde, a ampliação do acesso aos serviços, a humanização e a melhoria da qualidade da atenção, as condições essenciais para que as ações de saúde se traduzam na resolução dos problemas identificados, na satisfação da população e no reconhecimento de direitos (BRASIL, 2017).

Este documento propõe:

[...] reduzir a morbimortalidade por câncer na população feminina através de estratégias de prevenção, diagnóstico e tratamento, assim como garantir o cumprimento da lei federal, que prevê a cirurgia de reconstrução mamária nas mulheres mastectomizadas, aumentando em 45% a realização desta de cirurgia (BRASIL, 2007, p. 37).

Pelo Sistema Único de Saúde a paciente pode agendar a cirurgia de reconstrução mamária no local do tratamento. Contudo, se não estiver mais em tratamento, deverá se dirigir a uma Unidade Básica de Saúde e solicitar o seu encaminhamento para uma unidade especializada em cirurgia de reconstrução mamária.

Dessa forma, é mister que todos os dispositivos legais concernentes a esse direito a mulher levem o Estado a efetivar o direito a saúde por meio da execução de políticas econômicas que além da cirurgia plástica reconstrutiva da mama em casos de mutilação decorrente de tratamento de câncer, propicie também a redução de riscos de doenças e de outros agravos e por conseguinte, condições que assegurem acesso universal e igualitário a esse direito da mulher (SOUZA, 2018).

É importante ressaltar que, política nacional de atenção oncológica busca impreterivelmente, a redução da mortalidade e da incapacidade causadas por esta doença e ainda a possibilidade de diminuir a incidência de alguns tipos de câncer, bem como contribuir para a melhoria da qualidade de vida dos usuários com câncer, por meio de ações de promoção, prevenção, detecção precoce, tratamento oportuno e cuidados paliativos.

### **3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO QUE VERSA SOBRE A CIRURGIA PLÁSTICA REPARADORA DA MAMA**

O câncer de mama é considerado uma patologia que sua cura implica na consequente mutilação do corpo feminino podendo colocar a saúde psíquica da mulher em risco. Desse modo, o Brasil possui uma legislação específica que garante a cirurgia plástica reparadora da mama.

A legislação precursora no país que versa sobre a obrigatoriedade da cirurgia plástica trata-se da Lei 9.656, de 3 de junho de 1998 que estabelecia que as mulheres que sofrerem mutilação total ou parcial de mama, decorrente de utilização de técnica de tratamento de câncer, têm direito a cirurgia plástica reconstrutiva.

Posteriormente, a lei 9.797, de 6 de maio de 1999 estabeleceu que além da reconstituição da mama em decorrência do tratamento oncológico, está explícito



que cabe ao Sistema Único de Saúde - SUS, por meio de sua rede de unidades públicas ou conveniadas, prestar serviço de cirurgia plástica reconstrutiva de mama utilizando-se de todos os meios e técnicas necessárias e quando existirem condições técnicas, a reconstrução será efetuada no mesmo tempo cirúrgico (Lei 9.797/1999, art. 2º).

A lei acima mencionada previa que mulheres que sofressem mutilação total ou parcial de mama (mastectomia) teriam direito à cirurgia plástica reconstrutiva, contudo, sem indicar o prazo em que ela deveria ser feita, assim, em 2013 a lei n. 12.802/13 dispôs sobre a obrigatoriedade da cirurgia plástica reparadora da mama pela rede de unidades integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS nos casos de mutilação decorrentes de tratamento de câncer, para dispor sobre o momento da reconstrução mamária, determinando que, no caso de impossibilidade de reconstrução imediata, a paciente será encaminhada para acompanhamento e terá garantida a realização da cirurgia imediatamente após alcançar as condições clínicas requeridas (LEI, 12.802/13, art. 1º).

Em relação a simetrização da mama contralateral, que se trata de procedimentos de redução, elevação ou aumento indicados para a mama oposta, de forma a manter a simetria entre elas e reconstrução do complexo aréolo-mamilar que são distorcidos ou retirados e necessitam de reparação, são procedimentos que integram a cirurgia plástica reconstrutiva e ficaram estabelecidos como obrigatórios de acordo com Lei nº 13.770, de 19 de dezembro de 2018, que também estabelece que esses procedimentos devem ser realizados pelo Sistema Único de Saúde.

Vale ressaltar que, sendo a saúde um direito subjetivo público, esta é assegurada mediante políticas sociais e econômicas. Ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde (MENDES, 2012).

A cirurgia plástica reconstrutiva da mama decorrente do tratamento de câncer está relacionado ao direito à saúde preconizado na Constituição Federal de 1988, em que está previsto que: "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (C/F, 1988, art.196).

A Constituição de 1988 é a primeira lei a consagrar o direito fundamental de proteção à saúde. Os textos Constitucionais anteriores possuíam apenas disposições

esparças sobre a questão, como a Constituição de 1824, que fazia referência à proteção de “socorros públicos” (art. 179, XXXI).

Nota-se que, o direito de proteção à saúde está previsto no art. 196 da Constituição Federal como:

[...] direito de todos” e dever do Estado”, garantido mediante “políticas sociais e econômicas” que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, regido pelo princípio do “acesso universal e igualitário” “às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação” (MENDES, 2012, p.566).

Mendes (2012), leciona que a Constituição brasileira não apenas prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais especificando seu conteúdo e forma de prestação, como também não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos e os direitos sociais, ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Ademias, a saúde é um direito de todos e dever do Estado com acesso universal e atendimento integral por meio de um sistema hierarquizado, organizado e único de saúde. Com vistas a garantir o acesso universal a cirurgia plástica reconstrutiva da mama em casos de mutilação decorrente de tratamento de câncer foi instituído mais um dispositivo legal garantindo esse direito, assunto do próximo tópico.

### **3.1 Lei nº 13.770, de 19 de dezembro de 2018 e a cirurgia plástica reconstrutiva da mama em casos de mutilação decorrente de tratamento de câncer**

O número de casos incidentes estimados de câncer de mama feminina no Brasil, para 2019, foi de 59.700. Nas capitais, esse número corresponde a 19.920 casos novos a cada ano. A taxa bruta de incidência estimada foi de 56,33 por 100 mil mulheres para todo o Brasil e 80,33 por 100 mil mulheres nas capitais (INCA, 2019).

Diante disso, a Lei nº 13.770, de 19 de dezembro de 2018, alterou as Leis 9.656, de 3 de junho de 1998, e 9.797, de 6 de maio de 1999, para dispor sobre a cirurgia plástica reconstrutiva da mama em casos de mutilação decorrente de tratamento de câncer, deixando claro que quando existirem condições técnicas, a reconstrução da mama será efetuada no tempo cirúrgico da mutilação e no caso de impossibilidade de reconstrução imediata, a paciente será encaminhada para acompanhamento e terá garantida a realização da cirurgia imediatamente após alcançar as condições clínicas requeridas.

A justificação do projeto de lei, 4409/2016, que se transformou na Lei Ordinária 13770/2018 foi a seguinte:

[...] a atenção a pacientes portadoras de câncer de mama mudou radicalmente ao se determinar, na esfera do Sistema Único de Saúde, a reconstrução imediata quando a conduta fosse possível e isenta de riscos. A grande melhora do ponto de vista estético constitui um auxiliar valioso para a recuperação da mulher, uma vez que elimina a fase em que, além de gravemente enferma, ela se sente também mutilada. O próximo passo que propomos é a intervenção sobre a mama contralateral, em razão da necessidade de proporcionar o equilíbrio anatômico. A simetria das mamas obtida através da intervenção cirúrgica trará, sem sombra de dúvidas, suporte para uma recuperação pós-operatória mais favorável. Além disso, eliminará a necessidade de outra intervenção no futuro. No entanto, o procedimento dependerá da análise das condições técnicas, que passam, primeiro, pela situação clínica da mulher e de sua vontade. Acreditamos que o acréscimo de tempo de cirurgia não será significativo ao ponto de comprometer o que propomos. Além disso, os benefícios, como dissemos, serão inestimáveis (PROJETO DE LEI, 4409/2016, p. 2).

A inovação trazida por esta lei foi a garantida da realização da cirurgia da mama contralateral imediatamente após alcançar as condições clínicas requeridas para a simetrização das mamas e a reconstrução do complexo aréolo-mamilar.

A reconstituição da mama em decorrência do tratamento oncológico, já constava na Política Nacional de Atenção à Saúde da Mulher, organizado pelo Ministério da Saúde, que apresentava os principais objetivos e estratégias relacionados à saúde da mulher para o período de 2004 a 2007, entretanto a garantia da realização da simetrização das mamas pelo Sistema Único de Saúde veio com o advento da Lei nº 13.770, de 19 de dezembro de 2018.

Porém, quando ela é detectada em estágios mais adiantados, pode levar à realização de cirurgias impactantes, como a mastectomia a mutilação de um órgão que simboliza a feminilidade e a maternidade na sociedade ocidental, acarretando uma série de consequências psicológicas, físicas e sociais relacionadas à imagem corporal (ALMEIDA, 2013).

Vale considerar que, a inclusão desse dispositivo fornecerá fundamentos jurídicos para que as mulheres busquem o seu direito nas locais e esferas adequados.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A discussão apontada neste estudo evidenciou as mudanças trazidas com a Lei nº 13.770, de 19 de dezembro de 2018 em relação a reconstrução mamária de mulheres que sofrem mutilação da mama em decorrência do tratamento oncológico.

As elucidações jurídicas expostas ao longo desta pesquisa deixaram claro que a Lei n. 13.770/2018, em seus muitos argumentos para sua instituição, quando estava em debate nas casas legislativas, foi em razão da necessidade de proporcionar o equilíbrio anatômico, pois a simetria das mamas obtida através da intervenção cirúrgica trará, suporte para uma recuperação pós-operatória mais favorável, além disso, eliminará a necessidade de outra intervenção no futuro.

No entanto, cabe aqui deixar claro que, o procedimento dependerá da análise das condições técnicas, que passam, primeiro, pela situação clínica da mulher e de sua vontade. Acreditamos que o acréscimo de tempo de cirurgia não será significativo ao ponto de comprometer o que propomos. Além disso, os benefícios, como dissemos, serão inestimáveis.

A lei acima mencionada buscou consolidar o direito a saúde estabelecido pela Constituição Federal de 1988 e como objetivo busca proporcionar o acesso gratuito à saúde enquanto direito de todo cidadão, as mulheres que necessitam de reconstrução mamária decorrente de mutilação de tratamento de câncer não conseguem de forma imediata.

Ademais, é importante que o Sistema Único de Saúde tenha celeridade em atender de forma imediata a mulher em tratamento oncológico da mama, como forma de evitar a violação ao direito fundamental do ser humano a saúde, devendo assim, o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício., principalmente em relação a expansão do número de serviços habilitados em alta complexidade em oncologia, suficientes para as demandas epidemiológicas, no que tange ao câncer de mama que cresce de forma exponencial no Brasil.

#### **REFERENCIAS**

ASENSI, Felipe Dutra. Direito à saúde. Práticas sociais reivindicatórias e sua efetivação. Curitiba: Juruá, 2013

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Direito à Saúde. Brasília: CONASS, 2015.

BRASIL. Lei 12.802, de 24 de abril de 2013. Altera a Lei nº 9.797, de 6 de maio de 1999, que “dispõe sobre a obrigatoriedade da cirurgia plástica reparadora da mama pela rede de unidades integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS nos casos de mutilação decorrentes de tratamento de câncer”, para dispor sobre o momento da reconstrução mamária. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ Ato2011-2014/2013/Lei/L12802.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2011-2014/2013/Lei/L12802.htm). Acesso em abril de 2020.

BRASIL. Lei nº 13.770, de 19 de dezembro de 2018. Altera as Leis nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e 9.797, de 6 de maio de 1999, para dispor sobre a cirurgia plástica reconstrutiva da mama em casos de mutilação decorrente de tratamento de câncer. Disponível em: [http://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/56129614/do1-2018-12-20-lei-n-13-770-de-19-de-dezembro-de-2018-56129336](http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/56129614/do1-2018-12-20-lei-n-13-770-de-19-de-dezembro-de-2018-56129336). Acesso em abril de 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Política nacional de atenção integral à saúde da mulher: plano de ação 2004-2007. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

BRASIL. PL 4409/2016. Altera a Lei 9.797, 6 de maio de 1999. Histórico de Pareceres, Substitutivos e Votos. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_pareceres\\_substitutivos\\_votos?idProposicao=2077377](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos?idProposicao=2077377). Acesso em maio de 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Política Nacional de Atenção Oncológica / Tribunal de Contas da União; Relator Ministro José Jorge. – Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo, 2011.

INCA, Instituto Nacional de Câncer. Estimativa 2017: incidência do Câncer no Brasil. Rio de Janeiro-RJ: MS, INCA; 2018.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. O direito fundamental à saúde segundo o STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo W. Direitos fundamentais no STF: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LIMA, Thalita Moraes. O direito à saúde revisitado Entre os ideais da Constituição de 1988 e o drama jurídico atual. Revista de Informação Legislativa. Ano 51, n. 202 abr./jun. 2014.

MARTINS, Flavia Bahia. O Direito Fundamental à Saúde no Brasil sob a Perspectiva do Pensamento Constitucional Contemporâneo. PUC, Departamento de Direito, Rio de Janeiro, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EDB). 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA Juliana Barbosa da. Percepção das mulheres mastectomizadas sobre a cirurgia reconstrutiva da mama. Rev enferm UFPE on line., Recife, 11(Supl. 5):2056-66, maio., 2017

SILVA, Mario Jorge Sobreira da. Política de Atenção ao Câncer no Brasil após a Criação do Sistema Único de Saúde. Revista Brasileira de Cancerologia 2017.

SOUZA A; Andrade de A. N. Corpos marcados e fé na vida... Mastectomia e Políticas Públicas de Saúde da Mulher. Rev. Psicologia Política, 2008.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional.16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NOTAS:

[1] Professora do curso de direito da Faculdade Serra do Carmo – Fasec. Especialista em Direito civil e advogada [profkellynogueira@gmail.com](mailto:profkellynogueira@gmail.com)



## A IMPORTÂNCIA DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA PARA A SOCIEDADE

**BENIGNO NÚÑEZ NOVO:**

Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

**RESUMO:** Este estudo sucinto objetivou compreender a importância da ciência, tecnologia e inovação em tempos de pandemia para a sociedade. A ciência permite a humanidade compreender um pouco mais sobre a natureza, a ciência é importante na nossa vida pois nos ajuda a ter uma qualidade de vida melhor, pois através da ciência muitas doenças foram eliminadas. Quando uma pandemia como a do novo coronavírus se alastra pelo mundo, uma das grandes necessidades é obviamente o desenvolvimento de uma vacina ou de outro tratamento específico. Os países devem fazer um investimento regular na produção de conhecimento científico.

**PALAVRAS-CHAVE:** Importância. Ciência. Tecnologia. Inovação. Pandemia. Sociedade.

**ABSTRACT:** This succinct study aimed to understand the importance of science, technology and innovation in times of pandemic for society. Science allows humanity to understand a little more about nature, science is important in our life because it helps us to have a better quality of life, because through science many diseases have been eliminated. When a pandemic like the new coronavirus is spreading across the world, one of the greatest needs is obviously the development of a vaccine or other specific treatment. Countries must make a regular investment in the production of scientific knowledge.

**KEYWORDS:** Importance. Science. Technology. Innovation. Pandemic. Society.

### 1. INTRODUÇÃO

A ciência permite a humanidade compreender um pouco mais sobre a natureza, a ciência é importante na nossa vida pois nos ajuda a ter uma qualidade de vida melhor, pois através da ciência muitas doenças foram eliminadas. A ciência possibilita avanços na saúde, alimentação, energia e outros.

Cada vez mais, a busca pelo desenvolvimento econômico e social tem ensinado que este caminho tem como pontos fundamentais a ciência, a tecnologia e a inovação. No paradigma da sociedade da informação e do conhecimento que

resulta na sociedade da inovação, ciência e tecnologia ganham cada vez mais importância.

Quando uma pandemia como a do novo coronavírus se alastra pelo mundo, uma das grandes necessidades é obviamente o desenvolvimento de uma vacina ou de outro tratamento específico. Mas, para isso, é preciso tempo para se criar algo eficaz e seguro. Como se pode então estar preparado para reagir a uma emergência como a que estamos a viver? Os países devem fazer um investimento regular na produção de conhecimento científico.

## **2 DESENVOLVIMENTO**

A ciência, a tecnologia e a inovação (CT&I) "são, no cenário mundial contemporâneo, instrumentos fundamentais para o desenvolvimento, o crescimento econômico, a geração de emprego e renda e a democratização de oportunidades" (PACTI, 2007, p. 29).

De acordo com a UNESCO, "a ciência é o conjunto de conhecimentos organizados sobre os mecanismos de causalidade dos fatos observáveis, obtidos através do estudo objetivo dos fenômenos empíricos"; enquanto "a tecnologia é o conjunto de conhecimentos científicos ou empíricos diretamente aplicáveis à produção ou melhoria de bens ou serviços".

Por que investir em ciência é tão importante? Porque o desenvolvimento de qualquer país está diretamente relacionado à aplicação de capital no setor. Inovação, pesquisa, capacitação científica, no fim, é um bem público.

Até o fim de outubro, as universidades e instituições de pesquisa brasileiras tinham perdido quase 18 mil bolsas de estudo apenas em 2019. Em maio passado, o governo federal contingenciou 42% das despesas do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC).

Quando a pandemia do novo coronavírus começava a reverberar no Brasil, a comunidade científica foi surpreendida por uma portaria da Capes que alterava a metodologia para o financiamento da pós-graduação no país. Os parâmetros escolhidos para orientar a nova política foram qualidade, produtividade e desenvolvimento social.

Os critérios, elogiados por entidades científicas, não parecem ter sido seguidos na implementação da política. Programas de qualidade mediana tiveram aumentos vertiginosos na quantidade de bolsas (até 500%), enquanto outros, de alta qualificação, tiveram reduções abruptas.

Os dois maiores programas de pós-graduação em Física do Brasil, sediados no Instituto de Física e no Instituto de Física de São Carlos, ambos da Universidade de São Paulo (USP), tiveram cortes de 40% a 50% nas bolsas de doutorado. Ambos obtiveram a nota máxima de qualidade aferida pela Capes.

De todo o montante de R\$ 4,9 bilhões destinados ao FNDCT (Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico), 87,7% estão congelados e não poderão ser usados. No caso específico do CNPq (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico), o valor destinado exclusivamente ao fomento científico encolheu 84,4%.

Quando se examina com mais detalhe as rubricas exclusivas ao fomento de programas e de pesquisas stricto sensu se observa a gravidade do problema. A culpa, neste caso, é da reserva de contingenciamento imposta pelo ministério da Economia ao FNDCT. Em 2020, segundo análise feita pela SBPC do Orçamento da União, 87,7% do total arrecadado pelo fundo está congelado pelo governo. O que significa dizer que do total disponível, aproximadamente R\$ 4,9 bilhões, apenas R\$ 600 milhões estão de fato liberados para custear a ciência no Brasil.

Ciência se faz a longo prazo, não para atender apenas ao imediatismo. Mais do que isso, a universalidade e gratuidade do atendimento do SUS, com sua excelência e eficácia no monitoramento e contenção do coronavírus, e a valorização da ciência e da universidade – junto aos institutos de pesquisa –, com sua incorporação aos processos de tomada de decisão governamental, se mostram cada vez mais fundamentais à vida.

O Brasil é atualmente o 11º país no ranking global em produção científica. O país possui 200 mil pesquisadores, número que na proporção por 1 milhão de habitantes fica abaixo de diversas nações, como Argentina, Estados Unidos, os países da União Europeia, Coreia do Sul e Israel.

O orçamento das principais instituições e fundos da área diminuiu a menos da metade nos últimos sete anos. O do Ministério de Ciência, Tecnologia Inovações e Comunicações (MCTIC) chegou a R\$ 8 bilhões em 2013 e agora está em R\$ 3,5 bilhões. A Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), responsável por bolsas de pós-graduação, teve o orçamento reduzido de R\$ 7,4 bilhões para R\$ 3,2 bilhões no mesmo período.

O Brasil ficou na 66ª posição no Índice Global de Inovação em 2019 e não está investindo no setor como outras nações. O que está ocorrendo nos EUA, Europa, China é que existe um reconhecimento pelo governo e sociedade que investir em CT&I é prioridade e é vetor para o desenvolvimento. A este reconhecimento

corresponde à disponibilização de instrumentos, a formulação de políticas e recursos financeiros sustentados ao longo dos anos. A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) tem investido em P&D acima de 2% do PIB. No Brasil, até o último dado disponível temos menos de 1,3% do PIB.

A ciência não foi apanhada desprevenida com a presente crise do novo coronavírus. Trabalha há muito tempo em vírus e epidemias. Em setembro de 2019 saiu um relatório da Organização Mundial de Saúde, que chama precisamente a atenção para o perigo viral. Dois meses depois surgia o primeiro caso da nova doença em Wuhan, na China. Era fácil prever uma nova epidemia, pois tem havido vários surtos epidêmicos ao longo da história, alguns deles neste século como o SARS (2002-2003) e o MERS (2015-2018), ambos devidos a coronavírus como o atual, que passaram sem causar grandes estragos à escala global. A epidemia provocada pelo vírus Ebola (2014-2017) revelou-se bem mais perigosa, mas não saiu de África. O HIV, também oriundo do continente africano, teve, pelo contrário, grande espalhamento global desde 1981: já provocou mais de 32 milhões de mortos. Mas, após desenvolvimentos científicos impressionantes, a AIDS já não é uma sentença de morte mas uma doença sustentável.

A Constituição Federal de 1988 atentou-se com o desenvolvimento científico, impondo ao Estado de acordo com os artigos 218 e 219, o dever de promover e incentivar a pesquisa e a capacitação tecnológica, tendo vista o bem público, e a importância social que tal investimento inflige para o progresso tecnológico e para o crescimento econômico de um país. O desenvolvimento de um país está diretamente relacionado com aplicação de capital neste setor. O artigo 218 da Carta Magna reza "O Estado promoverá e INCENTIVARÁ o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a INOVAÇÃO."

### **3 CONCLUSÃO**

A pesquisa contribui para a geração de conhecimento e para o desenvolvimento da humanidade. Os investimentos em pesquisa e inovação nos países de terceiro mundo e/ou em desenvolvimento são importantes ferramentas para sua independência dos países de primeiro mundo. A ciência permite a humanidade compreender um pouco mais sobre a natureza, a ciência é importante na nossa vida pois nos ajuda a ter uma qualidade de vida melhor, pois através da ciência muitas doenças foram eliminadas.

Depois desta reprise dar-se para concluir que a ciência é mais importante que a tecnologia, pois dar-se para perceber claramente que só com os avanços

científicos é que foi possível surgir a tecnologia, então dar-se para afirmar que ciência é tecnologia e tecnologia é uma ciência.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAZZO, Walter Antonio (1998): **Ciência, tecnologia e sociedade**: e o contexto da educação tecnológica. Florianópolis: UFSC.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: 1988. disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 07 de maio de 2020.

PACTI – **Plano de Ação 2007-2010**: Ciência, Tecnologia e Inovação para o Desenvolvimento Nacional, elaborado pelo Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT).

REIS, Dálcio Roberto. **“Ciência e Tecnologia”**. In: [www.xadrezeduca.com.br/site/h4/](http://www.xadrezeduca.com.br/site/h4/)

SCHUMPETER, Joseph A. **Teoria do Desenvolvimento Econômico**: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

<https://www.capes.gov.br/>

<http://www.mctic.gov.br/portal>

## O NEOCONSTITUCIONALISMO

### **MANFREDO BRAGA FILHO:**

Advogado. Especialista em Direito Constitucional, Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho.

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo analisar a história dos movimentos constitucionais e as suas influências no panorama constitucional contemporâneo ao qual gerou o neoconstitucionalismo. Para tanto, faz-se uma análise do constitucionalismo antigo, inglês (historicista), norte americano (estadualismo), francês (individualismo) até adentrar ao constitucionalismo contemporâneo. A melhor doutrina entende o constitucionalismo como a teoria da legitimação e limitação do poder dos governantes por intermédio de uma gama de direitos postos ou aceitos, racionalmente ou não, como limitadores do poder dos governantes. Para tanto, utilizou-se o método de análise qualitativa, com estudo da doutrina, jurisprudência e legislação. Conclui-se que o neoconstitucionalismo propõe promover a constitucionalização do direito, com a irradiação dos direitos fundamentais por todo o ordenamento jurídico, em busca de uma efetividade dos direitos fundamentais, por meio de uma interpretação axiológica da Constituição, promovida por todos os poderes, mas com a última palavra sendo do poder judiciário, tendo como dogma maior o Estado Constitucional Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo, democracia, direito.

**ABSTRACT:** This article aims to analyze the history of constitutional movements and their influences in the contemporary constitutional panorama to which neoconstitucionalism generated. For that, an analysis of the old constitutionalism, English (historicist), North American (stateism), French (individualism) is made until entering the contemporary constitutionalism. The best doctrine understands constitutionalism as the theory of the legitimation and limitation of the power of the governors through a range of rights put or accepted, rationally or not, as limiting the power of the governors. For that, the qualitative analysis method was used, with a study of the doctrine, jurisprudence and legislation. It is concluded that the neo-constitutional proposal proposes to promote the constitutionalization of law, with the irradiation of fundamental rights throughout the legal system, in search of an effectiveness of fundamental rights, through an axiological interpretation of the Constitution, promoted by all powers, but with the last word belonging to the judiciary, with the Democratic Constitutional State of Law as the major dogma.



