

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1005

(Ano XIII)

(13/03/2021)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2021

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Lugar de fala é mutismo imposto ao outro

Eduardo Luiz Santos Cabette, 04.

ARTIGOS

Teoria do domínio do fato e julgamento do STJ sobre a responsabilização do mentor intelectual por atos libidinosos no estupro de vulnerável

Brenda Aguiar Vasconcelos, 07.

A divulgação de notícias falsas - fake news - nas campanhas eleitorais na internet e a liberdade de expressão

Cely Say de Carvalho, 19.

Teletrabalho: relações trabalhistas diante dos avanços tecnológicos

Joel Odinei Pasquini Junior, 45.

O impacto do assédio moral nas relações de emprego: uma análise das diretrizes adotadas pelo ordenamento jurídico para prevenir e punir tais condutas

Josafá Souza Lopes, 59.

O impacto da pandemia no Brasil, em 2020, na incidência da violência doméstica contra mulher, em especial, o feminicídio.

Kátia Maria Brasil Abude, 79.

Responsabilidade civil solidária do Estado nos danos ambientais decorrentes da omissão fiscalizatória no licenciamento ambiental

Andreza Albuquerque Amore, 102.

A complexidade da organização criminosa

Alessandro Rogério Yoshida, 152.

Pensão alimentícia na maioridade

Ingrid Domingues de Andrade, 166.

A Responsabilidade Civil em decorrência das Fake News.

Michael de Brito Corrêa, 185.

Revogação das Resoluções 284/2001, 302/2002 e 303/2002 do CONAMA: uma análise da ética estatal frente ao princípio da vedação ao retrocesso ambiental

Andreza Albuquerque Amore, 166.

A teoria do adimplemento substancial em contratos de alienação fiduciária de imóveis: análise à luz da Resp nº 1.643.070 – PR

Vitor Lima Almeida, 186.

Limites ao poder do STF para invalidar matéria e decisão de natureza política dos outros poderes do estado

Dynisson Conceição da Silva, 204.

Os direitos coletivos no ordenamento jurídico brasileiro

Danilo França Falcão Pedrosa, 223.

Inquérito Policial: da prova subjetiva e a flexibilização da forma escrita

Gilmaro Alves Ferreira, 228.

Perspectivas e desafios sobre o futuro da democracia brasileira

Márcio Barsanulfo da Silva, 256.

O sujeito passivo dos crimes contra o meio ambiente

Danilo França Falcão Pedrosa, 277.

Análise acerca do instituto da prova no Processo do Trabalho

Rafael do Nascimento Silva, 281.

LUGAR DE FALA É MUTISMO IMPOSTO AO OUTRO

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

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

Dentre os variados clichês, expressões enfáticas sem fundamentação, gritos de guerra erigidos a conclusões apodíticas, eis que surge o famigerado “Lugar de Fala”.

Agora se tornou comum pretender invalidar qualquer discurso discordante mediante o artifício da alegação de que o interlocutor não tem “Lugar de Fala” a respeito deste ou daquele assunto ou aspecto, normalmente tendo por base alguma questão identitário – comunitarista.

Então brancos não podem tocar em qualquer assunto que envolva negros, homens não podem tocar em qualquer assunto que diga respeito a mulheres, heterossexuais nada podem falar a respeito de questões que envolvam homossexuais ou mesmo a respeito de qualquer tema sobre gênero e assim por diante numa espiral de silêncio infinita.