**Key words:** Constitutionalism, democracy, law.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 2. DESENVOLVIMENTO. 2.1 CONSTITUCIONALISMO ANTIGO. 2.2 MOVIMENTO CONSTITUCIONAL INGLÊS (HISTORICISTA). 2.3 CONSTITUCIONALISMO AMERICANO (ESTADUALISMO). 2.4 CONSTITUCIONALISMO FRANCÊS (INDIVIDUALISMO). 2.5 CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1. INTRODUÇÃO

Na doutrina constitucional, muito se debate sobre as diferenças entre o constitucionalismo e os movimentos constitucionais existentes na história antiga, moderna e contemporânea, tendo como principal debate os movimentos constitucionais inglês, norte americano e francês.

Neste íterim, a melhor doutrina entende o constitucionalismo como a teoria da legitimação e limitação do poder dos governantes por intermédio de uma gama de direitos postos ou aceitos, racionalmente ou não, como limitadores do poder dos governantes.

Ao passo que, os movimentos constitucionais são o constitucionalismo *interna corporis*, ou seja, dentro do próprio país, conceituado como o movimento existente em cada povo de *per sí*, que limitam o poder absoluto dos governantes por meio de uma garantia de direitos constitucionais constituídas por costumes ou postos nas *normas normarum*.

Como bem ensinado por Canotilho (1993): "É mais rigoroso falar de vários movimentos constitucionais do que de vários constitucionalismos", embora o próprio autor, em passagem anterior de sua obra, cite a existência de pelo menos três constitucionalismos: o inglês, o norte americano e o francês. Segundo o autor *in verbis*:

"E dizemos ser mais rigoroso falar de vários movimentos constitucionais do que de vários constitucionalismos porque isso permite recortar uma noção básica de constitucionalismo. Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Nesse sentido o constitucionalismo representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos". (CANOTILHO, 1993).

Por tudo isto, o presente trabalho tem como objetivo analisar a história dos movimentos constitucionais e as suas influências no panorama constitucional contemporâneo ao qual gerou o neoconstitucionalismo.

## **2. DESENVOLVIMENTO**

### **2.1 CONSTITUCIONALISMO ANTIGO**

O movimento não racional de limitação do poder absoluto dos governantes nasce com o povo hebreu por meio do direito natural, ao qual entendia que as leis divinas obrigavam a todos, inclusive os governantes, sob pena de em caso de sua violação, haveria como consequência a ira de Deus, como bem retratado por Ribeiro (2011):

“A base jurídica do povo hebreu se dá quase que completamente na *torah*, ou Pentateuco. Dentro da *torah* existem quase todas as prescrições que regem o direito na sociedade. Os livros do Pentateuco que expõem as leis são: Levítico e Deuteronômio, porém no Êxodo encontra-se talvez a obra-prima do Direito Hebreu e que até hoje em dia é usada pela Igreja Apostólica Romana: o Decálogo, ou seja, os dez mandamentos bíblicos.

O corpo legislativo do Direito Hebreu se complementa com o *Talmud* e com os estatutos do Templo.

O *Talmud* era um conjunto de regras e mandamentos transmitidos oralmente que fora colocado escrito em um documento. Há uma corrente teórica que afirma que Moisés não recebeu somente a tábua dos Dez Mandamentos no monte Sinai. Acredita-se que além do Decálogo, Moisés havia recebido de Deus, “a lei falada”. No início era proibido escrever a “lei falada”, pois deveria se adaptar a “lei falada” em todas as condições reais da vida em diferentes lugares e épocas. Acontece que depois da dispersão do povo judeu mundo afora, surgiu o medo que a lei se perdesse. Houve então um consenso em registrá-la por escrito em livros sagrados. Talmude, assim sua inscrição em português, significa “estudo”. O talmude possui leis, regras, preceitos morais, comentários e opiniões legais, como também inscrições históricas e lendas em seu conteúdo. Atualmente o Talmude é usado nas sinagogas como

instrumento do Rabino para orientar os seus fiéis em situações concretas.” (RIBEIRO, 2011).

Neste contexto, também se mostrou como limitação do poder dos governantes o constitucionalismo Grego e Romano. Os Gregos, com a semente da democracia atual com o uso do voto direto, bem como, se tem o nascimento inicial do que mais iria se chamar de Supremacia da Constituição, ao entender que existem duas espécies de normas, as *psefismas*, que deveria guardar correspondência com as normas supremas – *nomoi* – formando assim a politeia, como bem analisa Aristóteles (1988) *apud* Fernandes (2017, p. 30).

“Aristóteles, em *A Política*, afirma ser a Constituição (politeia) o modo de ser da polis. Nesses termos a mesma seria a “totalidade da estrutura social da comunidade, ao qual compreende a politeia grega como um instrumento conceituai que busca definir uma forma de governo adequada à realidade do século IV, ao mesmo tempo que reforce a unidade da *polis*, dissolvendo as crises que se insurgem. Por isso mesmo, uma tradução, para nossos tempos, como sinônimo de “Constituição” não é apenas correto, mas apropriado do ponto de vista hermenêutico”. (FERNANDES, 2017, p. 30).

Entretanto, o sistema de freios e contrapesos da República Romana, se perfaz ímpar na comprovação da necessidade da limitação do poder do soberano – consul - por uma coletividade (senado) em prol da sociedade romana, conforme a impar explicação por Bernardes & Ferreira (2015, p. 56-57).

“Nessa segunda fase do constitucionalismo antigo, ressalte-se ainda o período republicano do Império Romano Até a ascensão de Júlio César ao cargo de ditador vitalício, a organização estatal republicana de Roma configurava sistema político dotado de complexos dispositivos de freios e contrapesos para dividir e limitar o poder político Havia controles internos, como a estrutura colegiada das magistraturas superiores, a estipulação de mandato anual para os cargos e a proibição de reeleição imediata. Além disso, acoplavam-se eficientes controles externos (interórgãos), tal qual a participação do Senado na nomeação dos funcionários públicos, e avançada previsão de governo para tempos de crises, mediante a institucionalização de uma espécie de

ditadura constitucional com determinados fins e por períodos limitados.” (Bernardes & Ferreira, 2015, p. 56-57).

## 2.2 MOVIMENTO CONSTITUCIONAL INGLÊS (HISTORICISTA)

O constitucionalismo nasce na Inglaterra, com a carta de coroação de Henrique I, ao qual o próprio Rei Henrique I lançou direitos de liberdades e garantias para o cidadão no ano de 1100, contudo, devido o seu caráter de mera liberalidade sem efeitos vinculantes ao próprio Rei, se fez necessário o nascimento da famosa carta de domínio realizada entre o Rei “João sem terra” e os barões do reino da Inglaterra, mais conhecida como a *Carta Magna*, de 1215, ao qual entrou em vigor apenas em 1225. Sendo esta a primeira Lei em que o próprio Rei limita seu poder.

Aqui se perfaz o germe do constitucionalismo ocidental, pois nasce os institutos constitucionais, como o dever de tributação somente com prévia representação, com o princípio do devido processo legal, o tribunal do júri, o princípio da legalidade, entre outros princípios que impulsionaram toda a história constitucional das modernas constituições.

Entretanto, com a Revolução Gloriosa de 1688 e 1689, nasce a Declaração de Direitos de 1689, o chamado Bill of Rights, estatuto jurídico este elaborado pelo parlamento inglês, formado após a fuga de Jaime II diante da chegada das tropas de Guilherme III em território britânico como condição para assumir o trono da Inglaterra.

Tratar-se-ia da criação do primeiro documento legal parlamentar na história constitucional, ao qual nasce as ideias de supremacia do parlamento sobre o poder do Rei, e por óbvio, a divisão do poder entre o Rei e o Parlamento.

No magistério de Canotilho (1993), este chamará de “cristalizações jurídico-constitucionais” do movimento do constitucionalismo de viés inglês, que passaram a fazer parte do património criador (formador) do modelo ocidental de Constituição. Sendo as mesmas:

“1º) a noção de que a liberdade estaria radicada subjetivamente como liberdade pessoal de todos os ingleses e como segurança das pessoas e dos bens de que se é proprietário no sentido Indicado pelo art. 39 da Magna Carta; 2º) a garantia da liberdade e da segurança jurídica impôs a criação de um processo justo regulado por lei (*due process of law*), no qual se estabeleceria as regras disciplinadoras da privação da liberdade e da propriedade; 3º) as leis do país (*laws of the*

/aná} reguladoras das tutelas das liberdades são dinamicamente interpretadas e reveladas pelos juízes - e não pelo legislador - que assim vão consubstanciando o chamado direito comum (*common law*) de todos os ingleses; e 4º) a partir, sobretudo, da Revolução Gloriosa (1688-89) ganha (adquire) estatuto constitucional a ideia de representação e soberania parlamentar indispensável à estruturação de um governo moderado. O poder deixa de ser concentrado nas mãos do monarca e passa a ser de forma mista perfilhado por outros órgãos do governo (conjunção: Rei – parlamento com a supremacia deste). Nesses termos (apesar de alguns resquícios medievais só vencidos posteriormente com as revoluções francesa e americana), a intitulada soberania do parlamento na Inglaterra do século XVII exprimirá (também) a ideia de que o poder supremo deveria exercer-se através da forma da lei do parlamento. Essa ideia estará *na* gênese de um princípio básico do constitucionalismo: *the rule of law*." (CANOTILHO, 1993).

Como também elucida Bernardes & Ferreira (2015, p. 54), em evidência:

Consolida-se no mesmo país durante o século XVII, em decorrência do *Petition of Rights* (1628) e dos sistemas políticos implantados após a Revolução Puritana (1648) e a Revolução Gloriosa (1688), com grandes repercussões nas colônias inglesas. Não obstante outros documentos significativos, como as *Fundamental Orders of Connecticut* (América do Norte, 1639) e o *Agreement of the People* (Inglaterra, 1647), deve-se também a esse período aquilo que a melhor doutrina considera a primeira constituição escrita: o *Instrument of Government*, assinado por Oliver Cromwell em 1654, no breve período republicano inglês.

### 2.3 CONSTITUCIONALISMO AMERICANO (ESTADUALISMO)

Nasce no constitucionalismo americano a primeira Constituição escrita, como entende a majoritária doutrina, no ano de 1787, entretanto, seus precursores foram o Pacto de Mayflower de 1620, que tratava dos peregrinos que cruzavam o atlântico; a Declaração do Bom Povo da Virgínia, no ano de 1776; a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, em 1776; e por fim, o Bill of Rights, em 1791 com suas 10 emendas.

A necessidade das constituições escritas emergiu com os norte-americanos, sendo o nascimento do termo Constituição, o surgimento da democracia dual, marcado pela distinção entre as decisões raras do povo e as decisões cotidianas dos governantes, bem como emerge as teorias da proteção à tirania da maioria, além da supremacia da constituição, presidencialismo e federalismo.

Como bem tratado por Tavares (2020).

“A valorização do documento constitucional escrito toma substância nesta nova fase, denominada constitucionalismo moderno, que tem seu desencadeamento determinado pela criação das constituições dos Estados americanos, pela edição da Constituição norte-americana de 1787 e pela Revolução Francesa, em 1789.

A Constituição escrita, de outra parte, em sua origem, como se nota, teve cunho acentuadamente revolucionário, tanto por força do processo desencadeado nos Estados Unidos como também pela ocorrência na França. Essa nota acaba por se projetar como uma das grandes características das Constituições, que é o rompimento com a ordem jurídica até então vigente.

Tal prática tomou posto nos Estados Unidos da América do Norte quando, diante da independência das Treze Colônias, o Congresso de Filadélfia, em 15 de maio de 1776, propôs aos Estados federados a formulação de suas próprias constituições. A edição de tais diplomas representou o início do sistema de constituições escritas, que é até hoje uma tendência amplamente praticada. Vale lembrar, com NICOLA MATTEUCCI, neste passo, as decisões das cortes judiciais inglesas no século XVII, quando proclamaram a superioridade das leis fundamentais sobre as do Parlamento.

No território americano foram proclamadas, ainda, as *Fundamental Orders of Connecticut*, de 1639, o mais antigo de uma série de documentos (*convenants*) entre os colonos, e que já contêm a ideia de ordenação da sociedade política. Costuma-se indicar o *Agreement of the People* (1647-1649) como a primeira tentativa de Constituição escrita. Já o *Instrument of Government* é apontado como a primeira



efetiva Constituição escrita, embora já com o cunho autoritário da época.” (TAVARES, 2020).

## 2.4 CONSTITUCIONALISMO FRANCÊS (INDIVIDUALISMO)

O constitucionalismo francês, emerge do iluminismo, influenciados pelas teorias de Montesquieu com a separação de poderes, o *supreme power* de Looke e o do contrato social democrático de Rousseau.

Em que pese não ter sido a primeira Constituição, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e a Constituição Francesa de 1791 ganham força mundial com o ideal constitucional à partir da queda da Bastilha, sendo agora o objetivo de todos os povos ocidentais o constitucionalismo como direito do povo à revolução, com as características do intelectualismos, universalismo e individualismo.

O constitucionalismo francês promove o fim dos estamentos, busca a igualdade perante a lei, a necessidade de leis postas para atuação legítima dos governantes, logo, provoca o nascimento de novas categorias políticas com as palavras de ordem, como Estado, Nação, Poder Constituinte, Soberania Nacional, e as Constituições Escritas, ao qual, ficou marcado na história o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”, como bem destacado por Lenza (2020, p. 66):

“Dois são os marcos históricos e formais do constitucionalismo moderno: a Constituição norte-americana de 1787 e a francesa de 1791 (que teve como preâmbulo a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789), movimento este deflagrado durante o Iluminismo e concretizado como uma contraposição ao absolutismo reinante, por meio do qual se elegeu o povo como o titular legítimo do poder.

Podemos destacar, nesse primeiro momento, na concepção do constitucionalismo liberal, marcado pelo liberalismo clássico, os seguintes valores: individualismo, absentismo estatal, valorização da propriedade privada e proteção do indivíduo. Essa perspectiva, para se ter um exemplo, influenciou profundamente as Constituições brasileiras de 1824 e 1891.” (LENZA, 2020, p. 66).

## 2.1 CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Com os movimentos constitucionalistas inglês, norte americano e francês, o constitucionalismo ocidental é marcado por direitos individuais – civis e políticos –, baseado na igualdade formal e no dever dos governantes em cumprir as normas constitucionais nascidas pelo poder do povo, ao qual provocou, para o constitucionalismo ocidental o surgimento da doutrina Marshall, marcada pela superação da doutrina da Supremacia do Parlamento para a supremacia da Constituição, ao qual concebe ao poder judiciário a última palavra sobre a vontade constitucional, como bem salienta Fernandes (2017, p. 37), assim vejamos:

“Portanto, do caso Marbury x Madison podemos retirar duas digressões que, até hoje, são atuais na Teoria da Constituição e que vão nos ajudar a entender a Constituição Formal desde então: 1) A Constituição prevalece sobre todo o ordenamento ordinário, mesmo o posterior a ela, porque dotada de supralegalidade (doutrina da supremacia da Constituição); e 2) Se a Constituição prevalece e não sucumbe às normas ordinárias contrárias a ela, os ataques (as infringências) serão defendidos, em regra, na maioria dos países, pelo Poder Judiciário. (doutrina do controle de constitucionalidade das leis).” (FERNANDES, 2017, p. 37).

Bem como, fez surgir a doutrina da Constituição dirigente, que é voltada ao dever dos governantes em efetivar a vontade constitucional, fazendo dos cidadãos, clientes dos poderes, que devem ter obrigações prestacionais de programas públicos para a promoção de uma sociedade igual em plenitude de direitos.

Neste contexto, nos ensina Lenza (2020, p. 67):

“Fala-se em “totalitarismo constitucional” na medida em que os textos sedimentam um importante conteúdo social, estabelecendo normas programáticas (metas a serem atingidas pelo Estado, programas de governo) e realçando o sentido de Constituição dirigente defendido por Canotilho.

Contudo, partindo dessa concepção de normas programáticas, André Ramos Tavares, apoiado no pensamento de Dromi, enaltece o constitucionalismo da verdade e, assim, em relação às normas programáticas, identifica duas categorias: “normas que jamais passam de programáticas e são praticamente inalcançáveis pela maioria dos Estados”; “normas que não são implementadas por simples falta de motivação política dos

administradores e governantes responsáveis””. (LENZA, 2020, p. 67).

Desta forma, vem a surgir o neoconstitucionalismo como novo panorama que aprimora o constitucionalismo moderno para ruir com o positivismo jurídico marcado pelo dogma da subsunção, pelo qual entende o direito e a norma como sinônimos, compreendendo o mesmo como estável, completo e fechado, sendo o formalismo jurídico fonte única do Direito.

Para compreender o direito neoconstitucional cita-se Barroso (2007):

"o neoconstitucionalismo, portanto, a partir (1) da compreensão da Constituição como norma jurídica fundamental, dotada de supremacia, (2) da incorporação nos textos constitucionais contemporâneos de valores e opções políticas fundamentais, notadamente associados à promoção da dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais e do bem-estar social, assim como diversos temas do direito infraconstitucional e (3) da eficácia expansiva dos valores constitucionais que se irradiam por todo o sistema jurídico, condicionando a interpretação e aplicação do direito infraconstitucional à realização e concretização dos programas constitucionais necessários a garantir as condições de existência mínima e digna das pessoas - deu início, na Europa com a Constituição da Alemanha de 1949, e no Brasil a partir da Constituição de 1988, ao fenômeno da constitucionalização do direito a exigir uma leitura constitucional de todos os ramos da ciência jurídica". (BARROSO, 2007).

### **3. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Pode-se conceber a origem do neoconstitucionalismo como produto da banalização do direito positivo, que possibilitou a exploração do homem pelo próprio homem, bem como, pela rebeldia do legislador em não permitir ser instrumento de efetivação da Constituição, ao qual criou o campo fértil para o neoconstitucionalismo, que se propõe a promover a constitucionalização do direito, com a irradiação dos direitos fundamentais por todo o ordenamento jurídico, em busca de uma efetividade dos direitos fundamentais, por meio de uma interpretação axiológica da Constituição, promovida por todos os poderes, mas com a última palavra sendo do poder judiciário.

Os princípios constitucionais deixam de serem meros anseios populares, para possuírem força normativa, ao qual todo intérprete deve condicionar a interpretação e a aplicação do direito, rejeitando qualquer ideia que pretenda entender o sistema jurídico como um conjunto de normas fechado e completo em si, em aceitação ao monismo jurídico.

A reaproximação entre o direito e a moral, a judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário emerge o direito legítimo, do povo e para o povo, contrariando a ideia do estado legal, em que o justo é a aplicar a lei. Então, o neoconstitucionalismo tem como dogma maior o Estado Constitucional Democrático de Direito.

#### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES, A política. 2. ed. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1988. [Clássicos da Filosofia] in FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Juspodivm, 9ª edição, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007, 206-216 p.

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Ed. Juspodivm, 5ª ed., 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6ª. ed., ver. Coimbra: Almedina, 1993, p. 227.

\_\_\_\_\_. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em: < [http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf) >. Acessado em 09 jun. 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Ed. Juspodivm, 9ª ed., 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado 2020**. Ed. Saraiva Jur, 24ª edição, 2020, 1576 p.

RIBEIRO, Roberto Victor Pereira. **Direito Hebraico**. JurisWay, 2011. Disponível em: < [https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=6345](https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6345) >. Acessado em 09. Jun. 2020.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 18<sup>a</sup>. ed., 2020.

## **A RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO DO ESTADO DO TOCANTINS**

**HÉRCULES RODRIGO PEREIRA CARVALHO DIAS:**

Acadêmico de Direito no Centro Universitário Católica do Tocantins (Unicatólica) e Funcionário Público.

**IGOR DE ANDRADE BARBOSA[1]**

**(orientador)**

**RESUMO:** O presente trabalho científico tem como propósito fazer um breve relato da origem e evolução da pena de prisão. Evidenciar a real situação do sistema penitenciário no Brasil, uma vez que se tornou um tema de grande relevância em toda a sociedade. Mostrará a evolução do sistema prisional na região norte do Brasil, com foco no Estado do Tocantins. Pretende-se vislumbrar como o Estado do Amazonas, que é o Estado possuidor do sistema prisional mais deficiente da região norte do Brasil, busca saídas para a ressocialização do apenado, relatando também sobre a efetividade dos projetos de ressocialização no sistema prisional do Estado do Tocantins.

Serão apresentados projetos relevantes e ações tomadas pelo Estado do Tocantins em busca da ressocialização do apenado. Assim sendo, concluiremos que o objetivo das leis é a inserção do reeducando na sociedade através da ressocialização, todavia esse não é dever somente do estado, é um trabalho conjunto de todos, inclusive da sociedade e família do sentenciado. A metodologia empregada é a qualitativa, de natureza exploratória, empregando para tanto a pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial, permitindo o conhecimento do nosso sistema prisional no Estado do Tocantins.

**Palavra Chave:** 1. Pena de Prisão 2. Ressocialização 3. Sistema Prisional

**ABSTRACT:** The purpose of this scientific paper is to make a brief account of the origin and evolution of the prison sentence. To highlight the real situation of the penitentiary system in Brazil, since it has become a topic of great relevance throughout society. It will show the evolution of the prison system in the northern region of Brazil, focusing on the State of Tocantins. It is intended to envision how the State of Amazonas, which is the state with the most deficient prison system in the northern region of Brazil, seeks ways to re-socialize the inmate. Also reporting on the effectiveness of re-socialization projects in the Tocantins State prison system.



Relevant projects and actions taken by the State of Tocantins in search of re-socialization of the convict will be presented. Therefore, we will conclude that the objective of the laws is the insertion of the reeducated in society through resocialization, however this is not only the duty of the state, it is a joint work of all, including society and also the family of the convict. The methodology used is qualitative, exploratory in nature, using bibliographic, documentary and jurisprudential research, allowing the knowledge of our prison system in the State of Tocantins.

**Key word:** 1. Penalty of imprisonment 2. Resocialization 3. Prison system. **SUMÁRIO:** Introdução. 1. Evolução Histórica Das Penas. 1.1. Conceito e Origem da Pena. 1.2. A Pena no Brasil – Evolução Penal. 2. Origem do Sistema Penitenciário. 2.1. Breve Histórico do Sistema Prisional Brasileiro. 3. Ressocialização do Sentenciado no Mundo. 3.1. Nos Estados Unidos. 3.2. Na Rússia. 3.3. No Japão. 3.4. Na China. 3.5. Na Europa. 4. Intuito Da Ressocialização. 5. Sistema Prisional Na Região Norte Do Brasil. 5.1. Situação Prisional no Estado do Pará. 5.2. Situação Prisional no Estado de Amazonas. 5.2.1. Ressocialização no Estado de Amazonas. 6. População Carcerária Tocantinense. 6.1. Ressocialização no Tocantins. 6.2. Projetos de Ressocialização do Tocantins. 5. Conclusão. 6. Referências.

## **INTRODUÇÃO**

Com tal projeto tenciona-se mostrar que atualmente o quadro carcerário do Brasil vem sendo bastante discutido, sendo que muitos o descrevem como um sistema prisional falido pela junção de vários fatores que nele perduram. Ao analisar os principais fatores, tal como a superlotação, objetiva-se ver como o Estado do Tocantins busca possibilidades para que o sentenciado seja ressocializado.

De início será evidenciada a evolução histórica das penas, apresentando tanto conceito quanto origem. Em seguida, será abordada a evolução penal de prisão no Brasil, logo depois mostraremos o sistema penitenciário e sua origem.

Mais adiante, realizaremos um breve histórico do sistema de prisão do Brasil, da evolução do sistema de prisão do Estado do Tocantins.

Explanaremos sobre as principais dificuldades enfrentadas nas cadeias, onde o principal problema é a superlotação.

Falaremos logo em seguida sobre como os apenados são ressocializados e qual a importância do Estado nessa questão. Versando sobre o Estado do Tocantins, abordaremos ainda sobre projetos que auxiliam o preso quando esse adquire novamente o direito à liberdade.

Por derradeiro, concluímos questionando o que tem ocorrido com o sistema penitenciário em geral, sendo que existe intenção de ressocializar o apenado, todavia observamos que esta não é responsabilidade somente do Estado. A árdua missão de ressocializar também compete à sociedade e a família do apenado e requer ainda o interesse do próprio sentenciado.

## **1.EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PENAS**

Não há nenhuma comprovação que evidencie a origem do sistema punitivo na sociedade, todavia se acredita que seu surgimento se deu através da vingança.

### **1.1. CONCEITO E ORIGEM DA PENA**

O Vocábulo Pena tem sua origem do latim poena que, por sua vez, deriva do grego poine, que quer dizer: castigo, punição, sofrimento, padecimento, aflição; "Punição imposta pelo Estado ao delinquente ou contraventor, em processo judicial de instrução contraditória, por causa de crime ou contravenção que tenham cometido, com o fim de exemplá-los e evitar a prática de novas infrações". (Novo Dicionário Eletrônico Aurélio, V. 5.11<sup>a</sup>).

Juarez Tavares (EMPÓRIO DO DIREITO.COM, 2015) traça dois conceitos da seguinte vertente:

"Podem ser distinguidos dois conceitos de pena: a pena ficta, isto é, um valor numérico que representa, primariamente, a criminalização abstrata decorrente da avaliação discricionária do Poder Legislativo e, secundariamente, a medida de individualização da conduta realizada; e a pena real, qual seja, uma assimilação realista das (precárias) condições locais de cumprimento da privação de liberdade".

Nos primórdios da humanidade Adão e Eva foram expulsos do Jardim do Éden por terem errado, dando-nos a visão de que o ser humano é um ser com defeitos e que está sujeito as mais variadas sortes de erros e equívocos, sendo que alguns desses erros têm penas multiformes; "E a Adão disse: Porquanto deste ouvidos à voz de tua mulher, e comeste da árvore de que te ordenei, dizendo: Não comerás dela, maldita é a terra por causa de ti; com dor comerás dela todos os dias da tua vida." Gênesis capítulo 3, Versículo 17 (BIBLIA SHEDD, 1997).

O convívio social trouxe ao ser humano imensos embaraços resultantes das assimetrias de cada individuo, assim sendo o homem foi levado a procurar meios para equilibrar tais diferenças a fim de viverem em harmonia, pois passou a ter certa

preocupação com comportamentos considerados perigosos e agressivos para a sociedade. Deste conflito surge a pena, uma correção para o comportamento imprudente e indevido.

Na maioria das vezes, o condenado tinha sua vida ceifada. Séculos após séculos a punição foi tratada de forma desumana e cruel, sendo sua intenção causar sofrimento ao réu, com punições físicas por meio de amputações, decapitações, marcas em todo corpo. Todas as ações eram realizadas em público, tendo status de espetáculo, expondo o indivíduo vivo ou morto. Isto, quando não eram deixados em praças públicas para perecerem de fome.

Na transição do Século XVIII e XIX essas práticas foram sendo extintas. Salvo algumas exceções, as penas passam a ser menos rigorosas fisicamente, se destacando assim, a pena restritiva de liberdade.

De acordo com Foucault, (1999, p.13e-Book):

“A punição pouco a pouco deixou de ser uma cena. E tudo o que pudesse implicar de espetáculo desde então terá um cunho negativo; e como as funções da cerimônia penal deixavam pouco a pouco de ser compreendidas, ficou a suspeita de que tal rito que dava um ‘fecho’ ao crime mantinha com ele afinidades espúrias: igualando-o, ou mesmo ultrapassando-o em selvageria, acostumando os espectadores a uma ferocidade de que todos queriam vê-los afastados, mostrando-lhes a frequência dos crimes, fazendo o carrasco se parecer com criminoso, os juízes aos assassinos, invertendo no último momento os papéis, fazendo do supliciado um objeto de piedade e de admiração”.

O assassinato que era visto como um crime horrível era apreciado por todos como um mero show sem nenhuma compaixão.

Com o tempo muitas mudanças ocorreram tanto na interpretação do que era crime quanto na forma de punição. Muitas práticas que outrora eram crimes passaram a não ser nomeadas como tal, em destaque aos atos que diziam respeito à religião.

Com a promulgação de leis, os crimes e delitos passaram a ser interpretados de acordo com o código, todavia a punição vai além, como destaca Foucault (1999, p.21 e-Book).

“A relativa estabilidade da lei obrigou um jogo de substituições sutis e rápidas. Sob o nome de crimes e delitos, são sempre julgados corretamente os objetos jurídicos definidos pelo Código. Porém julgam-se também as paixões, os instintos, as anomalias, as enfermidades, as inaptações, os efeitos de meio ambiente ou de hereditariedade. Punem-se as agressões, mas, por meio delas, as agressividades, as violações e, ao mesmo tempo, as perversões, os assassinatos que são, também, impulsos e desejos.”.

Enfim, compreende-se que a pena é uma forma de punir o indivíduo por um crime, devendo ser levado em consideração a proporção pela gravidade do delito. Assim sendo, deve-se levar em consideração o dano causado à vítima e qual o objetivo do criminoso ao executar o crime.

### **1.2.A PENA NO BRASIL - EVOLUÇÃO PENAL**

No livro “A Prisão” (2002, Publifolha), o advogado criminalista e articulista do Jornal Folha de São Paulo, Dr. Luis Francisco Carvalho Filho, escancara a realidade de como funciona o sistema prisional no Brasil, buscando um entendimento para a pena de prisão e sua evolução. No ano de 1769 a Carta Régia do Brasil determinou que fosse construído a primeira prisão brasileira, famosamente conhecida como casa de correção do Rio de Janeiro, posteriormente passando a ser conhecida como Complexo Frei Caneca. Luís Fernando (2002, p.36), citando Russell Wood, relata que “cadeia muito boa e bem acabada, com casa de audiência e câmara em cima [...] tudo de pedra e barro, rebocadas de cal e telhadas com telha” era visto naquela época.

Entretanto, foram surgindo alguns problemas surgiram ao longo do tempo, exigindo soluções por parte dos governantes.

Em suas citações Carvalho Filho (2002, p. 37 e p. 43) aponta alguns autores;

Citando Richard Holloway, ressalta que “em 1829, uma comissão de inspeção nomeada pela Câmara Municipal afirmaria: “O aspecto dos presos nos faz tremer de horror”; eram 390 detentos, e cada um dispunha de uma área aproximada de 0,60 por 1,20 metros...”.

Apontando Salla, nos transmite que “um decreto de 1821”, ano anterior à Independência, firmado pelo príncipe regente d. Pedro, é marcado pelo início da aflição das autoridades com o estado das prisões do país: ninguém será “lançado” em “masmorra estreita, escura ou infecta “porque” a prisão deve só servir para guardar as pessoas e nunca para adoecê-las e flagelar”.

Por último, citando Campanhole, diz que “a Constituição de 1824” além de abolição de penas cruéis como açoites, marcas com ferros aquecidos e costumes punitivos ultrapassados, disciplinou, pelas ordenanças do Reinado Português, cadeias com certa segurança e higiene, havendo separação das casas levando em consideração o grau de periculosidade dos crimes.

Após vários séculos, em se tratando do sistema prisional do país, a mudança foi mínima, os detentos continuam sendo submetidos a uma situação deplorável, mesmo havendo certa preocupação com o ser humano.

Luis Carvalho Filho (2002, p. 10) ressalta que “as prisões brasileiras são insalubres, corrompidas, superlotadas, esquecidas. A maioria de seus habitantes não exerce o direito de defesa. Milhares de condenados cumprem pena em locais impróprios”.

Luis Carvalho Filho, em seu livro “A Prisão” (2002, p. 13) faz uma crítica, onde diz que a imagem que os outros países têm do Brasil é deteriorada a cada dia que passa pelo fato das condições que uma vida é sujeita nos presídios;

[...] A imagem do país no exterior se deteriora: entidades internacionais de defesa dos direitos humanos têm sistematicamente condenado as terríveis condições de vida dos presídios brasileiros. O sistema é visto como um rastilho de pólvora e fator de incentivo à violência. Não só pela desumanidade medieval que patrocina, mas pela absoluta ausência de interesse político em relação ao que acontece em seu interior.

Observa-se, o que a Constituição de 1824 estabelecia, até hoje não é cumprido, tendo em vista o grau de precariedade das condições físicas de grande parte das prisões do Brasil. Seria excelente se acontecesse a separação dos detentos pela diferenciação dos crimes, todavia não condiz com a realidade, pois atualmente há detentos já condenados, dividindo a mesma cela com indivíduos que aguardam julgamento.

Luis Carvalho Filho (2002, p. 43), apontando Fragoso, afirma que, “a ordem de separação nunca foi obedecida pelas autoridades brasileiras, e as diferenças práticas entre reclusão e detenção desapareceriam com o tempo, permanecendo válidas apenas as de caráter processual”.

## **2. ORIGEM DO SISTEMA PENITENCIÁRIO**

Até meados do séc. XVIII, o intuito da prisão era de tão somente impedir que o acusado fugisse, visto que a pena excedia a privação da liberdade, sendo os acusados submetidos a penas cruéis e torturados, conforme aponta Carvalho Filho (2002, p. 21) "O encarceramento era um meio, não era o fim da punição".

Após o Séc. XVIII, a ideologia prisional se reajusta e se torna a essência de um sistema de punição, conforme preconiza Carvalho Filho (2002, p. 21) "[...] A finalidade do encarceramento passa a ser isolar e recuperar o infrator".

## **2.1. BREVE HISTÓRICO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

Comissões formadas de "cidadãos probos" realizaram diversas visitas na cadeia de São Paulo, entre 1829 e 1841, deixando transparecer a pior percepção possível. De acordo com o relatório de 1831, era "estreita", "imunda", com o "ar infectado", "pestilenta"; os detentos eram "tratados com a última desumanidade" (2007, p. 50).

Foram inaugurados, entre 1850 e 1852, dois estabelecimentos, um no Rio de Janeiro e outro em São Paulo, denominadas Casas de Correção, simbolizando a inserção do país na era da modernidade punitiva (2002, p. 38): celas individuais, pátios, contando também com oficinas de trabalho.

Atualmente, o sistema de prisão no Brasil tem mostrado números maiores de detentos do que o de vagas. De acordo com o Monitor da Violência (um projeto com parceria entre o G1, o Núcleo de Estudos da Violência da USP e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública), são aproximadamente 700 mil presos só em regime fechado, entretanto a capacidade dos presídios é de 415 mil. O Brasil ocupa o 4º (quarto) lugar no ranking de população carcerária do mundo, perdendo apenas para os Estados Unidos da América, China e Rússia, sendo tal população composta por pessoas negras, pobres, jovens, com ensino fundamental incompleto, tendo em sua grande maioria cometido crimes contra o patrimônio (roubos e furtos) e porte ou tráfico de drogas (G1, 2019).

Diante do quadro caótico exposto, caracterizado sobretudo pelo déficit de espaço e da deficiência na estrutura prisional, evidencia-se a necessidade do Estado exercer as normas determinadas na LEP (Lei nº. 7.210/1984) à inteligência do Artigo 10:

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.



Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Assim, à luz do artigo acima, é obrigação do Estado resguardar os direitos instituídos pela Lei de Execução Penal, no que diz respeito à superação do quadro de violação de direitos e aviltamento da dignidade da vida. O sistema de prisão deve garantir condições que resguardem o princípio da dignidade humana, princípio este, constitucional.

### **3.RESSOCIALIZAÇÃO DO SENTENCIADO NO MUNDO**

#### **3.1. NOS ESTADOS UNIDOS**

A política legitimada é de comportamento rígido ao extremo e para o atendimento das demandas de vagas são construídos presídios. Desta feita, os delitos foram contidos, entretanto o custeio exorbitante fora inevitável. Os Estados Unidos tinham aproximadamente 5% da população mundial e 25% da população prisional, refletindo em 0,8% da população estadunidense presa, isso já no final do ano de 2007. Os EUA criaram uma imensa frente de trabalho, utilizando mão de obra de presos, condicionados quase à condição de escravos, além do rigor no interior prisional. A despeito do regime rígido das prisões estadunidenses, inexistem projetos efetivos de ressocialização, causando índice de reincidência muito alto. (Wacquant, Loïc. Punir os pobres. 2º Edição, Nalayne Pinto. dados do Ministério da Justiça).

#### **3.2. NA RUSSIA**

Aproxima-se dos EUA, é um país industrializado tendo 627 prisioneiros para cada 100 mil habitantes. A política prisional russa pouco se preocupa com a reintegração e o zelo pelos direitos humanos dos presos. (POLITIZE, 2017)

#### **3.3. NO JAPÃO**

Conforme ressalta o Diretor do Instituto de Pesquisa de Criminalidade do Ministério da Justiça, Yutaka Nagashima, aos olhos do ocidente, o sistema carcerário japonês se mostra uma completa desumanidade. Em contrapartida da maioria dos sistemas de prisão espalhados pelo mundo, que prezam pela reintegração e ressocialização do apenado, tornando-se apto a viver em sociedade, no Japão o intuito primordial é levar o condenado a se arrepender. O preso perde sua honra a partir do momento que erra. Logo após sua chegada, o preso tem as informações do que pode e do que não pode fazer, uma lista de rigidez extrema, composta por varias proibições. Uma delas é olhar o guarda nos olhos. É defeso também a conversa durante as refeições. Ainda no que tange à alimentação, o preso deve permanecer de olhos fechados até o momento que receba o comando para abri-los. O fumo é

terminantemente proibido. Os detentos ficam enclausurados com no máximo 6 detentos em cada cela. Para os estrangeiros é reservado o quarto individual. Todos trabalham, a ninguém é permitido ficar ocioso. O dia para o preso tem início às 6h50min e fim às 20h e apenas 40 minutos de almoço. Em nenhum momento é permitido a conversação, nem mesmo durante o almoço. Tomam banho apenas 2 vezes na semana durante o verão. Para se limparem nos demais dias, os presos usam toalha molhada. O detento é levado para solitária caso haja algum ato indisciplinar. Se reincidente, o detento tem os braços presos às costas, impedindo seus movimentos mais básicos. Assim, o detento é obrigado a se alimentar igual a um cão, comendo em uma tigela. Não consegue fazer suas necessidades fisiológicas, tendo em vista que suas mãos não estão livres.

### **3.4. NA CHINA**

Um país que não possui critérios no que tange a executividade penal de prisão e da conhecida ausência de instrumentalização que garantam os Direitos fundamentais ao indivíduo. No ano de 2007, com 1,3 bilhões de habitantes, conseguia possuir menos presos que os Estados Unidos e muito menos que o Brasil, conseqüentemente falando. Todavia, em 2018 os números de presos já se mostravam diferente, tendo a China (1,6 milhão) liderando o ranking de pais que mais aprisiona.

### **3.5. NA EUROPA**

Uma pesquisa feita pelo Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Católica do Estado do Goiás, revelou que ao chegar na prisão, os presos dos países europeus mais desenvolvidos são informados sobre seus direitos e deveres, sendo submetidos a exames médicos e, detectando alguma doença mental ou física é rapidamente encaminhado para tratamento. Recebe ainda a vestimenta que utilizará na prisão.

No intuito de evitar contato com os demais internos, os presos são instalados em celas individuais, sendo separados por faixa etária, estado de saúde e grau de perigo.

No caso de celas para duplas, aquele que apresentar indisciplina certamente será confinado em solitária, medida tomada com o intuito de evitar influência comportamental aos outros presos.

Não aceitando discriminações racial, religiosa ou de ordem social, possuindo uma ideologia bem estruturada de ressocialização. Em busca da ocupação inteligente, todas e quaisquer atividades são criadas por uma equipe médico-social.

De acordo com o temperamento de cada detento, o ensino é levado em consideração, podendo ainda aprender vários tipos de funções e profissões, tais como tipografia, elétrica, mecânica e tantas outras.

No que diz respeito aos aspectos religiosos e morais, o serviço pastoral fica à disposição de todos.

O trabalho é considerado ponto fundamental para a regeneração do detento, por isso se tem tanta preocupação com tal aspecto. Assim como no Brasil, há, contudo grande relutância por parte de muitos empresários na contratação de tais indivíduos. Parte dos empresários ajuda na reinserção, como exemplo a Suíça, que é um dos países que ótimos resultados na ressocialização. No que diz respeito ao sistema prisional, é difícil comparar o Brasil com a Suíça, por exemplo, levando em consideração o tamanho da sua população e, sobretudo a extrema diferença no nível cultural.

No lugar das prisões convencionais, a Suíça possui diversas fazendas, utilizadas para produção agrícola e criação de animais, sendo uma parte da produção para atender restaurantes e outra reservada para consumo próprio dos que trabalham no estabelecimento. No que tange aos padrões de higiene, a cozinha e alimentação são consideradas excelentes. Apesar da não obrigatoriedade do trabalho, o detento normalmente opta por alguma atividade dos mais diversos ofícios que tem a disposição. Os presos visitam bibliotecas, tendo a opção da graduação por correspondência. Ademais, é de responsabilidade dos detentos a manutenção predial.

#### **4. INTUITO DA RESSOCIALIZAÇÃO**

Ressocialização, reinserção, recuperação, reeducação social e reabilitação como um todo são sinônimos ao ajuntamento de atributos que possibilita o indivíduo tornar-se útil aos seus familiares, a sociedade e a si mesmo.

Objetiva-se com a reeducação social a humanização no prazo do qual o detento permanece na instituição carcerária, procurando estabelecer uma orientação humanista colocando a pessoa que transgrediu uma determinada norma como centro de reflexão científica.

De acordo com o pensamento de Renato Marcão:

A execução da pena deve objetivar a integração do indivíduo na sociedade, levando em consideração a teoria mista ou eclética, tendo como pilar não só a

prevenção, mas também a humanização. “Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar”. (2015, p. 32).

## **5.SISTEMA PRISIONAL NA REGIÃO NORTE DO BRASIL**

Como já fora analisado, a situação do sistema prisional no Brasil está com sérios problemas e a maior delas é a superlotação. O Brasil tem superlotação carcerária de 166% e 1,5 mil mortes em presídios, segundo dados levantado pelo Ministério Público no ano de 2019(CONJUR, 2019).

A região norte do Brasil lidera o Ranking de regiões com maior população carcerária, com taxa de 200%. Em contraponto, a região com a menor taxa é a Sul, com 130% (CONJUR, 2019).

Levando em consideração somente os detentos do sexo feminino, a situação é menos drástica. A superlotação fica em 109%. No total são aproximadamente 36.000 (trinta e seis mil) mulheres presas no Brasil. Quando considerado somente os homens, a taxa sobe para 170% (CONJUR, 2019).

### **5.1 SITUAÇÃO PRISIONAL NO ESTADO DO PARÁ**

Como em outros estados, no Pará as prisões estão superlotadas e em estado degradante. De acordo com os dados fornecidos pela Infopen, do DPN (Departamento Penitenciário Nacional), as cadeias do Pará tinham uma taxa de ocupação de 167%. Segundo os derradeiros dados oficiais fornecidos pelo governo federal, no ano de 2016, o Pará tinha 14.212 presos, todavia apenas 8489 vagas. Desta totalidade, 48,3% eram presos em situação provisória, ou seja, presos que até o momento não haviam sido julgados. (G1, 2019)

No Presídio de Altamira houve, em 29 de Julho de 2019, massacre no qual presos da facção Comando Classe A deixaram o bloco A rumo ao setor conhecido como Anexo, onde estavam presos do Comando Vermelho, atacaram-nos e atearam fogo no local. Isto resultou em 57 mortos, dos quais 41 foram asfixiados e 16 decapitados com armas artesanais. O Presídio de Altamira teve sua classificação como “péssima” em um relatório do CNJ. O juiz responsável pela vistoria relatou que ele tem capacidade para 163 presos, todavia no momento do ocorrido massacre, contava com 343 detentos. (G1, 2019)

Segundo Edson Ramos, professor do programa de pós-graduação em Segurança Pública da Universidade Federal do Pará: (G1, 2019)

"Os presídios do Pará, como no resto do país, são precárias e superlotadas. Nessas cadeias, presos perigosos ficam misturados com presos de menores potencial ofensivo."

Acrescentou:

"Você coloca dentro de uma mesma cela um cara que praticou um pequeno furto com grandes líderes de redes criminosas. Então, esse recrutamento (de novos filiados para as facções) fica muito fácil."

## 5.2 SITUAÇÃO PRISIONAL NO ESTADO DE AMAZONAS

O Estado do Amazonas chegou a encabeçar a lista de estado mais superlotado do país no ano de 2017, voltando a ter um aumento significativo em 2020. De acordo com os dados, a superlotação atingiu a porcentagem de 171,4% nos presídios espalhados pelo Estado. (G1, 2020)

Presentemente, a quantidade de presos é de 9.522. Em contrapartida, a quantidade de vagas é de 3.508. Em 2017, quando figurou como o estado mais superlotado da nação, tinha 8.970 detentos e somente 3.727 vagas. (G1, 2020)

No estado em comento, há 1,1 mil presos somente em delegacias. Tais presos estão nesses locais devido à falta de unidades prisionais na grande maioria dos municípios no Estado do Amazonas. Felizmente, tais números vêm caindo. Acredita-se que em breve todos migrem para o sistema penitenciário.

Presume-se que o aumento de presos nos últimos anos deve-se ao sucesso da política criminal no que tange ao combate ao tráfico de entorpecentes, como se pode observar na entrevista da Defensoria Pública do Amazonas ao G1.COM:

"decorre da rígida política criminal de repressão ao tráfico de drogas, pois mesmo os pequenos traficantes, que não oferecem risco real à segurança pública, são presos provisoriamente, em regime equivalente ao fechado, quase que de forma automática, sem uma análise concreta da possibilidade de utilização das medidas cautelares diversas da prisão".

A Defensoria Pública do Amazonas afirma também que outro motivo da superlotação é a falta de sistema penitenciário no interior do estado:

“Por isso, atualmente 520 presos do interior foram transferidos para a capital, sendo que esses presos acabam sendo ‘esquecidos’ pelo juízo da comarca de origem.”.

### 5.2.1 RESSOCIALIZAÇÃO NO ESTADO DO AMAZONAS

No ano de 2019 o sistema penitenciário no Amazonas registrou uma melhora significativa na quantidade de adesões aos programas de ressocialização, de acordo com os dados da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária (SEAP). No início do ano em comento, o número de internos que faziam a remição de suas penas através do trabalho eram de apenas 20; ao longo de 12 meses, saltou para cerca de 1,1 mil a quantidade de adeptos aos programas de remição da pena pelo trabalho, estudos e/ou leituras, programas estes que são disponibilizados nas unidades prisionais do estado. (SEAP, 2020).

Com o intuito de promover a ressocialização da massa penitenciária e a reinserção dos reeducandos na sociedade, a SEAP criou os projetos “Trabalhando a Liberdade” e “Conhecimento que liberta”.

A educação de Pessoas Privadas de Liberdade (PPLs) no ano de 2019 destacou um saldo de 580 inscritos, 209 alunos a mais, se comparado ao ano de 2018. Tendo como metodologia o EJA, desde a alfabetização até o ensino médio.

Diversos cursos profissionalizantes foram promovidos pela SEAP para os apenados do regime fechado e egressos do sistema carcerário. Onde aprendem varias profissões e fazendo com que posteriormente possam exercê-las, dando aos detentos a chance de colocar em prática o conhecimento adquirido em sala de aula, além de aprenderem uma nova profissão, realizando assim, diferentes tarefas no interior dos presídios.

Entre em destaques, estão: elétrica, agrícola, roçagem, limpeza, manutenção de ar condicionado e padeiro, como afirma o coronel Vinicius Almeida, secretário da SEAP (SEAP, 2020):

“Todos recebem a capacitação necessária para a realização das atividades. Nós esperamos que os cursos sirvam de estímulo para começarem uma nova vida fora do cárcere.”

O trabalho dos detentos vai além das quatro paredes dos presídios. No ano de 2019, os presos serviram de mão de obra na reforma e manutenção de prédios e repartições públicas, projeto inédito na história do Amazonas, rendendo uma economia de 5 milhões ao Estado. (SEAP, 2020)



## **6. POPULAÇÃO CARCERÁRIA TOCANTINENSE**

De acordo com o levantamento de dados do Departamento Penitenciário Nacional, no ano de 2019, a população carcerária chegou a um total de 4.581 presos, todavia o total de vagas era de 2.823, demonstrando mais de 50% além da capacidade que a estrutura suporta, sendo 1.760 apenas de presos provisórios.

Para cada 100.000 (cem mil) habitantes, a taxa de prisões tem a representatividade de 226 presos, de acordo com a corregedoria do TJTO (Tribunal de Justiça do Tocantins) em 2016. De acordo com os números da INFOPEN do ano de 2016, eram 3.468 presos e apenas 1982 vagas, tendo como presídio de pesquisa a Casa de Prisão Provisória de Palmas (CPPP), tem a estrutura que deveria suportar apenas 260 detentos.

### **6.1. RESSOCIALIZAÇÃO NO TOCANTINS**

Alguns fatores dificultam a ressocialização no Estado do Tocantins, sendo a principal dificuldade a superlotação. Os presídios operam com 57,15% acima de sua capacidade, como mostra os dados da DEPEN. Após o cumprimento de suas penas, os presos estarão inseridos novamente na sociedade, porém não lhes é dado amparo de ressocialização. Uma vez que convivem somente com outros presos, as chances de reincidência é muito maior do que daqueles que ingressam no processo de ressocialização.

O Estado do Tocantins vem fazendo um trabalho árduo no que tange a ressocialização, tendo como evidência a educação. Neste sentido, em busca da efetividade, criou o Comitê Estadual de Educação em Prisões (COMEP), (tendo sua legalidade excluir) através da Portaria da SECIJU nº 262, (mais precisamente na excluir) datada de 13 de julho de 2016, cuja intenção é disponibilizar aos detentos uma educação básica, profissional, tecnológica e superior, inicialmente em 14 unidades de prisão.

Além da Educação, o Sistema Penitenciário do Tocantins trabalha com alguns projetos interessantes, como corte de cabelo; fabricação de tapetes; hortaliças; fabricação de roupas íntimas entre outras, tendo como bonificação ao detento a remição de sua pena. Ademais, abre leques para que o preso possa procurar meios de sustento fora da vida do crime. O benefício não abrange somente os detentos, mas à população, pois aos presídios é permitido que se tornem um ambiente para que o detento, ao sair, possa conviver em sociedade, tendo a criminalidade diminuída, tornando a cidade mais segura.

### **6.2 PROJETOS DE RESSOCIALIZAÇÃO DO TOCANTINS**

O Projeto ponto de leitura e cultura nas prisões tem como objetivo a arrecadação de livros literários, didáticos e paradidáticos que são remetidos para as unidades de prisão, com o intuito de ajudar na remição da pena dos reeducandos. Além disso, o projeto busca auxiliar na montagem de pequenas bibliotecas.

Arte que faz crescer é um projeto voltado à capacitação profissional do reeducando, por meio do artesanato e costura. Atendendo em maior número a população carcerária feminina, o projeto tem como meio de capacitação a produção de bonecas, bolsas, tapetes, chaveiros entre outros. Tal projeto conta com dois pontos de venda.

No projeto capacitação continuada são ofertados cursos profissionalizantes que geram renda, por meio da mão de obra do reeducando. Só no ano de 2018 o presente projeto capacitou 280 detentos no Estado do Tocantins.