Essas coisas nos levam a pensar como poderia a ciência médica ter se desenvolvido na área da ginecologia sem a participação de um homem sequer, bem como que até hoje, seria de se pensar em cassar as licenças de todos os ginecologistas homens, bem como de todas as proctologistas mulheres. Gente como José Porfírio de Carvalho, Marechal Rondon, Leonardo, Cláudio e Orlando Villas – Boas, deveriam ter sido impedidos de criar coisas como o “Serviço de Proteção aos Índios”, germe da atual FUNAI ou de trabalhar ali como o primeiro deles, destacando-se na defesa dos índios e na denúncia de seus problemas. Também todos os abolicionistas históricos no Brasil e no mundo, deveriam ter permanecido calados até que dentre os negros surgisse alguém com lugar de fala para acabar com a barbaridade da escravidão. Para tratar de surdos, um médico ou um fonoaudiólogo teria de ser surdo? Talvez não para tratar, mas para escrever ou estudar sobre a surdez em seus mais variados aspectos. O crítico de arte tem de ser artista? O comentarista esportivo tem de ser atleta? Somente juízes podem criticar ou elogiar o Judiciário? Somente policiais podem falar sobre violência policial ou segurança pública? Crianças deveriam escrever sobre pedagogia, serem pediatras etc., já que a

experiência vivida foi certamente por demais perdida na noite do tempo pelo atual adulto? E pior, somente criminosos podem julgar outros criminosos? Será?

É óbvio que não. Mas, as obviedades hoje têm de ser explicadas, provadas e fundamentadas à exaustão. Embora se saiba há muito tempo que o notório não precisa ser provado, isso tem sido olvidado e nos mais diversos temas se tem cedido espaço para teorizações desprovidas de qualquer vínculo com o mundo real, absolutamente contraditórias e até autofágicas.

O exemplo do “Lugar de Fala” é eloquente. Ora, se não se pode falar ou manifestar a respeito de certos temas, eis que estes ficam reservados aos grupos identitários respectivos, sob a alegação de que o falante ou manifestante não tem condições de se expressar com a devida vivência ou experiência do outro que pertence ao dado grupo, uma primeira consequência é que, na verdade, todos deveríamos ter nascido mudos e permanecido analfabetos para que não viéssemos a nos manifestar a respeito de absolutamente nada. Isso porque vivenciar a experiência do outro é algo que somente pode existir no bojo de uma teoria desapegada totalmente do mundo real. Ninguém vive a experiência do outro, seja no aspecto grupal seja individual. Isso é impossível. Um negro não pode se arvorar então a dizer que é capaz de falar ou defender qualquer ideia, não em face de um branco, mas em face de qualquer outro indivíduo, ainda que negro. A experiência não é grupal, ela é um *testemunho* humano individual e intransmissível. No mesmo passo uma mulher não poderia dizer nada a respeito das vivências de outra mulher ou de um homem e assim por diante. Cada um tem sua particular história, vivência, experiência que somente pode ser vista desde fora pelos outros, somente pode ser percebida por observação, como narrativa, jamais interiorizada em sua totalidade.

Na realidade, longe de ensejar uma fala qualificada, o chamado “Lugar de Fala” empobrece, reduz à miserabilidade a experiência humana intersubjetiva e intergrupal. Ao focar-se nas diferenças ou como preferem muitos, na “diversidade” de maneira exacerbada, desprezam aquilo que permite a comunicação, o discurso e o debate entre os seres humanos, ou seja, suas experiências e vivências comuns fundadas em sua natureza humana que não cede jamais a distinções ou discriminações raciais, sexuais, de orientação sexual, étnicas etc. Sem uma base comum, sem um acordo inicial sobre as condições do debate, não havendo o encontro de qualquer espécie de sistema comunicativo, ideológico (no sentido de ideias) comum, é impossível qualquer relação entre pessoas ou grupos. No máximo se consegue criar um “diálogo de surdos” que gritam entre si e não sabem linguagem de sinais.

O artifício em estudo é tão contraditório que é autofágico. Ao pretenderem os defensores do chamado “Lugar de Fala” impor o silêncio aos outros, deveriam,

acaso levassem a sério sua ideologia, emudecerem a si mesmos. Ora, são grupos identitários, normalmente considerados como oprimidos e minoritários aos quais se atribui o “Lugar de Fala” a seu próprio respeito, vedando quaisquer manifestações externas. Pois bem, esses grupos, para falarem ou exporem suas condições, reivindicações etc., dependem da descrição da relação entre opressores/oprimidos; privilegiados/excluídos. Mas, não são eles ocupantes de apenas um dos polos, os quais não tem qualquer vivência pessoal da condição oposta? Como podem então ter “Lugar de Fala” para se manifestarem acerca dos chamados opressores e privilegiados? Aqui vai uma dose de ironia, mas não haveria motivos ocultos para que alguns fossem opressores? Eles, os opressores, não teriam suas razões particulares insondáveis pelos oprimidos que não teriam “Lugar de Fala” para tratar desse assunto? Note-se a absurdidade a que se pode chegar quando se acatam teorias tresloucadas. O “Lugar de Fala” daqueles que defendem tal tese, se levado a sério, eliminaria todo o direito de pensamento e expressão de seus próprios criadores. A criatura devora o criador.

A construção social (e isso é realmente uma pura construção social alienada) do chamado “Lugar de Fala” não passa de um instrumento erístico autoritário que tem por fim calar o adversário numa discussão, sem dar a mais mínima atenção aos seus argumentos. Trata-se de um suposto pré – requisito formal inventado para o ingresso em um debate, que, na verdade, elimina totalmente a possibilidade de qualquer debate e cria bolhas de isolamento grupais num fascismo identitário absurdo.

A proliferação e o crédito a esse tipo de construção artificial somente conduzem à divisão entre as pessoas, à polarização absoluta e, num momento posterior, à inevitável violência. Isso porque se os seres humanos não podem se comunicar e discutir civilizadamente, o único recurso será o conflito violento entre grupos isolados, fechados em seus nichos de interesses e idiosincrasias. O “Lugar de Fala” é um instrumento de mutismo do outro por meio de uma teorização formal insustentável diante da realidade, o qual, na verdade, tem por finalidade a conquista de poder incontestado e nada mais que isso. Mas, o “Lugar de Fala” não serve sequer para impor um poder absoluto sobre os outros, isso na medida em que pressupõe uma polifonia incompreensível que só pode conduzir a uma espécie de guerra de todos contra todos, no seio de uma anarquia conflituosa e sangrenta.

Enfim, o tal “Lugar de Fala” nos desvela um futuro distópico. É um “não – lugar”, é o reino do negativo e da destruição, uma espécie de maldição similar à imagem da conhecida “Torre de Babel” numa versão potencialmente muito mais confusa e violenta.

TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E JULGAMENTO DO STJ SOBRE A RESPONSABILIZAÇÃO DO MENTOR INTELECTUAL POR ATOS LIBIDINOSOS NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

BRENDA AGUIAR VASCONCELOS:

formada em Direito na UFC, pós-graduada em Direito Constitucional e Processual Civil.

RESUMO: Abordar-se-ão, inicialmente, os elementos necessários, a fim de que reste caracterizado o concurso de pessoas no âmbito penal. Após, serão analisadas as teorias relativas à autoria, apontando-se a adotada pelo ordenamento jurídico. Em seguida, far-se-á breve estudo sobre o crime de estupro de vulnerável, bem como os requisitos para a sua configuração, à luz de casos julgados pelo STJ. Ao final, será estudado caso recente da Corte Superior e a possibilidade da sua análise com base na teoria do domínio do fato.

Palavras-chaves: Concurso de pessoas. Autoria. Teoria do domínio do fato. Estupro de vulnerável. STJ.

Sumário: 1. Introdução. 2. Concurso de pessoas. 3. Autoria. 4. Estupro de vulnerável. 5. A ausência de contato físico e o estupro de vulnerável. 6. Teoria do domínio do fato e sua possível aplicação ao julgamento do HC Nº 47831/PA. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Muitas vezes, a infração penal não é praticada por apenas um agente, o que pode possibilitar a ocorrência de concurso de pessoas, caso presentes os requisitos estabelecidos para a doutrina. Assim, quando há mais de um envolvido, surge a dúvida de quem será autor e partícipe, ou mesmo se existe essa diferenciação. Ademais, questiona-se, também, se mesmo não praticando diretamente o núcleo do tipo, o agente pode ser responsabilizado.