O projeto revitalização e limpeza dos espaços públicos têm como objetivo contratar pessoas ligadas ao sistema penitenciário, para que os reeducandos consigam sua remição através do trabalho de limpeza e revitalização de espaços públicos.

Resgatando a cidadania é um projeto voltado a todos os regimes, exceto o fechado, tendo como objetivo a força tarefa de empresas privadas, órgãos públicos e ONG's, com o intuito de empregar e estabelecer mecanismos que auxiliem na reinserção social.

O projeto fermento da liberdade consiste em um curso profissionalizante de padeiro com 180 horas de carga horária, variando entre aulas teóricas e práticas. Seu desenvolvimento se deu pela empresa Pão Quentinho e Embrasil Serviços, que disponibilizam a instrutora para o curso. Os pães produzidos no curso são para o consumo dos próprios presos.

Rompendo limites rumo à universidade é um Projeto de extensão da Universidade Federal do Tocantins (UFT) é um projeto executado na unidade de prisão de Porto Nacional, onde preparam os reeducandos para provas como ENEM e ENCCEJA.

O projeto canto coral foi desenvolvido em uma parceria com uma servidora e Defensoria Pública do Estado (DPE) e consiste em aulas de cantos para as detentas.

O projeto pintando a vida consiste no ensino de pintura em tecido aos adolescentes do Centro de Internação Provisória de Gurupi (Ceip/Sul).

Projeto horta case palmas é uma horta orgânica que é cultivada no Centro de Atendimento Socioeducativo de Palmas (Case), ajudando os adolescentes a aprenderem mais sobre agricultura e gerando futuros empregos. Onde Socioeducandos comercializam hortaliças produzidas no Centro de Atendimento Socioeducativo de Palmas.

## CONCLUSÃO

Existem muitas ações e projetos que buscam, com suas aplicações, a ressocialização do detento, contudo os projetos que perduram são somente uma pequena fração do que realmente seria necessário para que os resultados fossem mais perceptíveis à sociedade de um modo geral.

Entende-se que a ressocialização é uma ferramenta poderosa para que o preso não volte a reincidir, constituindo-se, portanto em um bem não apenas para o indivíduo reeducado, mas também um bem para a sociedade em geral. O sistema de prisão no Tocantins está, todavia longe do objetivo de ressocializar de forma integral, mas não podemos desconsiderar a importância da ressocialização e seus benefícios, uma vez que se torna visível a baixa reincidência daqueles que estudam e profissionalizam-se.

## REFERÊNCIAS

FERREIRA ABH. **Novo Dicionário Eletrônico Aurélio. Versão 5.11<sup>a</sup>**. Curitiba, Ed.: Positivo informáticaLtda, 2004.

EMPÓRIO DO DIREITO.COM. **Parecer acerca da relação entre as condições concretas de funcionamento do sistema prisional e o alcance dos objetivos manifestos da pena, bem como sobre a viabilidade de o Poder Judiciário levar em conta tais condições nos momentos da fixação e execução das penas privativas de liberdade e medidas cautelares de prisão**. Brasília, 07 abr. 2015. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/juarez-tavares-diz-que-nao-se-pode-prender-no-brasil-falta-responsabilidade-do-estado-e-de-seus-magistrados/>. Acesso em: 16 set. 2016.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. São Paulo. Edição 20<sup>a</sup>Ed.: Vozes, 1999.

LUIS FRANCISCO CARVALHO FILHO. **A prisão**. São Paulo, Ed.:Publifolha, 2002.

LOIC WACQUANT. **Punir os pobres**. Rio de Janeiro, Ed.: Revan, 2003.

SALLA, Fernando. **De Montoro a Lembo: as políticas penitenciárias em São Paulo**. São Paulo. Revista Brasileira de Segurança Pública 1, 2007.

GLOBO.COM. **Monitor da Violência mostra que superlotação nos presídios aumentou.** Rio de Janeiro, 26 abr. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/04/26/monitor-da-violencia-mostra-que-superlotacao-nos-presidios-aumentou.ghtml>. Acessado em: 31 mar. 2020.

BRASIL. **Lei de Execução Penal. Lei nº 7.210 de 11 de Julho de 1984.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acessado em 31 mar. 2020.

POLITIZE!. **Sistemas prisionais em outros países.** Disponível em: <https://www.politize.com.br/sistemas-penitenciarios-outros-paises/>. Acessado em 29 set. 2019.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal.** São Paulo, Ed.: Saraiva, 2015.

CONSULTOR JURIDICO. **Brasil tem superlotação carcerária de 166% e 1,5 mil mortes em presídios,** 22 ago. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-22/brasil-lotacao-carceraria-166-15-mil-mortes-presidios>. Acessado em 02 abr. 2020.

G1. **Por que há tantos massacres de presos no Norte e Nordeste do Brasil?** 30 Jul. 2019. Disponível em <https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2019/07/30/por-que-ha-tantos-massacres-de-presos-no-norte-e-nordeste-do-brasil.ghtml>. Acessado em 02 abr. 2020.

G1 MONITOR DE VIOLENCIA. **Raio X do Sistema Prisional em 2020,** 18 fev. 2020. Disponível em: [https://especiais.g1.globo.com/monitor-da-violencia/2020/raio-x-do-sistema-prisional/?\\_ga=2.205487123.2054701798.1586186730-612987809.1551796926](https://especiais.g1.globo.com/monitor-da-violencia/2020/raio-x-do-sistema-prisional/?_ga=2.205487123.2054701798.1586186730-612987809.1551796926). Acessado em 06 abr. 2020.

SEAP – AMAZONAS. **BALANÇO Em 2019 cresce número de apenados adeptos dos projetos de ressocialização da Seap,** 10 jan. 2020. Disponível em: <http://www.seap.am.gov.br/balanco-em-2019-cresce-numero-de-apanados-adeptos-dos-projetos-de-ressocializacao-da-seap/>. Acessado em 06 abr. 2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Junho de 2016.** Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf). Acessado em 30 out 2019.

PORTAL DA LEGISLAÇÃO. **LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acessado em 30 out 2019.

SECRETARIA DE COMUNICAÇÃO GOVERNO DO ESTADO DO TOCANTINS. **Tocantins inova na oferta de educação em unidades prisionais.** 14 set. 2016. Disponível em: <https://secom.to.gov.br/noticias/tocantins-inova-na-oferta-de-educacao-em-unidades-prisionais-303282/>. Acessado em 07 abr. 2020.

NOTAS:

[1] Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento, Professor do Centro Universitário Católica do Tocantins (UniCatólica) e Defensor Público Federal.

## OS DIREITOS SUCESSÓRIOS PROVENIENTES DA MULTIPARENTALIDADE

**GABRYELA DO CARMO CARDOSO:**

Advogada - Corregedora do Município de Resplendor. Pós-graduanda em Direito Processual Civil

**MURILO PINHEIRO DINIZ**

**(orientador)**

**RESUMO:** Trata dos efeitos sucessórios provenientes do reconhecimento da multiparentalidade. Analisa as inovações jurisprudenciais que conferem a possibilidade jurídica aos filhos que possuem genitores biológicos e pais afetivos de invocarem os princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade para serem garantidos a manutenção ou o estabelecimento de vínculos parentais de forma concomitante. Por meio de levantamento bibliográfico, legislativo e jurisprudencial, demonstra que se encontram presentes na multiparentalidade todos os requisitos legais para a concessão da herança aos herdeiros na qualidade de legítimos e necessários, tanto em razão do vínculo biológico, como em razão do vínculo afetivo, mesmo quando este possui interesse exclusivamente patrimonial. Ressalta que o princípio da afetividade e o da isonomia entre as filiações, bem como a evolução da sociedade e das famílias asseguram não haver óbice legal para o reconhecimento da multiparentalidade, sendo devidos todos os direitos e deveres inerentes à filiação ao filho multiparental. Conclui, por meio de julgados e jurisprudências dos tribunais brasileiros, que a filiação socioafetiva e a posse do estado de filho, em concomitância com a filiação biológica, também é merecedora da herança.

**Palavras-chave:** Direito Civil. Herança. Multiparentalidade. Filiação. Socioafetividade.

**ABSTRACT:** It deals with succession effects arising from the recognition of multiparentality. It analyzes the jurisprudential innovations that give the legal possibility to children who have biological parents and affective parents to invoke the principles of human dignity and affection to ensure the maintenance or establishment of parental bonds at the same time. Through a bibliographic, legislative and jurisprudential survey, it shows that are present in multiparentality all the legal requirements for granting the inheritance to the heirs as legitimate and necessary, both due to the biological bond, as well as the affective bond, even when it has an exclusively equity interest. It emphasizes that the principle of affectivity and equality between affiliations, as well as the evolution of society and families ensure that there is no legal obstacle to the recognition of multiparentality, and all rights



and duties inherent in the multiparental child are due. It concludes, through judgments and jurisprudence of the Brazilian courts, that socio-affective affiliation and possession of the state of child, in concomitance with biological affiliation, is also worthy of the inheritance.

**Keywords:** Civil Right. Heritage. Multiparentality. Membership. Socioaffectivity.

## 1 INTRODUÇÃO

O reconhecimento da multiparentalidade é uma tese considerada de caráter histórico, inédito, polêmico e revolucionário, vez que estabelece um novo formato de família. Ciente de que existem outros trabalhos relacionados a este tema, ressalta-se que este, em especial, busca demonstrar o progresso no reconhecimento, promoção e efetivação dos direitos das pessoas e das famílias. Enfatizando, por intermédio da teoria tridimensional do direito de família e do princípio da afetividade, que o vínculo de amor, carinho, cuidado e proteção, característicos de uma relação de parentesco, também podem gerar consequências relativas à herança, efeitos esses que são irrevogáveis e não se limitam somente ao âmbito do direito familiar, mas se estendem por todo o ordenamento jurídico civilista.

O que instigou a realização da pesquisa foi a seguinte problemática: o reconhecimento dos múltiplos vínculos parentais geraria para o ordenamento jurídico e fático o direito à herança, bem como os efeitos recíprocos da sucessão oriundos da filiação socioafetiva e da filiação biológica para o filho multiparental?

Considerando que, ao gerar encargos financeiros e aqueles típicos do exercício do poder familiar para ambos os pais de forma simultânea, poderia o filho se beneficiar deste duplo direito e proteção, abrindo espaço para demandas fundadas no interesse exclusivamente patrimonial.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou no parágrafo 6º do artigo 227, o princípio da igualdade entre os filhos, proibindo qualquer discriminação acerca da origem da filiação (BRASIL, 1988). Assim, sendo esta reconhecida, seja ela biológica ou socioafetiva, não existiria mais óbice legal para o reconhecimento da multiparentalidade e, conseqüentemente, são devidos todos os direitos e deveres inerentes à filiação ao filho multiparental, bem como o direito ao recebimento da herança na qualidade de herdeiro legítimo e necessário, tanto dos pais socioafetivos, como dos pais biológicos.

Assim, a pesquisa tem por objetivo demonstrar não haver óbice por parte da legislação ao estabelecimento de vínculos sucessórios, diante do reconhecimento de

dois pais ou duas mães para o filho, observando-se a ordem de vocação hereditária contida nos artigos 1.829 a 1.847 do Código Civil de 2002.

Para garantir o objetivo da pesquisa, foi preciso demonstrar de maneira sucinta que o reconhecimento dos filhos e as relações familiares vêm, ao longo dos anos, passando por grandes mudanças. Evidenciar a posse do estado de filho e os requisitos necessários para a configuração da socioafetividade, além dos princípios da isonomia filial e da afetividade (teoria tridimensional do direito de família). Apresentar as peculiaridades da multiparentalidade, no que tange ao direito sucessório e atestar, por intermédio de julgados e jurisprudências dos tribunais brasileiros, que a filiação socioafetiva, em concomitância com a filiação biológica, também é merecedora da herança.

Para a solução da problemática que enreda o tema vertente, foram adotados como procedimentos metodológicos a pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legislativa. A pesquisa bibliográfica centrou-se na utilização de nominadas doutrinas e artigos de Direito Civil escritas por: Belmiro Pedro Welter (2012), Christiano Cassettari (2017), Flávio Tartuce (2018), Maria Berenice Dias (2015), Maria Helena Diniz (2015), Maurício Cavallazzi Póvoas (2017), dentre outras. A legislativa teve por foco, em especial, a análise da Constituição da República Federativa do Brasil (1988) e dos seguintes instrumentos: Lei nº. 10.406/2002 (Código Civil); Lei nº 6.515/1977 (Lei do Divórcio); Lei nº. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e o Provimento nº. 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça. A pesquisa jurisprudencial foi realizada nos sítios eletrônicos dos Tribunais brasileiros.

Por derradeiro, é preciso destacar que o presente trabalho se limita a expor se a multiparentalidade possui o condão de gerar efeitos sucessórios para o filho multiparental, significa dizer que, questões relativas à divisão do patrimônio foram mencionadas, mas não foram o alvo deste artigo, que se propõe a tratar do direito à herança e dos efeitos recíprocos da sucessão, nos casos em que a multiparentalidade é reconhecida.

## **2 REFERENCIAL TEÓRICO**

### **2.1 SÍNTESE DA CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DAS FAMÍLIAS E DO RECONHECIMENTO DOS FILHOS**

O instituto familiar é de grande relevância pois é um elemento formador da sociedade. É perceptível a evolução das famílias e a quebra de conceitos patriarcais, antes tidos como verdades absolutas, tanto no ordenamento jurídico pátrio, como na realidade fática.

De acordo com a digressão histórica feita por Maria Berenice Dias (2015), no período Colonial, Portugal implantou no Brasil seu sistema jurídico e cultural, pelo qual a Igreja Católica detinha o Poder Estatal. Seguindo os preceitos religiosos vigentes naquele tempo, a família era constituída por marido, mulher e filhos, sendo que o matrimônio não poderia ser desfeito e, se assim ocorresse, os ex-cônjuges não poderiam adquirir novos laços matrimoniais. Tal costume tinha fundamento no texto bíblico do apóstolo Paulo, ao prelecionar: “Todavia, aos casados mando, não eu, mas o Senhor, que a mulher não se aparte do marido. Se, porém, se apartar, que fique sem casar, ou se reconcilie com o marido; e que o marido não deixe a mulher” (STORNILO, 2017, p. 1342).

Proclamada a República em 1889, houve a separação entre a Igreja e o Estado (IBDFAM, 2010). Após essa cisão, foi expedido o Decreto nº. 521, em 26 de junho de 1890, trazendo causas aceitáveis para a separação dos corpos, sendo elas: adultério, sevícia ou injúria grave, abandono voluntário do domicílio conjugal por dois anos contínuos e, por fim, mútuo consentimento dos cônjuges, somente se esses fossem casados há mais de dois anos (BRASIL, 1890).

O Código Civil de 1916 institucionalizou a família a partir dos costumes religiosos, em grande parte, da igreja católica. A família do século XX era patriarcal, hierarquizada, patrimonial e matrimonializada. O *pater*, pai, era a autoridade maior do grupo familiar, seguido pelos filhos e, por fim, a mãe. A família somente se constituía pelo casamento, que até então era indissolúvel (DIAS, 2015, p. 30).

Naquele Código, todos os laços que não decorriam de uma relação de matrimônio não detinham efeitos jurídicos, o que possibilitava a discriminação entre os filhos, causando desastrosas consequências. Os filhos biológicos havidos na constância do casamento eram classificados como legítimos e protegidos pela presunção de paternidade, indicando que o marido era considerado pai do filho nascido durante o casamento. Essa presunção se atribuía em razão do dever de fidelidade conjugal por parte da mulher, mesmo que a paternidade fosse incerta (GILDO, 2016).

O doutrinador jurídico Antônio Chaves (1966), mencionado na obra de Maria Helena Diniz (2015), demonstra como ocorria a legitimação, que vigorava no direito anterior. Esse instituto era explicado como um benefício legal que concedia o estado de legítimo ao filho ilegítimo em razão do casamento de seus pais, reabilitando este perante a sociedade. Em síntese, filho legitimado era aquele que adquiria a condição de legítimo pelo subsequente matrimônio dos pais, por não ter sido concebido ou nascido na constância do casamento (*apud* DINIZ, 2015, p. 528-529).

Na mesma obra, a autora esclarece que os pressupostos tidos como necessários para a ocorrência da legitimação eram basicamente o casamento dos progenitores quando o filho não estivesse amparado pela presunção de paternidade, mesmo que anulável, e nascimento ou concepção de filho de duas pessoas não casadas, mas não impedidas de casar (DINIZ, 2015, p. 529).

Por sua vez, os filhos ilegítimos eram aqueles nascidos das relações extramatrimoniais e, conforme será exposto, dividiam-se em naturais e espúrios. A filiação natural se dava quando os genitores não eram casados entre si, nem com terceiros, e nem havia entre eles qualquer impedimento (DINIZ, 2015, p. 531). Contrapondo, os espúrios eram subdivididos em adulterinos ou incestuosos, o primeiro ocorria quando um dos genitores ou ambos mantivessem vínculo conjugal com outra pessoa, o último, quando havia impedimento entre os genitores, em razão de vínculo próximo de parentesco (GILDO, 2016).

É importante destacar que os filhos ilegítimos não tinham direitos garantidos pelo então Código Civil, nem sequer podiam ter sua paternidade reconhecida (GILDO, 2016). Em 1977, quando o divórcio direto oficialmente passou a ser admitido no Brasil, por meio da emenda constitucional nº. 9, de 28 de junho, regulamentada pela Lei nº. 6.515 de 26 de dezembro do mesmo ano, importantes mudanças foram trazidas, como a possibilidade de reconhecimento dos filhos ilegítimos através do testamento cerrado e o direito igualitário de herança a todos eles (BRASIL, 1977).

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, buscou-se a contemplação do modelo familiar eudemonista, significa dizer que os núcleos familiares não buscam mais atender aos interesses patrimoniais como havia sido outrora, mas sim a realização e desenvolvimento pessoal de cada um dos membros, substanciada na felicidade. Os direitos e garantias individuais foram estabelecidos e, em razão disso, outras formas de constituição das famílias foram admitidas, incluindo o reconhecimento da união estável (CORRÊA, 2016).

Efetivamente, as distinções discriminatórias relativas à filiação, que antes se perpetuavam no ordenamento jurídico e não mais se encaixavam na realidade fática, foram derrubadas, consagrando o princípio constitucional da isonomia jurídica entre os filhos de qualquer natureza e origem, havidos ou não do matrimônio (GILDO, 2016), conforme o texto do artigo 227, §6º da CRFB que preconiza: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 1988). Neste sentido, dispõe Maurício Cavallazzi Póvoas:

Antes da Constituição Federal atual havia na legislação pátria, com abrigo também na doutrina e jurisprudência, “categorias” diversas de filhos, conforme nascidos de pais casados, solteiros, com ou sem impedimento matrimonial, ou de relacionamentos extraconjugais [...]. Desde a promulgação da Carta Magna de 1988, no entanto, foram formalmente banidas essas flagrantes discriminações denominacionais, caindo por terra a vexatória classificação dos filhos, o que repito, foi reforçado pelo Código Civil/2002 (PÓVOAS, 2017, p. 30).

O hodierno Código Civil, em 2002, regulamentou diversas das matérias trazidas pela Constituição da República de 1998. Com essas transformações, a família tornou-se independente do matrimônio, tendo mais relevância o afeto que une seus integrantes do que a perpetuação do patrimônio. Esse novo conceito elevou a posição do afeto no ordenamento jurídico, passando esse a ser um princípio norteador do direito de família. Nas palavras de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2008), citada por Maria Berenice Dias:

[...] a família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito. No dizer de Giselda Hironaka, não importa a posição que o indivíduo ocupa na família, ou qual a espécie de agrupamento familiar a que ele pertence - o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade (*apud* DIAS, 2015, p. 29).

Recentemente (2019), conforme será explanado no transcorrer deste trabalho, em uma decisão inovadora, o Supremo Tribunal Federal (STF), que já havia afirmado o reconhecimento dos vínculos afetivos no que tange as relações entre pais e filhos, reconheceu os múltiplos laços parentais, estabelecendo uma nova forma de constituição das famílias, afirmando, com isso, que não há hierarquia de valoração jurídica dos vínculos afetivos e biológicos.

## 2.2 AS ESPÉCIES DE FILIAÇÃO

### 2.2.1 A Filiação Biológica

A filiação biológica é também chamada de natural e se estabelece pelos laços de sangue entre pais e filhos (GILDO, 2016). Os avanços da ciência permitiram que o liame genético e sanguíneo fosse preciso por intermédio do exame de DNA ou ADN, sigla para ácido desoxirribonucleico, que é um composto orgânico responsável por coordenar o funcionamento e o desenvolvimento de todos os seres vivos (CALLEGARI; WERMUTH; ENGELMANN, 2012).

Desta forma, a paternidade não é mais incerta, uma vez que esse exame é utilizado como meio de prova. Entretanto, essa não é a única forma de se reconhecer a paternidade natural. A Súmula nº. 301 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) revela que a recusa do suposto pai ao exame revela presunção de paternidade: "Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade" (STJ, 2004).

Para a pesquisadora Cecília Cardoso Silva Magalhães Resende (2012), a paternidade natural também pode ocorrer pela inseminação artificial homóloga, que ocorre quando há fecundação *in vitro* (nome dado a fecundação do óvulo pelo espermatozoide que ocorre em laboratório e, posteriormente, são transferidos para o útero da mulher), com a utilização do material genético do próprio casal.

### 2.2.2 A Filiação Civil

O artigo 1.593 do Código Civil vigente classifica o parentesco em natural ou civil, sendo natural aquele que resulta da consanguinidade e civil aquele que decorre de outra origem, dotado de igual dignidade (BRASIL, 2002). Congruente a essa classificação legal, percebe-se que a socioafetividade, juntamente com a adoção e a inseminação artificial heteróloga, é vínculo de parentesco civil.

Esse é o entendimento do doutrinador Christiano Cassettari (2017, p. 14) ao analisar o artigo 1.593 e o Enunciado nº. 256 do Conselho da Justiça Federal em sua obra, onde preleciona que a posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil. Porém, a socioafetividade será tratada em tópico único, pela relevância de seus conceitos para elucidação deste trabalho.

A adoção é parentesco civil regida pela Lei nº. 13.509/2017 (Lei da Adoção), que alterou a Lei nº. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). É um ato jurídico solene que independe de vínculo consanguíneo, o filho adotivo é equiparado ao filho natural, possuindo os mesmos direitos. Essa modalidade de filiação possui muitas peculiaridades e um processo legal que necessariamente deve ser observado, mas não é o objeto desta pesquisa, valendo apenas lembrar que sempre será



concedida visando o melhor interesse do adotado e possui, ainda, caráter assistencial e irrevogável (BRASIL, 1990; BRASIL, 2017).

Outra modalidade de parentesco civil é a inseminação artificial heteróloga, que ocorre quando há fecundação *in vitro* e o doador do material genético for um terceiro, que diante do anonimato, doa seus gametas a um Banco de Sêmen, comumente utilizada em razão de infertilidade do pretense pai (RESENDE, 2012).

A multiparentalidade tem sido reconhecida nos tribunais brasileiros quando há concomitância do vínculo biológico e da paternidade/maternidade socioafetiva, é o que demonstra a obra de Maurício Cavallazzi Póvoas (2017), ao citar diversos precedentes dos tribunais brasileiros. Por se tratar de instituto complexo, espera-se que lei posterior ao julgamento do Supremo Tribunal Federal, que será brevemente mencionado, seja editada a fim de solucionar possíveis controvérsias e entendimentos incoerentes.

### **.2.3 A Afetividade e a Paternidade/Maternidade Socioafetiva**

Em razão da evolução da sociedade e das famílias, não cabe mais ao legislativo limitar e definir, taxativamente, o conceito de grupo familiar. A ascensão da afetividade nos últimos anos demonstra a luta pela busca da felicidade, em que pessoas que possuem uma relação de amor, cuidado, carinho e proteção pelos chamados “filhos do coração”, ou vice e versa, requerem oficialmente, de forma judicial ou extrajudicial, o reconhecimento desse vínculo.

A professora Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf (2014 *apud* CASSETARI, 2017, p. 10) define a afetividade como a relação de zelo e carinho que se tem por alguém querido, comparando com um estado psicológico que permite ao ser humano demonstrar os seus mais puros sentimentos e emoções.

O afeto deixou de ser um simples conceito jurídico e foi elevado à categoria de princípio constitucional implícito, fazendo com que esse elemento nuclear seja definidor da união familiar, sendo reputado como o seu fundamento legítimo. Assim defende Christiano Cassettari (2017, p. 30) ao afirmar que: “É por isso que a família moderna é sempre socioafetiva, já que é um grupo social unido pela convivência afetiva, e que transformou o afeto numa categoria jurídica, por ser um fato gerador de efeitos jurídicos”.

Procurar uma definição de afeto é uma tarefa complicada, especialmente porque esse elemento envolve sentimentos pessoais do ser humano. A preocupação do ordenamento pátrio demonstra que não é mais a sociedade que deve se adaptar ao direito, pelo contrário, conforme observou o ministro Luiz Fux: “É o direito que

deve se curvar às vontades e necessidades das pessoas, não o contrário, assim como um alfaiate, ao deparar-se com uma vestimenta em tamanho inadequado, faz ajustes na roupa, e não no cliente” (STF, 2019).