Dessa forma, buscar-se-á analisar, inicialmente, os requisitos, para que exista concurso de agentes no âmbito penal, pormenorizando cada elemento que compõe o caso. Após, serão analisadas as teorias que buscam diferenciar o autor do partícipe, apontando, na oportunidade, a teoria adotada pelo Código Penal. Em seguida, a fim de realizar uma análise prática das divergências produzidas por essa diferenciação de autor e partícipe, estudar-se-á o crime de estupro de vulnerável.

Na sequência, serão pormenorizadas as situações delituosas presentes em julgados do Superior Tribunal de Justiça, nos quais houve a divergência sobre a responsabilidade do agente, em razão de não praticar, propriamente, o núcleo do

tipo penal. Por fim, abordar-se-á caso paradigmático, envolvendo estupro de vulnerável, recentemente julgado pelo STJ, à luz da teoria do domínio do fato.

Para o presente trabalho, utilizou-se, como metodologia, da análise de diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria. Além disso, também foram estudadas as produções doutrinárias relativas ao tema. Baseou-se, ainda, nas disposições legais e constitucionais concernentes à matéria.

2. CONCURSO DE PESSOAS

Inicialmente, importante destacar que o concurso de pessoas ocorre quando duas ou mais pessoas concorrerem para praticar a infração penal. Para que reste caracterizado esse instituto, é necessário que estejam presentes alguns requisitos, quais, sejam a pluralidade de agentes culpáveis, a relevância das condutas praticadas, a unidade da infração penal perpetrada e o vínculo subjetivo dos agentes.

2.1. Pluralidade de agentes culpáveis:

O nome do instituto já antevê (concurso de pessoas): é preciso que exista mais de um agente, para que ocorra essa concorrência de condutas. As duas condutas podem ser principais (coautoria) ou principal e acessória (partícipe). Além disso, a doutrina exige a culpabilidade dos executores. Isso decorre do fato de que, caso não exista culpabilidade, restará apenas a autoria imediata (culpável) e mediata (agente não culpável utilizado como instrumento).

Entretanto, é importante destacar, segundo MASSON (2017), que o raciocínio sobre a necessidade de culpabilidade apenas se aplica aos crimes unissubjetivos ou de concurso eventual. Esses crimes são aqueles, em regra, praticados apenas por uma pessoa, porém admitem o concurso eventual.

Já nos crimes plurissubjetivos ou de concurso necessário, é prescindível a culpabilidade, basta que exista a concorrência de mais de um agente. É o que ocorre, por exemplo, no crime de associação criminosa, mesmo que um dos concorrentes seja um menor de 18 anos, restará caracterizado o crime. Há, também, os crimes acidentalmente coletivos, os quais, geralmente, são praticados por uma única pessoa, mas é previsto aumento, caso haja o envolvimento de outras pessoas. Destaque-se que, nesses dois tipos de crime, a norma de extensão do art. 29 do Código Penal não é necessária, tendo em vista que o próprio tipo já dispõe sobre a pluralidade. Por esse motivo, a doutrina impõe o requisito da culpabilidade apenas nos casos dos crimes unissubjetivos.

2.2. Relevância das condutas praticadas:

Para que o agente seja responsabilizado, é preciso que ele pratique uma conduta relevante que proporcione a consumação do crime, sem essa conduta a infração penal não ocorreria do mesmo modo. Caso a participação não tenha relevância, será inócua, a qual não enseja concurso de pessoas. Essa exigência decorre do art. 29 do Código Penal, o qual dispõe que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime”.

2.3. Unidade da infração penal perpetrada

O art. 29 do Código Penal menciona, expressamente, o “crime”. Dessa forma, interpreta-se que o diploma penalista adota, como regra, a Teoria Monista, qual seja, todos respondem pelo mesmo tipo penal, à luz da teoria da equivalência das causas.

2.4. Vínculo subjetivo dos agentes

É preciso que exista a vontade de contribuir, ocorra, assim, um nexo psicológico entre os agentes. Os desígnios dos agentes precisam ser homogêneos, é o princípio da convergência. Destaque-se, no entanto, que é dispensável o prévio ajuste, sendo necessário, apenas, que a concorrência dos agentes se desenvolva antes da consumação e que se tenha a ciência de que se está contribuindo para a empreitada de terceiro.

3. AUTORIA

Analisados os requisitos para o concurso de pessoas, passa-se ao estudo do conceito de autor. Importante ressaltar que há diversas teorias sobre o conceito de autor, expostas em sequência:

3.1. Teoria subjetiva (unitária):

À luz da teoria da equivalência dos antecedentes causais, essa teoria expõe que não há diferenciação entre partícipe e autor, uma vez que ambos contribuem para a consumação do crime. Assim, autor será aquele que proporciona a produção de um resultado penalmente relevante. Ressalte-se que, na redação originária do Código Penal, adotava-se essa teoria.

3.2. Teoria extensiva:

Não há, também, nessa teoria, diferença entre autor e partícipe. Entretanto, admite uma diferenciação no *quantum* de pena aplicável a cada um com base no grau de participação para a consumação do feito.

3.3. Teoria objetiva (dualista):

Diferente das teorias anteriores, realiza distinção entre o autor e o partícipe. Ela passou a ser adotada pelo Código Penal, após a reforma da Parte Geral. Essa teoria se divide em três:

3.3.1. Teoria objetivo-formal:

O autor será aquele que realiza o núcleo do tipo penal, já o partícipe será aquele que realiza condutas acessórias (instigar, auxiliar ou induzir), sem realizar o verbo nuclear, ainda assim contribui para a consumação. Aponta-se que essa é a teoria adotada atualmente pelo Código Penal. Veja-se que, caso não existisse a norma de extensão do art. 29 do CP, não seria possível responsabilizar o partícipe pela conduta, há uma subordinação mediata/indireta.

As críticas a essa teoria ocorrem em dois pontos principais: autoria mediata e autor intelectual. No caso do autor intelectual, como ele não pratica o núcleo do tipo penal, ele será partícipe, adotando-se essa teoria. Já em relação a autoria mediata, a qual ocorre quando agente faz uso de instrumento inculpável, não será possível sua responsabilização por essa teoria.

3.3.2. Teoria objetivo-material:

Para essa teoria, autor será aquele que presta a contribuição objetiva mais importante para a realização do resultado, mesmo que não execute o núcleo do tipo. Já o partícipe será aquele, por consequência, que não pratica a conduta mais relevante. A maior problemática dessa teoria é a grande subjetividade de que ela dispõe, o que ocasiona insegurança jurídica.

3.3.3. Teoria do domínio do fato:

Essa teoria foi criada por Hans Welzel (responsável pela criação do Finalismo Penal). Autor será aquele que tem o domínio final do fato. O autor é o "senhor do fato", ele tem a capacidade de continuar e de impedir a perpetração da conduta criminosa, usufruindo, portanto, do poder decisório. O partícipe será aquele que não pratica o núcleo do tipo penal e não possui o controle final do fato.

A vantagem dessa teoria é ampliar o conceito de autor da teoria objetivo-formal, abrangendo, assim, a autoria mediata e intelectual. A problemática, no entanto, envolve os crimes culposos, pois, na culpa, não há um controle final do fato, o que enseja a prática do resultado criminoso. Essa teoria foi adotada, expressamente, pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Penal nº 470 ("mensalão").

4. ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Na redação originária do Código Penal, não existia a previsão desse tipo penal. A partir dos crimes previstos no antigo nomeado Título VI “DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES”, havia a previsão de presunção de violência em algumas hipóteses, as quais se assemelham aos vulneráveis do art. 217-A do Código Penal, veja-se a redação anterior:

Art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima: (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)

a) não é maior de catorze anos; (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)

b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)

c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência. (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)

Entretanto, houve a reforma desse título do Código Penal com a Lei nº 12.015/09, tendo, entre outras mudanças, revogado o art. 224 e introduzido o art. 217-A no diploma penalista, o qual dispõe:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 4º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

Dessa forma, a prática de conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com menor de 14 anos ou com alguém que não possa consentir ou oferecer a resistência devida, no momento da prática do ato, incide no artigo mencionado acima. O tipo penal dispõe de elementos normativos que necessitam da interpretação pelo aplicador, o que gera diversos debates jurisprudenciais e doutrinários sobre a sua incidência ou de outro crime contra a dignidade sexual no caso concreto.

5. A AUSÊNCIA DE CONTATO FÍSICO E O ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Em razão da ampla proteção à criança e ao adolescente constitucionalmente prevista (art. 227 da Constituição Federal) e materializada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, o Superior Tribunal de Justiça entende que, para a caracterização do estupro de vulnerável, não é necessário que o agente tenha qualquer contato físico direto com a vítima, veja-se:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM CONTINUIDADE DELITIVA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E ATIPICIDADE DA CONDUTA. CONTEMPLAÇÃO LASCIVA DE MENOR DESNUDA. ATO LIBIDINOSO CARACTERIZADO. TESE RECURSAL QUE DEMANDA REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. RECURSO DESPROVIDO. O Parquet classificou a conduta do recorrente como ato libidinoso diverso da conjunção carnal, praticado contra vítima de 10 anos de idade. Extrai-se da peça acusatória que as corrés teriam atraído e levado a ofendida até um motel, onde, **mediante pagamento, o acusado teria incorrido na contemplação lasciva da menor de idade desnuda**. Discute-se se a inoccorrência de efetivo contato físico entre o recorrente e a vítima autorizaria a desclassificação do delito ou mesmo a absolvição sumária do acusado. A maior parte da doutrina

penalista pátria orienta no sentido de que a contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos arts. 213 e 217-A do Código Penal - CP, **sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido**. O delito imputado ao recorrente se encontra em capítulo inserto no Título VI do CP, que tutela a dignidade sexual. Cuidando-se de vítima de dez anos de idade, conduzida, ao menos em tese, a motel e obrigada a despir-se diante de adulto que efetuara pagamento para contemplar a menor em sua nudez, **parece dispensável a ocorrência de efetivo contato físico para que se tenha por consumado o ato lascivo que configura ofensa à dignidade sexual da menor**. Com efeito, a dignidade sexual não se ofende somente com lesões de natureza física. A maior ou menor gravidade do ato libidinoso praticado, em decorrência a adição de lesões físicas ao transtorno psíquico que a conduta supostamente praticada enseja na vítima, constitui matéria afeta à dosimetria da pena, na hipótese de eventual procedência da ação penal. *In casu*, revelam-se pormenorizadamente descritos, à luz do que exige o art. 41 do Código de Processo Penal - CPP, os fatos que, em tese, configurariam a prática, pelo recorrente, dos elementos do tipo previsto no art. 217-A do CP: prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal com vítima menor de 14 anos. A denúncia descreve de forma clara e individualizada as condutas imputadas ao recorrente e em que extensão elas, em tese, constituem o crime de cuja prática é acusado, autorizando o pleno exercício do direito de defesa e demonstrando a justa causa para a deflagração da ação penal. Nesse enredo, concluiu-se que somente após percuciente incursão fática-probatória seria viável acolher a tese recursal de ausência de indícios de autoria e prova de materialidade do delito imputado ao recorrente. Tal providência, contudo, encontra óbice na natureza célere do rito de habeas corpus, que obsta a dilação probatória, exigindo que a apontada ilegalidade sobressaia nitidamente da prova pré-constituída nos autos, o que não ocorre na espécie. Assim, não há amparo para a pretendida absolvição sumária ou mesmo o reconhecimento de ausência de justa causa para o prosseguimento da ação penal para apuração do delito. Recurso desprovido. (STJ - RHC: 70976 MS 2016/0121838-5, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data

de Julgamento: 02/08/2016, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/08/2016 RSTJ vol. 243 p. 876) (grifou-se)