A Teoria Tridimensional do Direito de Família, de autoria do doutrinador Belmiro Pedro Welter (2012), estabelece que o ser humano esteja totalmente envolvido em três esferas de mundos que rodeiam sentimentos pessoais, formadas por laços afetivos, genéticos e ontológicos, formando assim, um único mundo, o mundo humano:

Os três mundos do ser humano, Umwelt (genético), Mitwelt (afetivo) e Eigenwelt (ontológico), lembra May, estão sempre inter-relacionados, condicionando-se uns aos outros, e, embora diferentes, são modos simultâneos de ser-no-mundo tridimensional. O mundo genético (Umwelt), segundo o autor, é o mundo dos objetos a nossa volta, o mundo natural, abrangendo as necessidades biológicas, impulsos, instintos, das leis e ciclos naturais, do dormir e acordar, do nascer e o morrer, do desejo e do alívio, o mundo imposto, no qual cada ser humano foi lançado por meio do nascimento e deve, de alguma forma, ajustar-se. O mundo afetivo (Mitwelt), é o mundo dos inter-relacionamentos entre os seres humanos, significando que o ser humano não deve insistir que outra pessoa se ajuste a ele, e nem ele se ajustar a outrem, pois, nesse caso, não estarão sendo tomados como pessoa, mas como instrumento, como coisa. O mundo ontológico (Eigenwelt), pressupõe percepção de si mesmo, auto relacionamento, estando presente unicamente nos seres humanos. Não se trata, no entanto, de uma experiência meramente subjetiva, interior, e sim o contrário, visto que é a base na qual vemos o mundo real em sua perspectiva verdadeira, a base sobre a qual nos relacionamos (WELTER, 2012, p. 129).

Seguindo os ensinamentos dessa teoria, a afetividade é própria do ser humano, não podendo ele, dela se esquivar. Conforme mencionado, todas as esferas do mundo humano são subordinadas e interligadas entre si, sendo assim, o afeto pressupõe instituto fundamental para que as pessoas entendam a si próprias e aprendam a lidar consigo mesmas e com o mundo ao seu redor. Nas palavras do autor:

Não reconhecer as paternidades genética e socioafetiva, ao mesmo tempo, com a concessão de todos os efeitos jurídicos, é negar a existência tridimensional do ser humano, na medida em que a filiação socioafetiva é tão irrevogável quanto a biológica, pelo qual se deve manter incólumes as duas paternidades, com o acréscimo de todos os direitos, já que ambas fazem parte da trajetória da vida humana.

[...]

Por isso, penso não ser correto afirmar, como o faz a atual doutrina e jurisprudência do mundo ocidental, que a “paternidade socioafetiva se sobrepõe à paternidade biológica”, ou que “a paternidade biológica se sobrepõe à paternidade socioafetiva”, isso porque ambas as paternidades são iguais, não havendo prevalência de nenhuma delas, exatamente porque fazem parte da condição humana tridimensional, que é genética, afetiva e ontológica (WELTER, 2012, p. 133).

O reconhecimento da paternidade socioafetiva depende da manifestação de três pilares básicos: O nome, o trato e a fama. Ao citar Pontes de Miranda (1939), Cassettari aduz que a posse do estado de filho consiste no gozo do estado de filho legítimo e das prerrogativas dele derivadas, e que, pode ser resumida em três palavras:

1) *Nomen*: que o indivíduo use o nome da pessoa a que atribui a paternidade; 2) *Tractatus*: que os pais o tratassem como filho, e nessa qualidade lhe tivessem dado educação, meios de subsistência etc.; c) *Fama*: que o público o tivesse sempre como tal (*apud* CASSETTARI, 2017, p. 37-38).

O Enunciado nº 519 da V Jornada de Direito Civil, complementa esse entendimento: “O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pais e filhos, com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais” (CJF, 2012). O ministro Luiz Edson Fachin (2012), citado por Cassettari, explica esse forte vínculo afetivo:

A verdade socioafetiva pode até nascer de indícios, mas toma expressão na prova; nem sempre se apresenta desde o nascimento. Revela o pai que ao filho empresta o nome, e que

mais do que isso o trata publicamente nessa qualidade, sendo reconhecido como tal no ambiente social; o pai que ao dar de comer expõe o foro íntimo da paternidade, proclamada visceralmente em todos os momentos, inclusive naqueles em que toma conta do boletim e da lição de casa. É o pai de emoções e sentimentos, e é o filho do olhar embevecido que reflete aqueles sentimentos. Outro pai, nova família (*apud* CASSETTARI, 2017, p. 15).

É importante destacar que a paternidade/maternidade socioafetiva, antes reconhecida somente de forma judicial, chegou aos balcões dos cartórios de Registro Civil. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no âmbito de sua competência regimental, editou o Provimento nº. 63, de 14 de novembro de 2017, que instituiu modelo único de certidão de nascimento, casamento e óbito, e regulamentou o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade/maternidade socioafetiva e a emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida.

Tal e qual acontece na adoção, o reconhecimento voluntário do vínculo socioafetivo é retroativo, consciente e irrevogável, podendo apenas ser desconstituído pela via judicial, nos casos de vício de vontade. Desta forma, preleciona o artigo 10, §1º do Provimento nº 63 do CNJ:

Art. 10 O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais.

§1º O reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade será irrevogável, somente podendo ser desconstituído pela via judicial, nas hipóteses de vício de vontade, fraude ou simulação (CNJ, 2017).

Sucintamente, o mesmo dispositivo legal menciona, ainda, que somente os pais maiores de 18 anos poderão requerer o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva, devendo serem pelo menos dezesseis anos mais velhos que o filho a ser reconhecido. É necessário, igualmente, a anuência dos pais biológicos e, se o filho for maior de 12 anos, também a anuência deste (cf. Art. 11, §§ 3º, 4º e 5º). Na falta da mãe ou do pai do menor, ou na impossibilidade de manifestação válida destes ou do filho, quando exigido, o caso concreto será apresentado ao Juiz competente, respeitando a legislação local (CNJ, 2017).

O reconhecimento socioafetivo poderá ocorrer, também, por disposição de última vontade (cf. Art. 11, §8º). É válido lembrar, de mesmo modo, que a discussão judicial sobre o reconhecimento da paternidade ou de procedimento de adoção obstará o reconhecimento da filiação pela sistemática estabelecida no provimento (CNJ, 2017).

Ademais, é relevante destacar que o reconhecimento extrajudicial do vínculo socioafetivo está limitado a dois pais e duas mães, assim demonstra o artigo 14 do Provimento: "O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais e de duas mães no campo FILIAÇÃO no assento de nascimento" (CNJ, 2017).

A possibilidade de reconhecimento de mais de um pai ou de mais de uma mãe no registro de nascimento do filho, trouxe também a possibilidade extrajudicial da multiparentalidade, que antes somente havia sido demonstrada de forma judicial. Flávio Tartuce explica a forma em que a multiparentalidade será tratada nos Cartórios de Registro Civil:

Duas correntes se formaram nos principais fóruns de debates do seu conteúdo. Uma mais cética, à qual estava filiado, entendia que a norma não reconhecia a multiparentalidade pela via extrajudicial, diante do uso do termo "unilateral", o que supostamente atingia o vínculo em relação ao ascendente reconhecedor. A outra, mais otimista, concluía de forma contrária, ou seja, na linha de efetivação extrajudicial completa da decisão do STF. Felizmente – e a minha visão pessimista foi vencida –, acabou por prevalecer o segundo entendimento, ou seja, a multiparentalidade passou a ser admitida nos Cartórios de Registro Civil, limitada a dois pais – um registral e outro socioafetivo –, e duas mães – uma registral e outra socioafetiva. Importante nota de esclarecimento da Associação Nacional dos Registradores de Pessoas Naturais (Arpen), de dezembro de 2018, expressou o alcance do termo "unilateral", no sentido de que não é possível fazer o registro simultâneo de pai e mãe socioafetivos, mas apenas de um pai ou de uma mãe, devendo um dos pais e uma das mães serem registrais. E arrematou: "as pessoas que já possuam pai e mãe registral, para terem o reconhecimento de um pai e uma mãe socioafetivo, formando a multiparentalidade, deverá o registrador civil realizar dois atos, um para o pai socioafetivo e outro para a mãe

socioafetiva. Neste sentido, a Arpen-Brasil orienta os Oficiais de Registro Civil das Pessoas Naturais a realizarem os reconhecimentos de paternidade e ou maternidade socioafetiva, mesmo que já existam pai e mãe registral, respeitando sempre o limite instituído no provimento de no máximo contarem dois pais e também duas mães no termo" (TARTUCE, 2018, s/p.).

Por fim, esse provimento também unificou e retificou o modelo de preenchimento de dados dos assentos de registros de nascimento, casamento e óbito, passando apenas a constar: filiação. Entretanto, as certidões expedidas em modelo diverso até a data de 1º de janeiro de 2018 não precisarão ser substituídas, possuindo plena validade, por prazo indeterminado.

### 2.3 O RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE

O direito de família sempre teve como base o modelo biparental no que concerne à relação entre pais e filhos, ou ainda, o monoparental, quando havia apenas um declarante do nascimento no registro civil.

É notório destacar que, na realidade fática a relação afetiva pautada no zelo, cuidado, amor, afeto e carinho, teriam maior relevância que o vínculo meramente biológico daquele que somente forneceu material genético, mas não participou de qualquer maneira na formação e criação do indivíduo.

Muitos tribunais brasileiros entenderam desta forma ao julgarem de forma maciça a prevalência do vínculo afetivo sobre o biológico (PÓVOAS, 2017, p. 184). Entretanto, o Supremo Tribunal Federal derrubou tal tese ao atribuir igual valoração jurídica entre ambos os vínculos.

Diante da inércia do legislativo, coube mais uma vez ao judiciário uma resposta e solução para a adequação da realidade fática à esfera jurídico-normativa. O tema vertente ganhou um novo capítulo no dia 22 de setembro de 2016, quando o Supremo Tribunal Federal (STF), julgando o tema 622, de repercussão geral, que teve como paradigma o Recurso Extraordinário nº 898.060 de Santa Catarina, de relatoria do ministro Luiz Fux, reconheceu a multiparentalidade.

De acordo com Maurício Cavallazzi Póvoas (2017, p. 142), o caso responsável por impulsionar essa pesquisa trata-se de uma ação de investigação de paternidade ajuizada por uma mulher (F.G.), em face de A.N., na qual sustentou ser filha biológica do mesmo. Argumentou que: 1) sua genitora e o réu tiveram um relacionamento amoroso em 1978, durando cerca de quatro anos; 2) apesar de ser filha do requerido,



no momento de seu nascimento, sua mãe mantinha matrimônio com I.G. que acreditando ser seu pai biológico, a registrou; 3) a verdade real dos fatos somente foi descoberta no ano de 1997, quando começou a manter contato com o réu. A 2ª vara de família da Comarca de Florianópolis, após a realização de três exames de DNA, decidiu pela retificação do assento de nascimento da autora para excluir os dados do pai registral e incluir os do pai biológico. Houve apelação e o Tribunal de Justiça de Santa Catarina impugnou a decisão de 1ª instância decidindo pela paternidade registral. Neste debate, outros recursos foram interpostos até que a discussão chegasse aos cronogramas de atas para julgamento no Supremo Tribunal Federal, que logicamente, deveria tratar de definir se há ou não prevalência da paternidade afetiva sobre a biológica. As peculiaridades pessoais do caso não foram divulgadas, uma vez que, todo o processo tramitou em segredo de justiça.

Em seu voto como Relator, o ministro Luiz Fux propôs a tese de repercussão geral, que posteriormente fora parcialmente fixada:

No caso concreto trazido à Corte pelo Recurso Extraordinário, infere-se da leitura da sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara da Família da Comarca de Florianópolis e dos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, a autora, F. G., ora recorrida, é filha biológica de A. N., como ficou demonstrado, inclusive, pelos exames de DNA produzidos no decorrer da marcha processual (fls. 346 e 449-450). Ao mesmo tempo, por ocasião do seu nascimento, em 28/8/1983, a autora foi registrada como filha de I. G., que cuidou dela como se sua filha biológica fosse por mais de vinte anos. Por isso, é de rigor o reconhecimento da dupla parentalidade, devendo ser mantido o acórdão de origem que reconheceu os efeitos jurídicos do vínculo genético relativos ao nome, alimentos e herança. *Ex positis*, nego provimento ao Recurso Extraordinário e proponho a fixação da seguinte tese para aplicação a casos semelhantes: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais”. É como voto (STF, 2019).

De forma sucinta, ao mencionar que o princípio da busca pela felicidade é apto para certificar o elo entre diferentes origens, o Relator enfatizou em seu voto, valendo-se da analogia com a Bíblia Sagrada, que não cabe a lei se comportar como o Rei Salomão, que ao enfrentar uma situação semelhante, propôs a divisão da

criança ao meio, pela impossibilidade de reconhecer os múltiplos vínculos parentais. De natureza igual, nos dias atuais, é impertinente decidir entre a filiação biológica e a afetiva, quando o melhor interesse do descendente é o reconhecimento de ambos os vínculos. Em suas palavras: “Do contrário, estar-se-ia transformando o ser humano em mero instrumento dos esquemas condenados pelos legisladores. É o direito que deve servir a pessoa, e não a pessoa que deve servir o direito” (STF, 2019).

Deste modo, após os debates, a tese de repercussão geral nº. 622 ficou com o seguinte teor: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios” (STF, 2019).

É sabido que a repercussão geral é requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário, tendo como escopo selecionar demandas que possuem relevância jurídica para a coletividade, uma vez que a decisão proveniente da análise desses recursos será aplicada posteriormente em casos idênticos, pelas demais instâncias processuais (BERMAN, 2016).

O princípio da igualdade entre as filiações estabelece que não há distinção entre os filhos, sendo devidos todos os direitos e qualificações, independentemente de sua origem e constituição. Dessa maneira, sendo eles afetivos ou biológicos, em razão deste princípio constitucional, o filho multiparental pode pleitear alimentos de ambos os pais, bem como ser herdeiros deles.

O Supremo Tribunal Federal decidiu em consonância com a legislação vigente, uma vez que o artigo 1.596 do Código Civil estabelece ao reproduzir o texto constitucional: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 2002).

Atuando na ação na qualidade de *amicus curiae*, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) sustentou que a paternidade socioafetiva não pode ser refutada com fundamento exclusivo na origem biológica e defendeu o princípio da isonomia filial ao afirmar que: “A distinção entre filhos legítimos e ilegítimos deixou de existir com a Constituição de 1988” (STF, 2019).

Considerando as informações já explanadas, já é aceita a realidade de possuir dois pais, como também duas mães, inclusive, abarcando todos os efeitos jurídicos, não podendo se esquecer dos direitos sucessórios, uma vez que a tese de repercussão geral fixada pelo STF delimitou que cada uma das filiações seria regida por um regime jurídico próprio, gerando reflexos no âmbito patrimonial.

Depois da mencionada decisão, ligeiramente surgiram posicionamentos doutrinários despertando a respeito das consequências e a repercussão que a decisão do STF geraria nas relações familiares, especialmente a possibilidade de demandas fundadas em interesses meramente patrimoniais, pautados na vantagem econômica obtida por meio da herança e dos alimentos.

Ocorre que o STF já havia editado a Súmula nº. 149 que estabelece que: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não é a de petição da herança” (STF, 1963). Todavia, o Código Civil não estabeleceu um prazo específico, então, deveria utilizar-se do prazo prescricional geral de 10 anos (contados a partir da data da abertura da sucessão), disposto no artigo 205 do mesmo Código? Se sim, o filho de pai socioafetivo, depois de muitos anos, descobrindo-se herdeiro de um grande patrimônio do pai biológico, já ultrapassado esse prazo prescricional, poderia ainda assim requerer a herança?

Em razão da ausência de prazo prescricional explícito o judiciário tem adotado diferentes posicionamentos, a depender do caso concreto, afirmando demasiadamente em decisões que a qualidade de herdeiro se perpetua no tempo, e por essa razão não há possibilidade de prescrição. As pesquisadoras Ana Luísa Imoleni Miola e Karine Azevedo Egypto Rosa explicam essa circunstância:

Em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), se manifestou sobre o tema. No caso em apreço, conforme noticiado no site do IBDFAM, garantiu-se a um idoso de quase 70 anos o direito de receber a herança do seu pai biológico, mesmo já tendo recebido o patrimônio do seu pai socioafetivo, que o adotou. A parte contrária alegou que, embora o filho tivesse ciência do vínculo biológico há mais de 30 anos, ele somente procurou reconhecimento da paternidade para obter vantagem financeira. Porém, o argumento não foi aceito. Segundo afirmou a Ministra Nancy Andrighi, pode-se especular o porquê da demora do autor na busca pelo reconhecimento da paternidade biológica, mas não se pode negar os efeitos dela, uma vez comprovada. Esta é a posição que nos parece mais acertada: ainda que se desconfie das intenções subjetivas do filho que pretende ver a sua paternidade reconhecida, não se deve deixá-lo desamparado. É seu direito fundamental ter a sua filiação reconhecida e protegida, seja ela apenas a biológica, ou afetiva, ou ambas (MIOLA; ROSA, 2017, s/p.).

É natural que qualquer nova situação criada no ordenamento jurídico origine efeitos e consequências que, muitas vezes, caberá ao judiciário, pautado no princípio da boa-fé, controlá-los, evitando excessos e abusos de direitos. As pesquisadoras complementam:

Eventuais abusos e pessoas mal-intencionadas, infelizmente, poderão surgir. Seria essa a indesejável, mas inevitável consequência do reconhecimento da multiparentalidade. Aliás, este dilema é inerente ao reconhecimento de qualquer novo direito. Em uma ponderação entre os efeitos deletérios e os benefícios trazidos pela pluriparentalidade, são estes últimos muito maiores, motivo pelo qual deve prevalecer o seu reconhecimento e proteção jurídica. Além do mais, os eventuais abusos podem (e devem) ser controlados no caso concreto, sob o manto da boa-fé objetiva, valor este que deve permear todas as relações jurídicas (MIOLA; ROSA, 2017, s/p.).

O princípio da paternidade responsável também é um argumento a mais para não eximir de responsabilidade o pai biológico, em razão de o filho já possuir um pai afetivo. Esse princípio estabelece que são obrigações dos pais cuidar, assistir e zelar pelos filhos, não podendo o judiciário desonerar o genitor de todos os encargos decorrentes do poder familiar.

O Ministro Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal, em seu julgamento no Recurso Extraordinário trazido neste tópico, demonstrou a relevância deste princípio, expondo que o direito ao amor, alimentação, educação e moradia, entre outros, estão relacionados com obrigações legais do pai biológico: “Se teve o filho, tem obrigação, ainda que filho tenha sido criado por outra pessoa” (STF, 2019).

É mister ressaltar, conforme preconiza o ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Marco Aurélio Bellizze, que a multiplicidade parental deve ser analisada de acordo com cada caso concreto, analisando de forma única as especificidades das circunstâncias que justificarem essa medida:

A possibilidade de se estabelecer a concomitância das parentalidades socioafetiva e biológica não é uma regra, pelo contrário, a multiparentalidade é uma casuística, passível de conhecimento nas hipóteses em que as circunstâncias fáticas a justifiquem, não sendo admissível que o Poder Judiciário compactue com uma pretensão contrária aos princípios da

afetividade, da solidariedade e da parentalidade responsável (STJ, 2018).

O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves corrobora com o Ministro do STJ ao expor que os resultados advindos desse novo modelo familiar ainda não são conhecidos:

Efetivamente, o deferimento da multiparentalidade deve ser reservado para situações especiais, de absoluta necessidade de harmonização da paternidade ou maternidade socioafetivas e biológicas, pelo menos até que a jurisprudência tenha encontrado, com o passar dos anos, solução para as consequências que fatalmente irão advir dessa nova realidade, especialmente a repercussão que nova situação irá trazer, por exemplo, nas questões relacionadas com o direito a alimentos e sucessórios entre os novos parentes, cujo quadro fica bastante ampliado, bem como com os direitos de convivência, de visita, de guarda e de exercício do poder familiar, entre outros (GONÇALVES, 2018, p. 316-317).

Diante de todas as informações aqui trazidas, não resta dúvidas de que o filho multiparental tem direito ao recebimento da herança, bem como a todos os outros direitos patrimoniais, na qualidade de herdeiro legítimo e necessário. É imprescindível citar os principais efeitos jurídicos trazidos pela multiparentalidade, quais são: O exercício do poder familiar, o direito aos alimentos, previdência social, guarda, visitas, o direito à herança, e todos os outros pertinentes a filiação. Todos esses efeitos possuem peculiaridades, porém somente os direitos sucessórios terão um tópico especial, por se tratar de objeto desta pesquisa.

Assim enunciaram Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues (2013), citadas por Maurício Cavallazzi Póvoas:

Nosso entendimento é que os efeitos da múltipla vinculação parental operam da mesma forma e extensão como ocorre nas tradicionais famílias biparentais. Por força do princípio da isonomia, não há hierarquia entre os tipos de parentesco. Portanto, com o estabelecimento do múltiplo vínculo parental, serão emanados todos os efeitos de filiação e de parentesco com a família estendida, pois, independente da forma como esse vínculo é estabelecido, sua eficácia é exatamente igual, principalmente porque irradia do princípio da solidariedade, de

modo que instrumentaliza a impossibilidade de diferença entre suas consequências (*apud* PÓVOAS, 2017, p. 111).

Cumprido ressaltar que os efeitos relativos aos alimentos e ao recebimento da herança são recíprocos. Significa dizer que o filho multiparental terá o dever de assistir os pais na velhice e que estes também se tornarão herdeiros daquele.

A título de informação, e para finalizar esse tópico em casos de divergência entre genitores, o que é perfeitamente normal e provável de acontecer, o Código Civil prevê em diversos dispositivos legais que caberá ao juiz competente dirimir esses conflitos. Assim, também deve ocorrer com a multiparentalidade, não podendo ser esse um obstáculo ao seu reconhecimento. Citam-se os parágrafos únicos dos artigos 1.517 (divergências na autorização para casamento dos filhos menores de 18 e maiores de 16 anos) e 1.567 (divergências na direção da sociedade conjugal) e o *caput* do artigo 1.631 (divergências no exercício do poder familiar), que trazem situações de opiniões opostas de genitores, onde qualquer deles pode recorrer ao juiz para solução do desacordo (BRASIL, 2002).

## 2.4 EFEITOS SUCESSÓRIOS PROVENIENTES DA MULTIPARENTALIDADE

Ultrapassadas as questões relativas ao direito à herança dos filhos multiparentais, se faz necessário discorrer brevemente sobre as peculiaridades dos efeitos sucessórios, buscando entender como esses se comportam quando os múltiplos vínculos parentais são reconhecidos.

O direito à herança é garantido constitucionalmente pelo artigo 5º, XXX, dispositivo que disciplina sobre os direitos e garantias individuais (BRASIL, 1988). A ausência de legislação específica regulamentando a divisão sucessória nos casos da multiparentalidade nos faz assimilar, logicamente, que a norma de regência prevista no Livro V, parte especial, do Código Civil deverá também ser aplicada nesta situação, sempre obedecendo a ordem de vocação hereditária, trazida no artigo 1.829 do Código Civil (BRASIL, 2002).

O momento da sucessão é o da própria morte do *de cujus*, quando se passa, automaticamente, a pertencer aos herdeiros a totalidade dos bens que antes estavam sobre a titularidade do morto, esse instituto é chamado de princípio da *saisine*. O filho multiparental, amparado pela igualdade de filiação e da proteção integral, é considerado herdeiro legítimo e necessário de ambos os vínculos reconhecidos.

O Código Civil divide a sucessão em legítima ou testamentária. Na primeira há a indicação dos herdeiros e a partilha dos bens, que seguem os pressupostos definidos em lei. Na última, há a distribuição do patrimônio, que se dá por vontade



expressa do *de cuius*, ambas nos termos do artigo 1.786 do Código Civil: “A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade” (BRASIL, 2002).

Na ausência de testamento ou quando esse é considerado caduco ou inválido, prevalece a sucessão legítima. A regra do Código Civil estabelece que os mais próximos excluem os mais remotos, dessa forma, os herdeiros legítimos sempre são chamados a suceder seguindo um critério de proximidade, preferindo-se os descendentes, quando houver.

Cada inciso do artigo 1.829 representa uma classe de herdeiros que estão classificados em ordens de vocação. Entretanto, a ordem de sucessão também é excludente dentro da mesma classe, ou seja, na classe dos descendentes, se todos os filhos forem vivos, os netos não serão chamados a suceder.

Entretanto, há uma exceção que se aplica na classe dos descendentes, mas não na classe dos ascendentes, que é a sucessão por representação (estirpe). A representação ocorre quando um dos filhos do autor da herança é pré-morto, nesse caso seus descendentes poderão representá-lo na sucessão, recebendo a cota que àquele caberia. A sucessão por estirpe também pode ocorrer quando o herdeiro é excluído por indignidade, uma vez que os efeitos de tal exclusão são pessoais (BRASIL, 2002).

Além de legítimos, os filhos multiparentais são considerados herdeiros necessários. Essa classificação visa impedir a inafastabilidade deles por simples vontade do *de cuius*. O rol de herdeiros necessários encontra-se demonstrado no artigo 1.845 do Código Civil, que consiste nos descendentes, ascendentes e o cônjuge (BRASIL, 2002).

Aos herdeiros necessários só cabe desconstituição da herança nas hipóteses previstas em lei, quais sejam, deserdação ou quando forem declarados indignos (cf. artigos 1.814, 1961 e 1962), comprovada por sentença judicial, pois esses não podem ser privados da herança. No entanto, não são obrigados a permanecer com a herança, podendo renunciar (SILVA, 2016, p. 49).

Esses herdeiros possuem uma proteção especial, fazendo jus a metade da herança, parte que é definida como a “legítima”. Assim, havendo herdeiros necessários, o autor da herança não pode dispor em testamento da totalidade dos seus bens, a parte do testamento que exceder o valor da legítima será considerada nula (SILVA, 2016, p. 49).

Não há nenhuma alteração da sucessão na linha descendente, pois quando há a morte de ambos os pais ou de um deles, o filho multiparental entra na linha

sucessória juntamente com os irmãos, tanto do pai afetivo, como também do biológico. Como já visto, não poderia haver solução diversa, uma vez que haveria violação ao princípio da igualdade dos filhos. Entretanto, na linha ascendente cria-se uma situação confusa, se quem falecesse fosse o filho e este não deixasse nenhum descendente. Nessa situação, ele não teria apenas um pai e uma mãe. Ao contrário, teria mais de um genitor ou genitora (PÓVOAS, 2017, p. 119).

A dúvida, neste caso, acontece em razão da redação dos artigos 1.836 e 1837 do Código Civil:

Art. 1.836 Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.

§1º Na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas.

§2º Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdaram a metade, cabendo a outra aos da linha materna.

Art. 1.837 Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau (BRASIL, 2002).

Observa-se que estes dispositivos registram que a herança do filho falecido é dividida por linhas aos genitores, cabendo metade para cada. Maurício Cavallazzi Póvoas (2017, p. 119) explica que, na hipótese de cônjuge sobrevivente, este concorre com os ascendentes, sendo neste caso, dividido igual quinhão entre eles, sendo um terço para cada, quando ambos os pais sobrevivem e metade para cada, quando um dos pais é pré-morto ao filho.

É necessário explicar a construção histórica dos artigos mencionados, para que seja dada a correta aplicação e interpretação da intenção do legislador que, quando da edição do Código Civil em 2002, não imaginava que a multiparentalidade viria a ser reconhecida posteriormente. Maurício Cavallazzi Póvoas, em sua obra, expressa este entendimento:

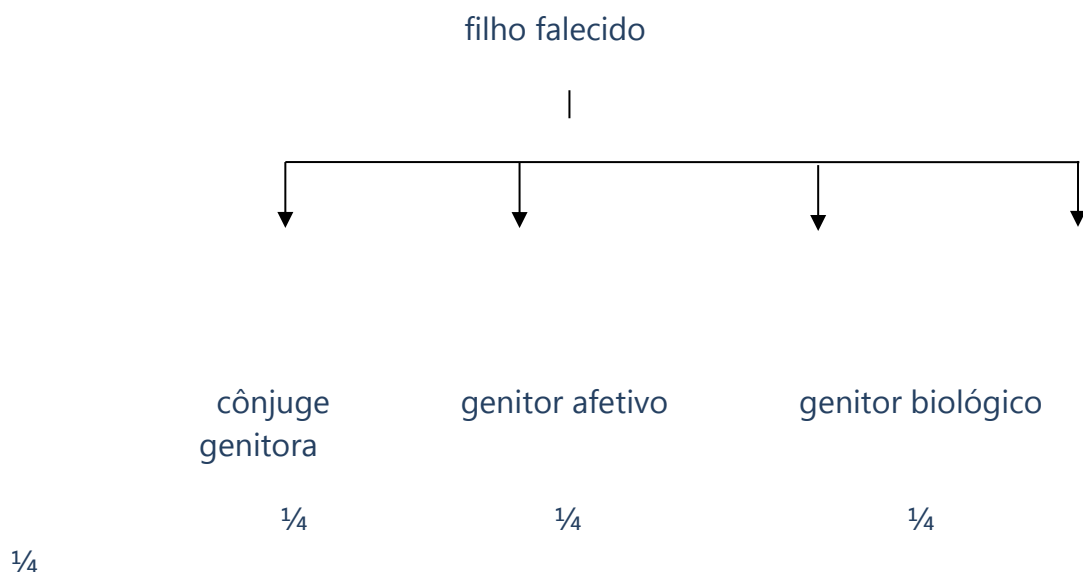
Quando da edição do Código Civil, em 2002, não se poderia imaginar que cerca de dez anos depois seria admitido no registro de nascimento de uma pessoa, a existência de mais de um pai ou mais de uma mãe. Assim, quando os artigos acima

foram redigidos, buscou-se o legislador, com clareza, fazer uma distribuição igualitária da herança aos ascendentes do falecido e ao cônjuge supérstite quando fosse a hipótese (PÓVOAS, 2017, p. 120).

Nota-se que a vontade do legislador sempre foi a distribuição igualitária da herança e, por intermédio dessa igualdade, os dispositivos do Código Civil mencionados devem ser assim interpretados nos casos de multiparentalidade. Desta forma, buscando o critério mais justo de divisão da herança e utilizando o intento de igualdade do legislador, no caso de morte do filho multiparental que possui dois pais (um afetivo e um biológico) e uma mãe, seria sua herança dividida em três quinhões iguais para cada uma das linhas. Se houvesse cônjuge sobrevivente, a herança seria então dividida em quatro quinhões para cada.

Maurício Cavallazzi Póvoas (2017, p. 120) explica como ocorreria no caso de haver concorrência do cônjuge com as ascendentes do filho multiparental:

Formulemos o seguinte exemplo: um filho, casado, que tem dois pais e uma mãe, todos vivos, vem a falecer. Aplicando-se o artigo 1.837, do CC, com base na intenção do legislador, que é distribuir a herança de forma igualitária a herança entre o cônjuge supérstite e os ascendentes de primeiro grau, a herança seria distribuída na fração de  $\frac{1}{4}$  para cada um deles, conforme esquema abaixo:



Segundo o autor (2017, p. 120), desta feita, da mesma forma ocorreria se um dos pais fosse pré-morto ao filho, a herança seria distribuída em três partes iguais,

ou seja, 1/3 para cada um dos genitores ainda vivos e para o cônjuge. Se dois fossem pré-mortos, seguindo o mesmo entendimento, a herança seria distribuída pela metade, sendo 1/2 para o cônjuge supérstite e 1/2 para o genitor vivo. Nos casos aqui abordados seriam instituídas a cada genitor uma linha sucessória, conforme demonstra Maurício Cavallazzi Póvoas (2017, p. 122): “Em caso de sucessão de ascendentes multiparentais, seriam estabelecidas tantas linhas sucessórias quantos fossem os genitores e distribuídos os quinhões dentro destas linhas, observada a igualdade para cada uma delas”.

Finaliza-se este capítulo com os ensinamentos de Euclides Benedito de Oliveira (2016), citado por Christiano Cassettari:

Como pano de fundo do estudo do direito sucessório aloca-se a principiologia constitucional de respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988), de obrigatória observância pelo sistema normativo. Nesse contexto, a atribuição de bens da herança aos sucessores deve ser pautada de acordo com esse critério de valorização do ser humano, de modo a que o patrimônio outorgado transmita uma existência mais justa e digna dentro do contexto social (*apud* CASSETTARI, 2017, p. 137).

Sendo assim, conclui-se que não há óbice ao duplo direito sucessório ao filho multiparental, pois o que basta para a igualdade de tratamento é o estado de filho, pouco importando definições discriminatórias que já não mais fazem parte do ordenamento jurídico civilista.

### **3 JULGADOS E JURISPRUDÊNCIAS DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS**

#### **3.1 VARA ÚNICA DE AIMORÉS-MG**

No município de Aimorés-MG ocorreu recente (2019) caso de multiparentalidade paterna. Trata-se de Ação de Reconhecimento de Paternidade ajuizada por A.C.R. (pai biológico) em face do menor J.V.S.S., representado por sua avó materna V.L.B.D.S, e em desfavor de J.L.S. (pai registral).

Em 2011, A.C.R. teve um relacionamento que durou apenas alguns meses com a genitora do menor, chegando ao fim quando a mesma ainda estava grávida. A.C.R. alegou que o relacionamento era conturbado e que houve vários rompimentos, por esse motivo acreditava que a genitora do menor manteve outros relacionamentos nos períodos em que permaneciam brigados/afastados. O requerente alegou ainda que, quando J.V.S.S. tinha apenas um mês de idade, sua genitora iniciou um novo

relacionamento com J.L.S., que comovido com a situação da criança e da mãe, registrou o menor como sendo seu filho. Posteriormente, J.L.S também rompeu o relacionamento com a genitora do menor, porém sempre auxiliou financeiramente e afetivamente na criação dele. A genitora de J.V.S.S. veio a óbito no ano de 2010, desde então o menor passou a residir com a avó materna. E no ano de 2013, A.C.R. requereu o reconhecimento da paternidade biológica, comprovada por exames de DNA.

Ante as peculiaridades do caso o Juiz de Direito decidiu pela multiparentalidade ao observar, por meio de estudo social, que esse era o melhor interesse do menor, em sua sentença, assim fundamentou o magistrado:

Vale ressaltar que no estudo realizado às fls. 59/61, a Assistente Social desse Juízo afirma que João Victor, 'ao receber a notícia do resultado de exame de DNA, ficou bastante emocionado e declarou que estava muito feliz em saber que é filho do requerente mas deixou claro que tem na figura de Júnior uma pessoa muito importante em sua vida, se referindo ao mesmo como um grande cara'. Cumpre salientar que há evidentes laços afetivos entre o menor e o pai registral, e também há vínculos afetivos com o pai biológico. O que resta, portanto, é a declaração paternidade de A.C.R em relação a J.V.S.S, mantendo J.L.S também como pai do menor. Isto porque, no caso em apreço a multiparentalidade parece ser a melhor solução para o caso, inclusive com a anuência do filho, consoante petição de fl. 81 e declarações por ele apresentadas quando da realização do Estudo Social, no sentido de desejar o reconhecimento da paternidade biológica, com inclusão do patronímico paterno biológico, ao mesmo tempo em que demonstra afeição em elevado grau em relação ao pai registral. Demais disso, a multiparentalidade vem a elevar a garantia protetiva do menor, seja para eventual contribuição alimentar seja em relação aos direitos sucessórios; isto, sem olvidar a manutenção do status familiar com aqueles que são, sob a ótica do incapaz, seu espelho paternal (AIMORÉS, 2019).

O processo foi decidido em 18 de junho de 2019 e a sentença foi publicada na íntegra no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, declarando J.V.S.S também filho de A.C.R e neto de E.R e A.R.D, ao tempo em que se manteve a paternidade registral já consolidada, de molde a existir, doravante, multiparentalidade paterna.

### 3.2 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

A decisão de repercussão geral nº. 622 já mencionada veio para firmar entendimentos que determinados tribunais brasileiros já haviam demonstrado em outras instâncias. O TJ-MG julgou em 30 de junho de 2016 o caso concreto descrito a seguir.

O autor, A.O.P., reivindicou na peça vestibular a paternidade do menor D.M.R.S., restando demonstrado o vínculo biológico com o requerido pelo exame de DNA. Contudo, o Sr. J.G.S., companheiro da mãe da criança exerce a função paterna e, inclusive, registrou a criança. A juíza da 2ª Vara Regional do Barreiro da comarca de Belo Horizonte, julgou procedente o pedido inicial, declarando que o autor A.O.P. (pai biológico) é o pai do réu, e excluindo a paternidade de J.G.S. Fora interposta por D.M.R.S. (menor), representado por sua genitora e por J.G.S (pai registral) apelação cível em face da sentença proferida. Da análise dos autos percebeu-se que o pai registral e o menor desenvolveram mútuo afeto, estabelecendo verdadeira relação de paternidade, restando demonstrado o vínculo socioafetivo. Não obstante o pai biológico mostrou-se arrependido de não ter assumido a criança, buscando, com a presente ação, estabelecer vínculo com o menor.

A Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, resolvendo o caso, assim decidiu:

Ao genitor não pode ser subtraída a oportunidade de obter provimento jurisdicional garantindo o reconhecimento do status de pai do menor, circunstância comprovada mediante a certeza científica decorrente da prova genética constituída no feito, visto que também merece relevo o fato de que a paternidade socioafetiva restou sobejamente demonstrada nos autos, ensejando a hipótese verdadeira ocorrência de multiparentalidade.

Possível o reconhecimento judicial da multiparentalidade, conceito que ampara a coexistência de filiação biológica e socioafetiva, preservando sempre o interesse do menor e a evidência das circunstâncias demonstradas nos autos, não obstante o entendimento, segundo o qual o reconhecimento da paternidade biológica redundaria necessariamente na exclusão da dimensão socioafetiva.

O reconhecimento da situação de multiparentalidade, com a garantia ao assentamento, no registro civil, tanto da



paternidade biológica quanto da socioafetiva, revela solução que se harmoniza com a preservação dos interesses do menor, considerando a ausência de hierarquia dentre as dimensões biológica ou socioafetiva da paternidade.

A multiparentalidade garante a estabilização das relações familiares, preservando os direitos individuais e o melhor interesse da criança, pilares constitutivos da ótica orientadora das relações privadas e da família no constitucionalismo contemporâneo.

Recurso provido em parte para reformar parcialmente a sentença.

V.V. 1. A paternidade há de ser reconhecida não como um fato da natureza, cuja origem se radica em pura base biológica, mas um fato cultural, que se assenta na circunstância de amar e servir, fundada no exercício da liberdade e autodeterminação. 2. Aquele que assume com todo o carinho, amor e dedicação, a criação de uma pessoa desde seu nascimento, numa convivência diária, outra denominação e reconhecimento não se pode dar, que não a do pai verdadeiro. 3. Existência de mútuo afeto, em relação já constituída com o pai registral, havendo reconhecimento da figura paterna pelo infante, não obstante sua tenra idade. 4. Relação de socioafetividade presente, que não pode ser desconsiderada com fundamento na inexistência de vínculo biológico ou em razão do arrependimento do pai biológico em não ter assumido o filho oportunamente (TJ-MG, 2016).

De se destacar que a criança já reconhecia o Sr. J.G.S. como pai, não sendo saudável para o infante provocar qualquer ruptura nesse relacionamento, que lhe dá confiança, proteção e estabilidade emocional. É importante destacar que na contestação os requeridos, ora apelantes, formularam pedido sucessivo pelo reconhecimento de dupla paternidade, sendo tal pedido também apresentado nas alegações finais do requerente, ora apelado, o que demonstra tanto o interesse das partes, quanto a viabilidade de se adotar a dupla paternidade para a solução do caso.

Desta feita, o TJ-MG decidiu pela multiparentalidade, possuindo o menor D.M.R.S. todos os direitos no que tange a filiação de ambos os pais, inclusive os sucessórios.

### 3.3 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

Em consonância com o Supremo Tribunal Federal, julgados recentes também abarcaram os múltiplos vínculos parentais. O TJ-RS julgou em 22 de novembro de 2018 o recurso de apelação interposto por F.S.M. e D.E.G., nos autos de ação de reconhecimento de filiação socioafetiva cumulada com alteração de registro civil, relatado a seguir.

O pedido formulado não teve por fim o afastamento da memória do pai biológico ou o rompimento do vínculo de F.S.M. com a família do genitor, mas atestar que seus laços afetivos sempre foram com D.E.G. Inclusive, houve o preenchimento dos requisitos caracterizadores do parentesco socioafetivo, quais sejam, nome, trato e fama, estando comprovada a posse do estado de filha de F.S.M. É importante asseverar que o genitor biológico de F.S.M. concordou com o reconhecimento desse vínculo socioafetivo.

A Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul assim decidiu:

Embora a existência de entendimento no sentido da possibilidade de conversão do parentesco por afinidade em parentesco socioafetivo somente quando, em virtude de abandono de pai ou mãe biológicos e registrares, ficar caracteriza a posse de estado da filiação consolidada no tempo, a vivência dos vínculos familiares nessa seara pode construir a socioafetividade apta a converter a relação de afinidade em paternidade propriamente dita. Sob essa ótica, a filiação socioafetiva, que encontra alicerce no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, realiza a própria dignidade da pessoa humana, constitucionalmente prevista, porquanto possibilita que um indivíduo tenha reconhecido seu histórico de vida e a condição social vivenciada, enaltecendo a verdade real dos fatos. Multiparentalidade que consiste no reconhecimento simultâneo, para uma mesma pessoa, de mais de um pai ou mais de uma mãe, estando fundada no conceito pluralista da família contemporânea. Caso dos autos em que a prova documental acostada aos autos e o termo de audiência de ratificação evidenciam que ambas as partes, maiores e capazes, desejam o reconhecimento da filiação socioafetiva e da Multiparentalidade, o que, ao que tudo indica, não traria qualquer prejuízo a elas e a terceiros. Genitor biológico da

apelante que está de acordo com o pleito, sendo que o simples ajuizamento de ação de alimentos contra ele em 2008, com a respectiva condenação, não descaracteriza, por si só, a existência de parentalidade socioafetiva entre os apelantes. Apelação provida (TJ-RS, 2018).

A apelação fora provida, fazendo jus a recorrente a todos os direitos inerentes ao estado de filho, inclusive ao recebimento da herança.

#### .4 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

A demanda foi julgada em 14 de agosto de 2012, quando os múltiplos vínculos parentais começaram a dar os seus primeiros vestígios. Esse julgamento, em especial, apresenta um caso concreto de reconhecimento da multiparentalidade *post mortem*, isto é, após a morte.

Sucintamente, A.B.G., nascido em 26 de junho de 1993, perdeu sua mãe biológica, três dias depois do parto, em decorrência de acidente vascular cerebral. Meses após seu pai conheceu V.M.G., com quem acabou se casando, tempo em que a criança tinha dois anos, sendo por ela criado como filho. Nessa situação, a autora poderia simplesmente adotar o enteado, mas por respeito à memória da mãe, vítima de infortúnio que comoveu toda a comunidade que a homenageou atribuindo seu nome a uma rua e a um consultório odontológico municipal, e também por carinho a família dela com quem mantém estreito relacionamento, optou por requerer a plurimaternidade.

A Primeira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo assim decidiu:

**MATERNIDADE SOCIOAFETIVA** Preservação da Maternidade Biológica Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família - Enteado criado como filho desde dois anos de idade Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes - A formação da família moderna não-consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade Recurso provido (TJ-SP, 2012).

Ante as peculiaridades do caso, o recurso fora provido para declarar a maternidade socioafetiva de V.M.G. em relação a A.B.G., permitindo a constar do assento de nascimento, sem prejuízo e concomitantemente com a maternidade biológica.

#### **4 CONCLUSÃO**

A pesquisa teve como questão norteadora a seguinte problemática: o reconhecimento dos múltiplos vínculos parentais geraria para o ordenamento jurídico e fático o direito à herança, bem como os efeitos recíprocos da sucessão oriundos da filiação socioafetiva e da filiação biológica para o filho multiparental?

Ao término da análise, foi possível observar que o Brasil tem priorizado a efetivação do direito das famílias, vedando distinções discriminatórias acerca da origem da filiação, garantindo-se aos filhos multiparentais todos os devidos direitos, inclusive os sucessórios. Atestou-se que os tribunais brasileiros, antes mesmo da decisão inovadora do Supremo Tribunal Federal, já haviam afirmado a importância desses vínculos.

Apesar da complexidade do tema, procurou-se manter uma linguagem clara, explicando por meio de conhecidos doutrinadores do direito civilista os principais institutos ligados a multiparentalidade e aos direitos sucessórios. Sucintamente, foi tratado sobre a evolução histórica do reconhecimento dos filhos, as espécies de filiação, o reconhecimento dos múltiplos vínculos parentais e os efeitos sucessórios gerados por esse reconhecimento.

Desse modo, conclui-se que o reconhecimento dos múltiplos vínculos parentais é considerado uma casuística e, além disso, é um direito que veio para reafirmar a crescente busca pelo modelo familiar eudemonista, demonstrando, mais uma vez, que é o direito que deve se adaptar à sociedade e não o contrário.

#### **REFERÊNCIAS**

AIMORÉS (comarca). **Ação nº. 0017145-48.2013.8.13.0011**. Vara Única da Comarca de Aimorés-MG. Juiz de Direito: Anderson Zanotelli. Aimorés: DJe, 2019.

BERMAN, José Guilherme. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2016.

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

\_\_\_\_\_. **Decreto nº. 521 de 26 de junho de 1890**. Rio de Janeiro: Sala das Sessões do Governo Provisório, 1890.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 6.515 de 26 de dezembro de 1977**. Brasília-DF: Senado, 1977.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 8.069 de 13 de julho de 1990**. Brasília-DF: Senado, 1990.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Brasília-DF: Senado, 2002.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 13.509 de 22 novembro de 2017**. Brasília-DF: Senado, 2017.

CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi; ENGELMANN, Wilson. **DNA e investigação criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva**: efeitos jurídicos. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CJF. Conselho da Justiça Federal. **V Jornada de Direito Civil**. Brasília-DF: CJF, 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/2KZDuF6>>. Acesso em: 15 fev. 2019.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº. 63 de 14 de novembro de 2017**. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília-DF: CNJ, 2017.

CORRÊA, André. Modelo familiar eudemonista. **Jus Brasil**, 11 dez. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2ZhI0Uv>>. Acesso em: 17 fev. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 5.

GILDO, Nathália. Evolução histórica do conceito de filiação. **Jus.com.br**, 16 fev. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2PgUJaq>>. Acesso em: 04 fev. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 6.

IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. A trajetória do divórcio no Brasil: a consolidação do estado democrático de direito. **Jus Brasil**, 08 jul. 2010. Disponível em: <<https://bit.ly/31Sq2tq>>. Acesso em: 04 fev. 2019.

MIOLA, Ana Luísa Imoleni; ROSA, Karine Azevedo Egypto. Multiparentalidade: prevalência de interesses meramente patrimoniais? **Revista Jus Navigandi**,

Teresina, a. 22, n. 5.189, 15 set. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/30LIyTW>>. Acesso em: 30 jan. 2019.

PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. **Multiparentalidade**: a possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos. 2. ed. rev. ampl. Florianópolis: Conceito, 2017.

RESENDE, Cecília Cardoso Silva Magalhães. As questões jurídicas da inseminação artificial heteróloga. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 17, n. 3.234, 09 mai. 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/2HheOH9>>. Acesso em: 16 fev. 2019.

SILVA, Janaína Lopes. **O direito à herança em casos de multiparentalidade**. 2016. 72 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília-DF, 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2MvAIL2>>. Acesso em: 02 fev. 2019.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº. 149 de 13 de dezembro de 1963**. Brasília-DF: STF, 1963.

\_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário nº. 898.060-SC**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília-DF: DJe, 2019.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº. 301 de 18 de outubro de 2004**. Brasília-DF: DJ, 2004.

\_\_\_\_\_. **Recurso Especial nº. 1674849-RS**. Terceira Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília-DF: DJe, 2018.

STORNILO, Ivo (Coord.). **Bíblia sagrada**. 5. reimpr. São Paulo: Paulus, 2017.

TARTUCE, Flávio. Anotações ao provimento 63 do Conselho Nacional de Justiça – Parte II. **Migalhas**, 30 mai. 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2Nx0T3J>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

TJ-MG. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº. 1.0024.13.321589-7/001**. Quinta Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Áurea Brasil. Belo Horizonte: DJe, 2016.

TJ-RS. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº. 70077198737**. Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador José Antônio Daltoe Cezar. Porto Alegre: DJe, 2018.



TJ-SP. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº. 0006422-26.2011.8.26.0286**. Primeira Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Alcides Leopoldo e Silva Júnior. São Paulo: DJe, 2012.

WELTER, Belmiro Pedro Marx. Teoria tridimensional do direito de família. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, n. 71, p. 127-148, jan/abr. 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/30nhyds>>. Acesso em: 30 jan. 2019.

## **O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E OS REFLEXOS NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO NA LEI Nº 13.964/2019**

**ANDERSON MARCOS RIBAS:**

acadêmico de Direito, servidor público estadual do Tocantins, Instituição de ensino Faculdade Serra do Carmo-FASEC. Palmas-TO.

**ÊNIO WALCÁCER DE OLIVEIRA FILHO<sup>15</sup>**

(orientador)

**RESUMO:** Este artigo tem como objetivo analisar o Art. 28-A da Lei n. 13.964/2019 e os seus reflexos na legislação penal e conseqüentemente no encarceramento no Brasil, o referido diploma legal criou o sistema de não persecução, um negócio jurídico penal que pode gerar um novo tipo de resolução de crimes que desafogue o sistema carcerário brasileiro, trazendo peculiaridades sobre a aplicação no caso concreto, utilizando como linha de pesquisa científica os dados de encarceramento no sistema penal brasileiro e os crimes abarcados pelo novo sistema negocial.

**Palavras-chave:** Lei n. 13.964/2019; Acordo de não persecução; Encarceramento no Brasil

**ABSTRACT:** This article aims to analyze Art. 28-A of Law no. 13,964 / 2019 and its repercussions on penal legislation and consequently on incarceration in Brazil, the aforementioned legal degree created the non-prosecution system, a criminal legal business that can generate a new type of crime resolution that relieves the Brazilian prison system, bringing peculiarities about the application in the specific case, using the data of incarceration in the Brazilian penal system and the crimes covered by the new negotiation system as a scientific research line.

**Keywords:** Law no. 13,964 / 2019; Non-persecution agreement; Incarceration in Brazil.

---

<sup>15</sup>Ênio Walcácer de Oliveira Filho. Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos. Especialista em Ciências Criminais. Pós graduado em Direito e processo administrativo. Graduado em direito e também em Comunicação Social. Todos os cursos pela Universidade Federal do Tocantins. Delegado de Polícia Civil do Tocantins. Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal. Escritor de obras jurídicas, parecerista.

## 1 – INTRODUÇÃO

Após vários debates diante da propositura do pacote anticrime, um conjunto de normas apresentadas pelo governo federal, por meio de seu então ministro da justiça Sérgio Moro, uma das inovações mais profundas no sistema processual brasileiro foi o acordo de não persecução, que amplia de forma marcante as possibilidades da justiça negocial penal no Brasil, tornando o que antes eram microssistemas de negociações em um sistema aplicável a uma grande quantidade de crimes que serão abordados no presente artigo.

Com o advento do artigo 28-A no Código de Processo Penal, criou-se o sistema de não persecução, um negócio jurídico penal que pode gerar um novo tipo de resolução de crimes que desafogue o sistema carcerário brasileiro, trazendo peculiaridades sobre a aplicação no caso concreto.

Uma linha de pesquisa irá abordar dados de encarceramento no Brasil e os crimes abarcados pelo novo negócio penal, de forma que possamos compreender melhor a aplicação do dispositivo e concluirmos se com este novo instituto conseguirá reduzir o encarceramento.

O presente artigo buscará através de um estudo de pesquisa criteriosa explanar sobre os crimes abarcados pelo acordo de não persecução, suas peculiaridades e aspectos, e os efeitos deste no ordenamento jurídico brasileiro.

## 2 – O SISTEMA CLÁSSICO ANTES DO ADVENTO DO ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

É essencial, antes que iniciemos um estudo da repercussão e as inovações do acordo de não persecução no Brasil, pós Lei 13.964/2019, a Lei Anticrime, que analisemos o panorama do sistema penal (direito penal, processo penal e execução penal) hodiernamente no País.

Questões essenciais devem ser levadas em conta quando estudamos o sistema processual penal, dentre elas destacamos o encarceramento crescente no Brasil, devido a grande profusão de tipos penais incriminadores, bem como a utilização de um sistema prisional como regra geral indistintamente para qualquer crime, seja de forma preventiva como após a sentença penal condenatória, quando deveria ser a *ultima ratio* para solução dos casos penais, sendo utilizado tão somente

para casos mais graves, ainda dentro de um sistema de diversidade de tipos penais incriminadores.

Importante ainda que tracemos um panorama do sistema penal e processual penal anterior à Lei Anticrime, apresentando quais institutos, sejam eles penais ou processuais, que eram voltados para a evitação do ergástulo no Brasil.

## 2.1 - O NÚMERO DE ENCARCERAMENTO NO BRASIL.

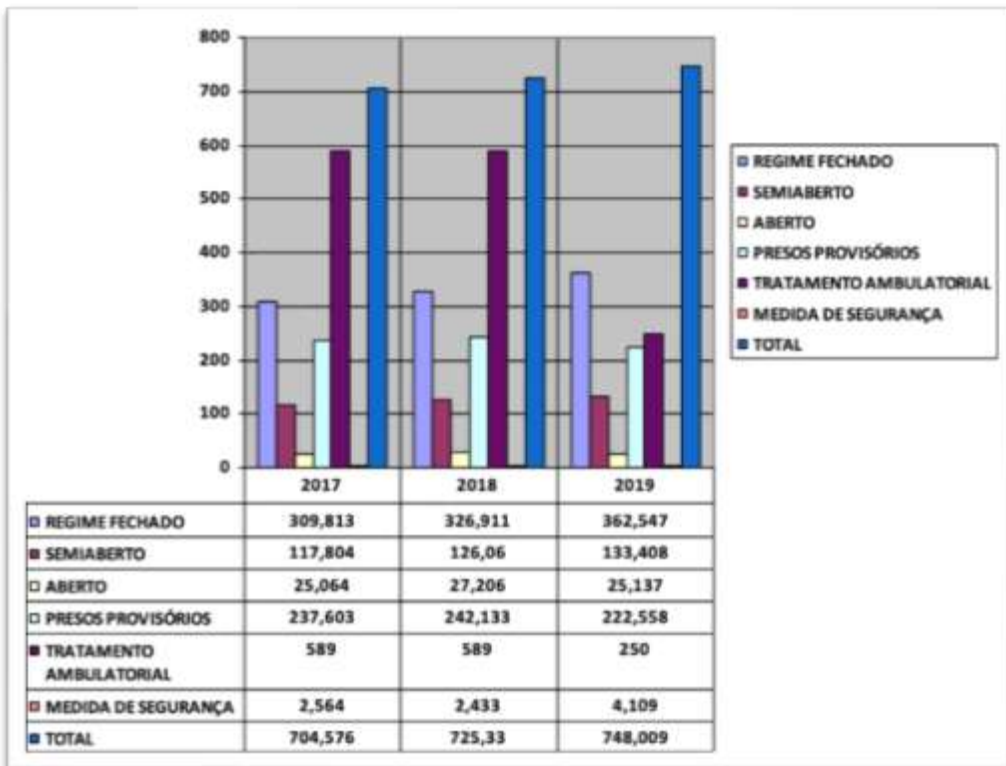
Para o presente estudo foram utilizados os dados disponibilizados pelo Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (Infopen), tendo como base os anos 2017, 2018 e 2019, este sistema de informações foi criado com o objetivo de construir um banco de dados unificado que pudesse agregar dados federais e estaduais sobre os estabelecimentos penais e a população penitenciária. Nele é possível ter acesso a uma série de informações sobre o sistema prisional e o perfil da população carcerária.

O Brasil tem a terceira maior população carcerária do mundo ficando atrás somente dos Estados Unidos e China, atualmente o Brasil conta com mais de 748 mil presos em unidades prisionais e nas carceragens das delegacias números estes que cresce vertiginosamente todos os dias (INFOPEN, 2020).

O sistema carcerário brasileiro possui 748,009 entre presos federais e estaduais 362,547 (48,47%) presos no regime fechado, 133,408 (17,84%) no regime semiaberto, 222,558 (29,75%) presos provisórios, 25,137 (3,36%) no aberto, 250 em tratamento ambulatorial e 4,109 (0,59%) em medida de segurança período compreendido de julho de 2019 a dezembro do mesmo ano (INFOPEN, 2019).

No ano de 2018 a população carcerária total era de 725,332, sendo que 326,911 (45,07 %) no regime fechado, 126,060 (17,38%) no semiaberto, 27,206 (3,75%) no aberto, 242,133 (33,38%) presos provisórios, 589 em tratamento ambulatorial e 2,433 (0,34%) em medida de segurança no período de julho de 2018 a dezembro do mesmo ano (INFOPEN, 2018).

Já no ano de 2017 a população carcerária total era de 704,576, sendo que 309,813 (43,97 %) no regime fechado, 117,804 (16,72%) no semiaberto, 25,064 (5,13%) no aberto, 237,7603 (33,75%) presos provisórios, 589 em tratamento ambulatorial e 2,564 (0,36%) em medida de segurança no período de julho de 2017 a dezembro do mesmo ano (INFOPEN, 2017).



**FIGURA 1. POPULAÇÃO CARCERÁRIA NOS ANOS 2017, 2018 E 2019.**

## 2.2 - O SISTEMA TRADICIONAL E AS SOLUÇÕES ALTERNATIVAS À PRISÃO

### 2.2.1 Das Penas Restritivas De Direitos.

O sistema de penas alternativas segundo Damásio Evangelista de Jesus, em sua obra *Penas Alternativas* descreve o seguinte:

Em todo o texto das Regras de Tóquio a expressão medida não privativa de liberdade' refere-se a qualquer providência determinada por decisão proferida por autoridade competente, em qualquer fase da administração da Justiça Penal, pela qual uma pessoa suspeita ou acusada de um delito, ou condenada por um crime, submete-se a certas condições ou obrigações que não incluem a prisão. A expressão faz referência especial às sanções impostas por um delito, em virtude das quais o delinquente deva permanecer na comunidade e obedecer a determinadas condições. (Regras de Tóquio, Introdução (JESUS, 1999, p. 28).

Por outro lado Capez, em sua obra Curso de Direito penal 1, parte geral, conceitua medidas penais alternativas:

Constituem toda e qualquer medida que venha a impedir a imposição da pena privativa de liberdade, tais como reparação do dano extintiva da punibilidade, exigência de representação do ofendido para determinados crimes, transação penal, suspensão condicional do processo, composição civil caracterizadora da renúncia ao direito de queixa ou representação etc.

Não se trata de penas, mas de institutos que impedem ou paralisam a persecução penal, não se confundindo, portanto, com as penas alternativas (CAPEZ, 2019).

Versa sobre um determinado perfil de crime, ou seja, as infrações penais são de pequeno ou de médio potencial ofensivo que atinge bens jurídicos com menor impacto com relação à lesividade.

Capez (2019), em sua obra Curso de Direito penal 1 parte geral, conceitua que:

Penas alternativas constituem toda e qualquer opção sancionatória oferecida pela legislação penal para evitar a imposição da pena privativa de liberdade (CAPEZ, 2019).

Portanto, trata-se de uma sanção penal imposta no lugar da pena privativa de liberdade, tais penas estão elencadas no Art. 43 do Código Penal:

As penas restritivas de direitos, também chamadas de penas alternativas, são autônomas e substituem as penas privativas de liberdade. Tendo como condição ser a pena privativa de liberdade não superior a 04 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos.

Assim, ao revés, o art. 54 do mesmo Código, reza que as penas restritivas de direitos são aplicadas em substituição da pena privativa de liberdade, fixado em quantidade inferior a um ano, ou nos crimes culposos.



Igualmente, o art. 180 da Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal, que trata das conversões, compreende que a pena privativa de liberdade, não superior a dois anos, poderá ser convertida em restritiva de direitos, desde que:

A instituição e a prática das conversões demonstram a orientação da reforma como um todo, consistente em dinamizar o quadro da execução de tal maneira que a pena finalmente cumprida não é, necessariamente, a pena da sentença. Esta possibilidade, permanentemente aberta, traduz o inegável empenho em dignificar o procedimento executivo das medidas de reação ao delito, em atenção ao interesse público e a dependência exclusiva da conduta e das condições pessoais do condenado. Todas as hipóteses de conversão, quer para agravar, quer para atenuar, resultam, necessariamente, do comportamento do condenado, embora sejam também considerados os antecedentes e a personalidade, mas de modo a complementar a investigação dos requisitos (MARCÃO, 2015)

Portanto, a possibilidade de conversão de pena de liberdade em restritivas de direitos está regulada na Lei de Execuções Penais, em *verbis*:

Art. 180. A pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser convertida em restritiva de direitos, desde que:

- I - o condenado a esteja cumprindo em regime aberto;
- II - tenha sido cumprido pelo menos 1/4 (um quarto) da pena;
- III - os antecedentes e a personalidade do condenado indiquem ser a conversão recomendável (BRASIL, 1984).

Assim, se o condenado, que, no exercício da pena, lhe resta cumprir um *quantum* igual ou inferior a quatro anos, e preencher os requisitos o mencionado art. 180 da LEP, terá o direito em converter a pena de prisão a ser cumprida em pena restritiva de direitos.

A lei de Execução Penais prevê, ainda, como incidente da execução, a possibilidade de o Juiz converter a pena privativa de liberdade não superior a 2 anos em restritiva de direitos,

desde que o condenado esteja cumprindo pena em regime aberto, que tenha cumprido ao menos  $\frac{1}{4}$  da pena e que os antecedentes e a personalidade do sentenciado indiquem ser a conversão recomendável (art. 180 da LEP) (GONÇALVES, 2019).

Conforme Angelim (2016).

As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Ademais, nas convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferida a possibilidade da preferência das penas alternativas ao encarceramento.

As medidas alternativas de prisão trazem inúmeras vantagens: evitam que o condenado por crimes de menor potencial fiquem encarcerado com presos que cometeram crimes mais graves; diminuem gastos com o Sistema Penitenciário que já tem pouca estrutura e está superlotado; possibilita a reeducação e ressocialização dos presos evitando a reincidência e transformando os serviços gratuitos prestados pelo sentenciado em benefícios para a toda sociedade.

Como se observa, as penas alternativas, em casos envolvendo crimes com menor potencial lesivo ao sistema jurídico, mostram-se muito mais benéficas ao condenado e à sociedade que as penas privativas de liberdade. Estas, nos casos leves, tornam-se muito mais onerosas e tem um efeito contrário, ao invés de ressocializar o apenado, na verdade o introduz na senda criminal mais gravosa, pois o expõe à criminalidade mais perigosa.

Assim, a pena que tem caráter pedagógico ressocializador adquire efeito contrário, terminando por desvirtuar totalmente o preso, que fatalmente voltará a reincidir.

### **2.2.2 - Penas alternativas como instrumento de reintegração social do apenado.**

Antes da entrada da Lei nº. 9.099/95 no sistema jurídico pátrio, existia uma única jurisdição de resolução de conflito em que de um lado ficava a acusação e do outro a defesa, tornando os processos morosos e sem efetividade a pequenos

conflitos cotidianos como por EX: uma cobrança de pequena dívida ou uma ação de despejo. Com o advento desta lei, os juizados especiais cíveis e criminais passaram a ser um importante meio de acesso à justiça eficiente e gratuita.

A Lei 9.099/95 trouxe uma grande alteração ao sistema com a possibilidade de aplicação de uma justiça consensual ao processo penal, popularizou as penas alternativas à prisão e a reparação do dano que até esse momento, gozavam de pouca utilidade e credibilidade pelos operadores do sistema de justiça criminal, a referida lei é um antecedente mais próximo ao modelo que foi implementado com o Art. 28-A pela Lei nº 13.964 / 2019 no Código de Processo Penal (CPP), sendo o precursor da justiça negocial no Brasil.

Observe-se que a lei, prevê um tratamento próprio para as infrações de menor potencial ofensivo, aqueles com pena máxima não superior a dois anos, cominados ou não com multa, com a possibilidade de conciliação entre as partes e transação com o Ministério Público, mediante a aprovação imediata da aplicação de uma pena restritiva de direitos ou multa, ou ainda, a suspensão condicional do processo.

Segundo Cunha:

Embora não represente o ideal mais puro de Justiça Restaurativa, a Lei nº 9.099/95 é um marco inicial no campo legislativo, viabilizando a nova forma de interação em torno do crime, aproximando ofendido e infrator na busca da reparação do dano. A Lei nº 11.719/08 (que alterou o CPP) confirma essa tendência, a partir do momento em que permite ao juiz, na sentença condenatória, fixar valor mínimo indenizatório à vítima (CUNHA, 2015, p. 386).

A Justiça Restaurativa busca reparar o dano causado à vítima. O grande protagonista é a vítima, e não o Estado. Parte do ponto de que nem todo crime afeta o interesse do Estado, muitos crimes ficam limitados à vítima, ao agente, e na comunidade em que vivem, a exemplo da briga de vizinhos. Assim, deixa de lado a ideia de punição, para buscar a conciliação entre os envolvidos, ou seja, o reequilíbrio das relações entre o agente e a vítima. A justiça restaurativa é dotada de meios informais e flexíveis.

Consoante conclusão de Angelim (2016).

Hodiernamente, o ordenamento jurídico passou a volver suas atenções à reparação do dano, é a chamada terceira via do direito penal, sendo a primeira a pena e a segunda a medida de segurança. Na lei 9.099/99 o Estado deixa de cominar as duas primeiras vias para aplicar a composição civil dos danos. E como consequência visível, teremos o desafogamento do sistema penitenciário.

Com isso, busca-se diminuir as demandas penais judicializadas, o que culminaria posteriormente em encarceramento. Essa política visa à diminuição da população carcerária no Brasil, que como sabido tem uma das maiores quantidades de presos do mundo, ficando atrás de China e Estados Unidos.

Com a possibilidade de evitar o encarceramento desnecessário de pessoas e de quebra restaurar as relações sociais que foram rompidas pelo delito, por óbvio a terceira via penal se mostra a mais viável.

### **3 – O SISTEMA TRAZIDO PELA LEI 13.964 DE 2019 E O ART. 28-A**

#### **3.1. QUAL É O NOVO SISTEMA DO ART. 28-A.**

Com o advento da Lei 13.964/2019 houve grandes mudanças no sistema penal e processual Brasileiro. Com o acordo de não persecução penal vislumbra-se uma inovação no direito brasileiro, ou seja, fazendo parte da chamada justiça criminal negocial ou “*plea bargain*”, instituto utilizado pelo direito norte-americano.

*plea bargaining* como [A] negociação entre o arguido e o representante da acusação, com ou sem a participação do juiz, cujo objecto integra recíprocas concessões e que contemplará, sempre, a declaração de culpa do acusado (*guilty plea*) ou a declaração dele de que não pretende contestar a acusação *plea of nolo contendere* (ALBERGARIA, 2007, p. 11).

Tal instituto já vinha sendo adotado no ordenamento jurídico através da Lei 9.099/95, contudo em um escopo menor, apenas para crimes cuja pena máxima não excedesse a 2 anos.

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de

arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. (BRASIL, 1995)

Pela Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) houve também uma tentativa de incorporar no sistema, pela via transversa, o acordo de não persecução, da seguinte forma:

Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente. (BRASIL, 2016)

Já no sistema inaugurado pela Lei 13.964/2019, que incluiu o art. 28-A no CPP, há a possibilidade de utilização do acordo de não persecução nos casos em que: (a) o acusado tenha confessado formal e circunstancialmente a prática da infração; (b) a infração não tenha sido cometida com violência ou grave ameaça; (c) a pena mínima para o crime abstratamente prevista seja inferior a 4 anos; (d) o acordo seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Além disso, algumas condições devem ser ajustadas consensualmente, quais sejam:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do artigo 46 do CP;

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do CP a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (BRASIL, 2019)

Conforme Lopes Jr. e Josita (2020):

O dispositivo legal que tratou do tema não especificou como deveria ser feita esse cálculo, limitando-se no § 1º do art. 28-A a dizer que para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. Deixa dúvida sobre que fração usar.

A doutrina diverge a respeito do tema. Cremos, entretanto, que deve-se ser levado em conta o direcionamento proposto pela Súmula 723 do STF que afirma: não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano.

Não se aplicam ao acordo de não persecução penal, nas seguintes hipóteses:

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. (BRASIL, 2019)

Além das condições ajustadas cumulativa e alternativamente e da não aplicabilidade do acordo de não persecução penal, o Art. 28-A trás dentro dos seus parágrafos a formalidade do rito processual na aplicação do diploma em comendo,



ou seja, dentro do próprio código de processo penal CPP o Art. 28-A é contemplado com um micro sistema processual dentro do próprio sistema do CPP.

A formalização do acordo de não persecução se dará na forma do art. 28-A do Código de Processo Penal, entre os parágrafos 3º e 9º, sendo que, primeiramente, deve ser o mesmo formalizado por escrito, sempre na presença do acusado, defensor e Ministério Público, nos termos do §3º. Após formalização, deverá ser submetido ao juiz que verificará a voluntariedade por meio de audiência designada para tanto, conforme preceituado no §4º. Nesta primeira parte há a oficialização do acordo, negociado entre Ministério Público e Defensor no interesse comum do acusado e do Estado, devendo o juiz fazer o controle de legalidade do acordo e, concordando, homologá-lo, nos termos do §6º, quando será dado início ao cumprimento do acordo junto ao juiz da execução penal, promovido pelo Ministério Público.

O acordo de não persecução penal foi incluído com a Lei nº 13.964 de 2019, que aperfeiçoa a legislação penal e processual penal, trouxe em seu Art. 28-A a possibilidade do acordo de não persecução penal com um micro sistema dentro do próprio sistema processual com condições cumulativa, alternativa, de não aplicabilidade do acordo e formalidade do rito processual na aplicação do diploma em comendo.

### 3.2. CRIMES ABARCADOS PELA LEI Nº 13.964/19.

Com a inserção do Artigo 28-A do CPP através da Lei 13.964/19, passou-se a ter a possibilidade de não persecução penal nos crimes cuja pena mínima seja inferior a 4 anos de prisão, excluídos os de competência do juizado especial criminal, ocorridos sem violência ou grave ameaça à pessoa ou aqueles de natureza doméstica e familiar.

Tais infrações serão estudadas no presente capítulo, com as suas possibilidades de ser contemplado ou não pelo sistema de barganhas inserido através deste novo diploma legal.

Na seara criminal o nosso ordenamento jurídico possui diversas legislações com a possibilidade de fazer uso do diploma legal em estudo, ou seja, o Art. 28-A abarca varias legislações como, por exemplo, os Crimes ambientais, Lei eleitoral, Lei de transito e o Código Penal.

No que tange aos crimes ambientais pode-se apontar as seguintes leis e seus respectivos artigos: Lei nº 7.802/89, que dispõe sobre o controle e fiscalização envolvendo os agrotóxicos no território brasileiro em seu Art. 16.

Lei nº 6,453/77, que dispõe sobre a responsabilidade civil e criminal envolvendo danos nucleares, traz os crimes no Art. 20 até o Art. 27.

Lei nº 9.605/98, que dispõe sobre crimes de natureza ambiental, traz diversos artigos com a possibilidade de realização do acordo de não persecução penal, ou seja, os Arts. 30, 33, 34, 35, 38, 38-A, 39, 40, 41, 42, 50-A, 54, 56, 61, 62, 63, 67, 68, 69, 69-A.

Lei nº 7.805/89, que dispõe sobre o regime de lavra de minerais no subsolo nacional, traz o seguinte crime no Art. 21.

Lei nº 5,197/67, que dispõe sobre a proteção da fauna traz os crimes contra animais silvestres em seu Art.27.

Já nos crimes eleitorais é possível destacar os seguintes artigos: Art. 298 e Art. 299.

Na Lei de trânsito nº 9.503/97, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro traz os seguintes crimes cometidos envolvendo veículo automotor nos seguintes Arts: 302,306,308.

O Código Penal brasileiro CP na sua parte especial, ou seja, do título I ao título XI, está inserido os tipos penais e suas sanções do Art. 121 ao Art. 359-H, ao analisar as possibilidades de aplicação do Art. 28-A no caso em concreto foi possível constatar que 113 (cento e treze) artigos serão afetados pela possibilidade de barganha inserida por este novo sistema negocial de penas.

#### **4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com o aumento vertiginoso do encarceramento no Brasil, onde no ranking mundial, contamos com a terceira maior população carcerária do mundo apenas atrás de China e EUA, com o objetivo de redução carcerária e eficiência processual foi aprovado o pacote anticrime pela Lei nº 13.964/2019, trazendo reflexos no sistema penal brasileiro.

Como exposto nos capítulos anteriores os efeitos da referida lei em especial em seu Art. 28-A trata da possibilidade da suspensão da pena através de um sistema de barganhas nos crime com pena mínima de até 4 anos, sem violência ou grave ameaça e que não envolva violência doméstica ou familiar. .Com isso, busca-se diminuir as demandas penais judicializadas, trazendo celeridade processual e avanços ao permitir que infrações menos graves possam ter como sanções penas alternativas.

Esta inovação no Código Processual Penal, possui requisitos e características expressos no artigo 28-A, que devem ser levadas em consideração pelo Ministério Público no momento de realizar o acordo de não persecução.

Conclui-se, portanto deste estudo, que este novo micro sistema processual a primeiro momento, haverá uma redução gradual dos processos nas varas penais tanto da justiça federal quanto da justiça estadual, pois o acordo de não persecução é feito de forma extrajudicial entre as partes e posteriormente homologado pelo Juízo competente, onde haverá celeridade e economicidade processual.

Sobre a diminuição na população carcerária no Brasil, a primeiro momento na há como prevê o real impacto, pois levará algum tempo para podermos apresentar índices de melhoria ou não no sistema carcerário. A maioria das previsões do acordo de não persecução penal é acertada segundo estudos de juristas, porém somente com o tempo de aplicabilidade da Lei que chegaremos a uma certeza concreta.

## 5 – REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Pedro Soares. **Plea Bargaining**: aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A, Coimbra: Almedina, 2007. p. 11.

ANGELIM, Augusto Cleriston de Castro Lustosa. **Penas alternativas como instrumento de reintegração social do apenado no sistema penal brasileiro**. 01/12/2016. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/penas-alternativas-como-instrumento-de-reintegracao-social-do-apanado-no-sistema-penal-brasileiro/>>. Acesso em: 16 maio 2020.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 181.7 de agosto de 2017**. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2020.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN**. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>>. Acesso em: 15 março 2020.

BRASIL. **Decreto - Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 16 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em: 01 maio 2020.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 01 maio 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Vol. 1 (Parte Geral)

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

GARCIA, Emerson. **O Acordo de não persecução penal passível de ser celebrado pelo ministério público**: Breves reflexões. jun. 2018. Disponível em: <[http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1242829/Emerson\\_Garcia.pdf](http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1242829/Emerson_Garcia.pdf)>. Acesso em: 16 maio 2020.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de direito penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Penas Alternativas**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 28/29

LAI, Sauveí. **Primeiras impressões sobre o acordo de não persecução penal**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/320078/primeiras-impresso-es-sobre-o-acordo-de-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 15 maio 2020.

LOPES JR, Aury; JOSITA, Higyna. **Questões polêmicas do acordo de não persecução penal**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 15 maio 2020.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PEREIRA, Jeferson Botelho. **A novíssima Lei nº 13.964, de 2019 e o pacote anticrime**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/78728/a-novissima-lei-n-13-964-de-2019-e-o-pacote-anticrime>>. Acesso em: 01 maio 2020.

SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches. **A legalidade do acordo de não persecução penal: uma opção legítima de política criminal**. Disponível em: <<https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/10/f257da7d-legalidade-do-acordo-de-nao-persecucao.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2020.

## RESPONSABILIDADE SOCIAL E EMPRESARIAL: OS IMBRÓGLIOS JURÍDICOS DEPOIS DA TRAGÉDIA EM BRUMADINHO E MARIANA

**DANIELLE DOS SANTOS:** Estudante de Direito / Auxiliar Jurídica.

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO<sup>16</sup>

(orientadora)

**RESUMO:** A responsabilidade social empresarial não é algo novo, contudo em meados da década de noventa esse assunto passa de coadjuvante para ator principal. O objetivo geral do trabalho é expor a responsabilidade Social e Empresarial do Grupo Vale, na tragédia de Brumadinho e Mariana. Como objetivos específicos discute-se a responsabilidade social de forma geral, a responsabilidade social perante o direito, o caso Samarco e da Vale em Brumadinho e Mariana e os imbróglis jurídicos que acercam essa tragédia anunciada. Trata-se de uma revisão na bibliografia pertinente ao tema, baseada em artigos científicos disponíveis na internet e de acesso gratuito. Apesar de um tema pujante, a literatura é escassa e o entendimento jurídico sobre o caso é frágil e permeável as expertises e interesses de agentes

**Palavras-Chaves:** Direito; Responsabilidade Social Empresarial; Direito Empresarial;

**ABSTRACT:** Corporate social responsibility is not something new, however in the mid-nineties this issue went from supporting to leading actor. The general objective of the work is to expose the social and Corporate responsibility of the Vale Group, in the tragedy of Brumadinho and Mariana. As specific objectives, social responsibility is discussed in general, social responsibility under the law, the Samarco and Vale case in Brumadinho and Mariana and the legal imbroglis that surround this announced tragedy. It is a review of the bibliography relevant to the topic, based on scientific articles available on the internet and free of charge. Despite a strong theme, the literature is scarce and the legal understanding of the case is fragile and permeable to the expertise and interests of agentes

---

<sup>16</sup> Docente Mestre do curso de Direito – IESB - Instituto de Ensino Superior de Bauru – E-mail: [andrea.escarabelo@universidadebrasil.com.br](mailto:andrea.escarabelo@universidadebrasil.com.br)



KEYWORDS: Right; Corporate Social Responsibility; Business Law;

## 1. Introdução

No dia 5 de novembro de 2015 foi marcado pelo rompimento da barragem de rejeitos de minério de ferro, na cidade de Mariana em Minas Gerais. Mesmo sendo considerado o maior desastre da história do Brasil, as autoridades e empresários não aprenderam com erro ou negligência dos fatos e somente três anos após a tragédia, outra catástrofe ocorreu, agora na barragem de rejeitos da Mina do Feijão, no município de Brumadinho, no mesmo estado.

O resultado dessa triste história brasileira foi um saldo de 118 mortos, somados os dois eventos, e um prejuízo, material, ambiental, psicológico inestimável. É fato notório que existe uma responsabilidade Social Empresarial sobre o evento, além da responsabilidade dos agentes públicos e privados que contribuíram diretamente e indiretamente para essa tragédia anunciada.

Existe por trás de tudo isso um complexo sistema jurídico, que transcende a responsabilidade Social empresarial, que infelizmente caminha em descompasso com a necessidade daquela população que vive no entorno da tragédia e espera uma resolução indenizatória, que mesmo não resolvendo o problema a longo prazo, daria conforto e a sensação de cumprimento da justiça para aqueles mais vulneráveis nesse triste cenário.

O objetivo geral do trabalho é expor a responsabilidade Social e Empresarial do Grupo Vale, na tragédia de Brumadinho e Mariana. Como objetivos específicos discute-se o conceito de responsabilidade social, a responsabilidade social perante o direito, o caso Samarco e da Vale em Brumadinho e Mariana e os imbrólios jurídicos que cercam essa tragédia anunciada.

## 2. Revisão de Literatura

### 2.1 Responsabilidade social empresarial

A expressão responsabilidade social empresarial data de um manifesto inglês referente a centenas de industriais, cujo objetivo era manter o equilíbrio justo entre os vários interesses dos públicos, dos consumidores, dos funcionários e dos acionistas, contudo, um relato mais embasado dessa ideia surge em 1923, nos manuscritos do britânico Oliver Shelton, no seu livro intitulado "The Philosophy of Management" (BACELLAR & KNORICH, 2000).

Segundo Ashley (2002), a responsabilidade social pode ser definida como o compromisso que uma organização deve ter com a sociedade, expresso por meio de atos e atitudes que a afetem positivamente. Segundo esse preceito do autor, uma organização deve assumir obrigações de caráter moral, além das estabelecidas em lei, mesmo que não diretamente vinculadas a suas atividades, mas que possam contribuir para o desenvolvimento sustentável da comunidade que a cerca.

Segundo Carroll (1999) não só para melhorar a imagem perante os consumidores diretos e indiretos, as grandes e médias empresas optam por fornecedores que usam a responsabilidade social e empresarial como filosofia para parceria nos negócios.

De acordo com o mesmo autor, as empresas não só cumprem suas obrigações legais ao utilizarem princípios responsáveis, como se tornam mais éticas e transparentes em suas ações, isso faz com que ganhem credibilidade diante de seus parceiros, fornecedores, clientes, funcionários, governo e sociedade.

Fornasier (2019) é enfático na sua colocação que a responsabilidade social empresarial pode facilitar a observação da reflexividade entre os sistemas jurídico, político e econômico da sociedade global, permitindo um aprendizado sistêmico pelo próprio direito.

Pires (2018) concorda com o pensamento acima e acrescenta em sua tese que a percepção em torno da Responsabilidade e Irresponsabilidade Social, causada por algumas empresas, como por exemplo a Samarco em Minas Gerais, é seletiva, principalmente quando essas empresas são responsáveis diretas pela arrecadação tributária, fomentadoras diretas e indiretas dos setores sociais, e principalmente mantenedoras das maiores e melhores oportunidades de emprego na região.

Ferreira (2006) relata que a responsabilidade social pode ser vista como uma forma de atendimento aos direitos sociais previstos na Constituição Federal, cujo comportamento do particular é impulsionado por padrões éticos que conduzem à valores de interesse da sociedade e do bem-estar social, moldando assim os "costumes" sociais, coletivos, que contudo, requerem a observância da ordem jurídica e constitucional vigente, a fim de criar um ambiente de segurança para todos.

## **2.2 A Responsabilidade Social Empresarial e o Direito**

De acordo com Nogueira; Banwwart Junior e Favoreto (2020), a aproximação entre a Responsabilidade Social Empresarial e o Direito é feita, sempre sob o risco de se gerarem resultados estéreis, porque o Direito não apreende o conceito de Responsabilidade Social Empresarial na sua integralidade. Tal fato justifica-se na

imprecisão conceitual que envolve o objeto, uma vez que compartilha espaço com questões de direitos humanos, direitos do consumidor, direito trabalhista, direito ambiental, direito civil, direito penal, o que pode inviabilizar, na ordem jurídica, que se qualifique com clareza um ato como responsável do ponto de vista social.

Segundo o Art. 927, do Código Civil brasileiro, Brasil (2002) a responsabilidade sob o ângulo da responsabilidade civil, a obrigação de reparar o dano, essência da responsabilidade civil, é atribuída àquele que o causa, por ato ilícito. Tal tipo de responsabilidade implica, como pressuposto, a prevalência da represália pela reparação, que, objetivamente, presume-se preferível pela parte lesada. A ideia de responsabilidade civil não se comuta, entretanto, com a de responsabilidade social.

De acordo com Nogueira; Banwwart Junior e Favoreto (2020), na Lei 6.404/1976, conhecida por Lei de Sociedades Anônimas, o Art. 154 reconhece, embora de forma genérica, a atuação socialmente responsável e diz que o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa, contudo sempre mediante as suas respectivas responsabilidades sociais. Isso significa limites ao ato empresarial.

Segundo os mesmos autores, devemos lembrar que sob o auspício da Lei 13.303/2016, que também deu tratativa a responsabilidade social empresarial, como dever imposto às empresas públicas e sociedades de economia mista – um dever aberto, no entanto no seu Art. 27. § 2º, a empresa pública e a sociedade de economia mista deverão, nos termos da lei, adotar práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social corporativa compatíveis com o mercado em que atuam.

### **2.3 O Caso Samarco em Minas Gerais**

De acordo com Salinas (2016), no dia cinco, do mês de novembro de 2015, por volta das quatro horas da tarde, aconteceu o maior desastre já presenciado na história do Brasil, o rompimento da barragem de rejeitos de minério de ferro conhecida como Fundão, pertencente à empresa Samarco Mineração S.A., localizada no Município de Mariana em Minas Gerais.

Segundo os relatos da Bowker Association (2016) o resultado desse rompimento culminou com a liberação de aproximadamente 50 milhões de metros cúbicos de rejeitos de mineração no vale do Rio Doce, cujos rejeitos despejados, 16 milhões de metros cúbicos percorreram 600 quilômetros, atravessando o território mineiro por 39 municípios, percorrendo parte do Estado do Espírito Santo, no caso da barragem de Mariana, até atingir o oceano Atlântico.

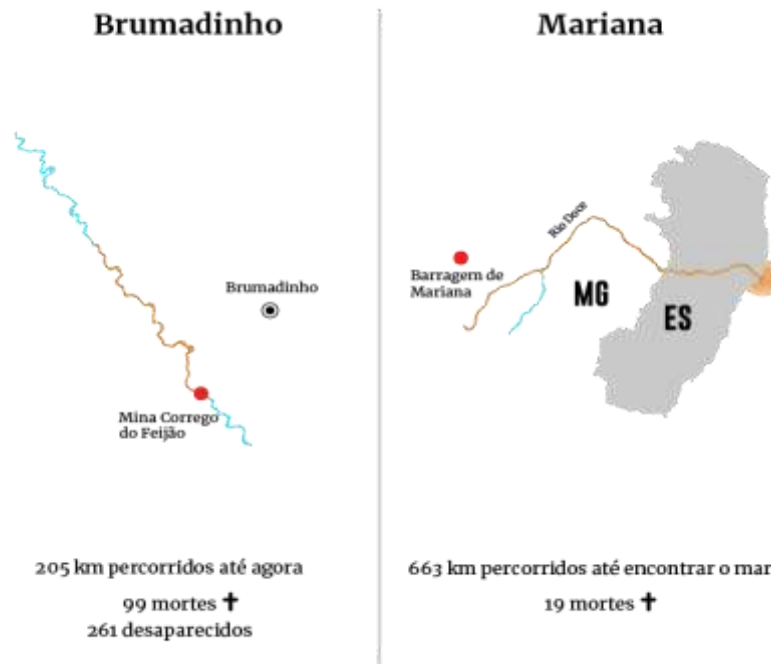


Fig 1-

Mapa de Brumadinho e Mariana, referente ao trajeto percorrido pelo rejeito, assim como o número de vítimas. Fonte: Brasil de Fato. Raio-x dos crimes: um comparativo entre os impactos de Brumadinho e Mariana; 31/01/2019

Segundo Caetano (2019) O desastre provocou a morte de 118 pessoas no total, destruiu o patrimônio arquitetônico e histórico de diversas comunidades locais, desabrigou e desalojou centenas de indivíduos, interrompeu o abastecimento de água de inúmeras cidades, destruiu hidrelétricas e obras de infraestrutura, atingiu comunidades indígenas, comprometeu o comércio regional e atividades produtivas como pesca e agropecuária e causou danos ambientais na Bacia do Rio Doce que afetarão diversas gerações.

Salinas (2016) nos alerta que este episódio não foi o primeiro nem o único na história brasileira, contudo o rompimento da Barragem do Fundão é por muitos considerado o maior desastre socioambiental ocorrido no Brasil e um dos maiores relacionados à mineração no mundo.

Como relatado pelo IBGE (2013), As operações da Samarco em mais de 30 anos de atividade mineradora contribuíram para o crescimento econômico de Mariana. Ainda segundo os dados oficiais, no ano de 2010, o PIB per capita de Mariana era de

R\$ 114.347,90, o que corresponde a um número muito superior ao equivalente nacional, de R\$ 26.445.80. Nesse contexto o PIB de Mariana, cresceu entre os anos de 2010 e 2013 quase 80%. Mariana ocupava a 31ª posição nacional e a 5ª posição estadual de PIB per capita passou de 3,7 bilhões para 6,59 bilhões por ano, sendo que o setor industrial de mineração responsável por 70% do valor adicionado do PIB do município.

De acordo com os estudo de Porto *et al.*(2016), as operações mineradoras renderam muito dinheiro para o funcionalismo público, diferente do que ocorreu com a população, principalmente de Mariana. Essa informação se sustenta na baixa taxa de empregos, gerado pela Samarco nessas últimas décadas (somente 12% dos empregos formais gerados).

O desequilíbrio é apontado pelos mesmos autores, afirmando que os recursos arrecadados com royalties de mineração, que no Brasil são denominados “Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais” (CFEM), e com o imposto sobre valor agregado – denominado “Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação” (ICMS), representou no ano de 2016 mais de 70% da receita municipal, que aumentou muito acima da média Mineira, o número de funcionários públicos por município em Mariana.

Ainda segundo Porto *et al.*(2016) Samarco teve um lucro líquido de R\$ 2,81 bilhões no ano de 2015, o que não se refletiu na economia local e regional desses municípios.

#### **2.4 O Imbróglio Jurídico no caso de Brumadinho e Mariana**

De acordo com o Diário Oficial da União (DOU) e o Ministério Público Federal, o maior Imbróglio jurídico do caso de Brumadinho e Mariana, incide nas questões Trabalhistas e indenizatórias, uma vez que no processo sobre a Vale e a Samarco constam crimes previstos na legislação Ambiental e os Crimes previstos no código penal Brasileiro e suas circunstâncias. (DOU, 2015)

Um exemplo desse imbróglio está no artigo de Oliveira (2019), onde por exemplo não há entendimento jurídico da Vale invocar o limite de indenização por dano extrapatrimonial para reparar os danos sofridos por seus funcionários na catástrofe ambiental, pelo fato de não ser visto como um acidente de trabalho e sim responsabilidade por dano ambiental.

Fleury (2019) afirma que o inconcebível *discrímen*, que não chegou a vigorar, devido a alteração superveniente, poderia gerar situações injustificáveis,

absolutamente desproporcionais, permitindo o arbitramento de indenizações para fatos idênticos em patamares absolutamente díspares, com manifesta afronta ao princípio da isonomia. A autora ainda parafraseia:

*[...]“Novamente o exemplo hipotético ilustra bem a incompreensível desigualdade. Acidente com o elevador de uma obra vertical com duas pessoas em seu interior, causado por falta de adequada manutenção, com a paraplegia de ambos. Um é trabalhador do local e o outro um visitante, sem vínculo qualquer com o dono do empreendimento. A família deste último não terá sua dor tarifada e poderá receber, sob a égide da legislação civil, indenização em patamar acima das cinquenta vezes o valor dos benefícios do regime geral da previdência social, ao passo que o empregado, sujeito à alterada Consolidação das Leis do Trabalho, estará limitado ao que determina a legislação trabalhista – quid jus?”*

A autora acrescenta e aponta um agravante, pois na seara cível presume-se a igualdade entre as partes, enquanto no âmbito trabalhista tem-se, de ordinário, a hipossuficiência do trabalhador frente ao empresário que lhe contrata, de sorte que nada justifica a tentativa de tratar os trabalhadores como cidadãos de segunda categoria, ou pessoas titulares de direitos restritos.

A empresa Vale, contudo, segundo o TST (2019) firmou um acordo histórico entre empresa, Ministério Público do Trabalho, em favor das vítimas dessa tragédia. O acordo em relação ao dano material aos familiares dos trabalhadores mortos será de 3,5 salários mínimos mais 750 reais de Ticket ou cartão alimentação.

Segundo o Tribunal de Justiça, o acordo fixou indenização de 800 mil reais, em parcela única com deságio de 6% ao ano, estabilidade no emprego para os sobreviventes por no mínimo 3 anos com auxílio creche no valor de 950 reais, plano médico vitalício e sem coparticipação no molde do Acordo Coletivo, vigente em 25/01/2019, para cônjuges, companheiros, para empregados próprios ou terceirizados e filhos e dependentes (até completarem 25 anos).

### **3. Metodologia**

Trata-se de uma revisão bibliográfica baseada na literatura mais recente, levando como critério de inclusão, documentos eletrônicos disponíveis na word wide web (www), gratuitos, no formato PDF. Utilizou como descritores as palavras Responsabilidade Empresarial, Direito empresarial, Brumadinho, Mariana, no google



acadêmico e deu-se preferência para artigos com até 10 anos de publicados, sendo que os artigos mais antigos foram selecionados devido a sua relevância para o presente trabalho.

#### **4. Resultados e Discussão**

Sobre a responsabilidade social e empresarial esse conceito vem se construindo e se aperfeiçoando de acordo com que os consumidores agem ou o quanto a sociedade amadurece. A percepção do indivíduo, do núcleo familiar, de um bairro, de município, de estado ou de um país em relação ao impacto de uma empresa em seu território vem quebrando paradigmas nessa área.

Mais do que consolidar a sua imagem ao cliente final, as empresas modernas que corroboram com essa responsabilidade, transcendem perante ao mercado a sua imagem e seu produto e criam uma via de mão dupla sustentável e responsável com o bem estar ambiental, ecológico, social e econômico.

Ferreira (2006), afirma que as empresas não só cumprem suas obrigações legais ao utilizarem princípios responsáveis, como se tornam mais éticas e transparentes em suas ações, isso faz com que ganhem credibilidade diante de seus parceiros, fornecedores, clientes, funcionários, governo e sociedade.

A Responsabilidade Social e o Direito é um assunto que ainda deve ser discutido de forma mais ampliada, contudo, para o direito faltam bases jurídicas para analisar esse fenômeno como o todo que merece ser visto. Pela Responsabilidade Social Empresarial ser muito complexa e subjetiva, por contemplar fenômenos econômicos, sociais e comportamentais.

Mesmo para o direito empresarial, muito deve ser acrescentado como disciplina e pratica, uma vez que é permeável a fatores externos e internos e dependendo de como é encarado pelo ordenamento jurídico, a questão pode ser levada para outras áreas do direito, como o penal, processual, civil, etc.

Tal fato justifica-se na imprecisão conceitual que envolve o objeto, uma vez que compartilha espaço com questões de direitos humanos, direitos do consumidor, direito trabalhista, direito ambiental, direito civil, direito penal, o que pode inviabilizar, na ordem jurídica, que se qualifique com clareza um ato como responsável do ponto de vista social. (NOGUEIRA; BANWWART JUNIOR E FAVORETO; 2020)

O Caso Samarco em Minas Gerais resultou Segundo os relatos da Bowker Association (2016) o resultado em 118 mortos e um incalculável prejuízo ambiental,

material e psicológico para toda população do entorno. Desse rompimento culminou com a liberação de aproximadamente 50 milhões de metros cúbicos de rejeitos de mineração no vale do Rio Doce, cujos rejeitos despejados, 16 milhões de metros cúbicos percorreram 600 quilômetros, atravessando o território mineiro por 39 municípios, percorrendo parte do Estado do Espírito Santo, no caso da barragem de Mariana, até atingir o oceano Atlântico.

Mais do que a destruição material, deve-se discutir como a situação e as condições das vítimas diretas e indiretas estão sendo tratadas pela justiça brasileira. Mesmo com toda comoção nacional e internacional, existe uma responsabilidade empresarial e social que deve ser atribuída a Vale e a Samarco.

Apurou-se nos autos dos processos que o rompimentos das barragens era algo evitável e que a negligencia criminosa pela empresa, pelos conselheiros, engenheiros, órgãos públicos não serviram ao acaso e sim ao interesse desse poderoso conglomerado, servindo assim, primeiro ao interessa da Vale e depois o interesse da população no entorno.

Tal fato é justificado pelo astronômico aumento de cargos públicos no município de Mariana e somente 12% dos cargos para empregar a população diretamente como trabalhadores da mineradora. Isso deve ser considerado e visto como um exemplo, para que haja equilíbrios na via de mão dupla que se propõe a responsabilidade social empresarial, e que outras não cometam a mesma negligencia que a Vale cometeu.

O Imbróglio Jurídico no caso de Brumadinho e Mariana desde o seu início é um arrasto jurídico. As mudanças recentes vindas da reforma das Leis trabalhistas e previdenciárias é um grande exemplo do imbróglio Jurídico que o caso pode se transformar.

A própria grandeza do evento, já abre um leque para a expertise de juristas, escritórios de advocacia, etc. Como apontado por Oliveira (2019), onde usou como exemplo, que não há entendimento jurídico da Vale invocar o limite de indenização por dano extrapatrimonial para reparar os danos sofridos por seus funcionários na catástrofe ambiental, pelo fato de não ser visto como um acidente de trabalho e sim responsabilidade por dano ambiental.

Assim como Fleury (2019) que apontou que devido ao novo entendimento das leis trabalhistas, a isonomia sobre o mesmo caso, terá um diferente entendimento jurídico, contrapondo o que prega o direito Cível.

## **5. Considerações finais**

O caso de Mariana e Brumadinho são grandes exemplos de Irresponsabilidade Empresarial e Social, em relação a VALE e a SAMARCO;

Esse mesmo caso nos mostra o quanto o poder econômico influencia nas tomadas de decisões e no andamento jurídico no Brasil.

A pseudo disponibilidade em ajudar as vítimas da tragédia, são embaladas pelos imbrólios jurídicos causados pelo próprio sistema judiciário brasileiro, com a desconexão entre os saberes e subjetividade excessiva no entendimento e no ordenamento jurídico.

Necessidade de acompanhamento sistemático do caso e mais estudos com diferentes óticas do direito, de preferência confluindo para resolução do problema com menos prolixidade e redundância jurídica.

## **6. Referências bibliográficas**

ASHLEY, Patrícia Almeida et al. Ética e Responsabilidade Social nos negócios. São Paulo: Saraiva, 2002.

BACELLAR, J. E. & KNORICH, P. Manual Indicadores Ethos de Responsabilidade Social. Instituto Ethos de Responsabilidade Social. São Paulo: Ethos, 2000.

BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm).

Acesso em: 12/02/2020.

BOWKER ASSOCIATES. Samarco Dam Failure Largest by Far in Recorded History, 2016. Disponível em: <https://lindsaynewlandbowker.wordpress.com/2015/12/12/samarco-dam-failure-largest-by-far-inrecorded-history/>. Acesso em: 13/04/2020.

CAETANO Bruna. Raio-x dos crimes: um comparativo entre os impactos de Brumadinho e Mariana. Brasil de Fato. Periódico Eletrônico disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2019/01/31/raio-x-dos-crimes-um-comparativo-entre-os-impactos-de-brumadinho-e-mariana> São Paulo. 31/01/2019. Acessado em 10/04/2020.

FERREIRA Cassia Bianca Lebrão Cavalari. A RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL E O DIREITO. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade

Católica de São Paulo – PUC. Ano 2006. 186p. Documento eletrônico disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7110/1/A%20RSE%20e%20o%20Direito%20revisada%20deposito%20digital.pdf>> Acessado em 20/04/2020.

FLEURY Renata. O dano moral na reforma trabalhista. Inconformidade constitucional. Documento Eletrônico. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/271868/o-dano-moral-na-reforma-trabalhista-inconformidade-constitucional>. Acessado em 11/04/2020.

FORNASIER, Mateus de Oliveira; TONDO, Ana Lara. A RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL ENTRE O DIREITO, A ECONOMIA E A POLÍTICA DA SOCIEDADE GLOBAL: desastres ambientais e reflexividade. Cad. CRH, Salvador, v. 32, n. 87, p. 591-608, Setembro de 2019. Documento eletrônico disponível em [www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010349792019000300591&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010349792019000300591&lng=en&nrm=iso)>. Access on 10 Apr. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE Dados IBGE do Produto Interno Bruto dos Municípios para o período de 2010 a 2013 (série revisada) tiveram como referência o ano de 2010. IBGE. Produto Interno Bruto dos Municípios 2013. Disponível em:

<http://www.cidades.ibge.gov.br/xtras/temas.php?lang=&codmun=314000&idtema=152&search=minasgerais|mariana|produto-interno-bruto-dos-municipios-2013>.

NOGUEIRA, Arnaldo José França Mazzei. BANWWART JÚNIOR, Clodomiro José. FAVORETO, Ricardo Lebbos. Problematizando o conceito de responsabilidade social empresarial: implicações de uma leitura multidisciplinar. Scientia Iuris. Londrina, v.24, n.1, p. 55-77, março 2020. DOI 10.5433/21788189.2020v24n1p55. ISSN 2178-8189.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Teto Indenizatório prevsto na CLT não se aplica ao caso de Brumadinho. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Documento eletrônico disponível em:<[www.conjur.com.br/opinião](http://www.conjur.com.br/opinião)>. 31/01/2019. Acessado em: 12/04/2020.

PIRES, Mirian Albert. (IR)RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL: O DESASTRE AMBIENTAL DE MARIANA-MG SOB O PONTO DE VISTA DOS MORADORES DAS REGIÕES AFETADAS. Tese (doutorado) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa. Ano 2018; 170 f. Documento eletrônico disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24539/Irresponsabilidade%20Social%20Empresarial%20-%20O%20caso%20Mariana%20->

%20Tese%20-%20Mirian%20-%20Final.pdf?sequence=1&isAllowed=y > Acessado em 10/04/2020.

PORTO, Antônio José Maristrello et al. Reflexões sobre a dependência mineral em Mariana. In: ALCÂNTARA, P. A. F. et. al. Depois da Lama: Mariana e as consequências de um desastre construído. Belo Horizonte: Letramento, 2016.

DIARIO OFICIAL DA UNIÃO. Seção III. 13/09/2015. Documento eletrônico: disponível em: [www.in.gov.br](http://www.in.gov.br) acessado em 12/04/2020.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Caso Samarco: implicações jurídicas, econômicas e sociais do maior desastre ambiental do Brasil. Caso de Ensino. Fundação Getúlio Vargas; 2016. Documento Eletrônico disponível:[http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24889/caso\\_de\\_ensino\\_mariana\\_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24889/caso_de_ensino_mariana_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y) Acessado em 11/04/2020.

---