Dessa forma, observa-se que a ofensa a dignidade sexual da vítima (bem jurídico protegido pelo tipo penal) não ocorre apenas com lesões de natureza física, podendo realizar-se a conduta por outros meios igualmente violadores do bem jurídico. Esse também é o entendimento da doutrina, a qual dispensa qualquer contato físico direto por parte do agente, a fim de que reste configurado o crime do art. 217-A do CP, veja-se MASSON (2014):

“Na prática de atos libidinosos, a vítima também pode desempenhar, simultaneamente, papéis ativo e passivo. Nessas duas últimas condutas - praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso é dispensável o contato físico de natureza erótica entre o estuprador e a vítima”.

Seguindo, assim, essa tendência de entendimento mais protetiva ao vulnerável, a Corte Superior, em recente, julgado manteve a condenação de agente que não teve qualquer contato físico com a vítima. No caso, o réu utilizava-se, na qualidade de mentor intelectual, de duas mulheres, incitando-as a praticarem atos libidinosos com crianças e a lhe enviarem as imagens correspondentes, observe-se:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. QUALQUER ATO DE LIBIDINAGEM. CONTATO FÍSICO DIRETO. PRESCINDIBILIDADE. CONTEMPLAÇÃO LASCIVA POR MEIO VIRTUAL. SUFICIÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. É pacífica a compreensão, portanto, de que o estupro de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima, conforme já consolidado por esta Corte Nacional. 2. Doutrina e jurisprudência sustentam a prescindibilidade do contato físico direto do réu com a vítima, a fim de priorizar o nexos causal entre o ato praticado pelo acusado, destinado à satisfação da sua lascívia, e o efetivo dano à dignidade sexual sofrido pela ofendida. 3. No caso, ficou devidamente comprovado que o paciente agiu mediante nítido poder de controle psicológico sobre as outras duas agentes, dado o vínculo afetivo entre eles estabelecido. Assim, as incitou à prática dos atos de estupro contra as infantes (uma de 3 meses de idade e outra de 2 anos e 11 meses de idade), com o envio das respectivas imagens via aplicativo virtual, as quais permitiram a referida contemplação lasciva e a consequente adequação da conduta ao tipo do art. 217-A do Código Penal.

4. Ordem denegada. (STJ - HC: 478310 PA 2018/0297641-8, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 09/02/2021, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/02/2021)

Consoante disposto pelo Ministro Relator em seu voto, é prescindível o contato físico direto do réu com a vítima, uma vez que se deve priorizar o nexo causal entre o ato praticado pelo réu, destinado à satisfação da sua lascívia, e o efetivo dano à dignidade sexual sofrido pela vítima. Ademais, ainda de acordo com o Ministro, “a ênfase recai no eventual transtorno psíquico que a conduta praticada enseja na vítima e na real ofensa à sua dignidade sexual, o que torna despcienda efetiva lesão corporal física por força de ato direto do agente, como no caso dos autos”.

6. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E SUA POSSÍVEL APLICAÇÃO AO JULGAMENTO DO HC Nº 47831/PA

O julgado apontado no capítulo anterior considerou a possibilidade de o mentor intelectual, o qual não pratica diretamente o núcleo do tipo penal do art. 217-A do Código Penal, ser responsabilizado pela conduta. A Corte Superior adotou, no caso, a prevalente teoria objetivo-formal, tanto é assim que o Ministro Relator menciona:

“Por fim, cumpre registrar precedente em que esta Corte Superior também já reconheceu a prática do delito de estupro no qual o agente concorre na qualidade de partícipe, tese que se coaduna com parte da fundamentação lançada pelo Juízo de origem e que, igualmente, se amolda ao caso dos autos. Confira-se:

PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO. PRISÃO PREVENTIVA. REVELIA. ART. 366 DO CPP. EFETIVAÇÃO DA PRISÃO 11 ANOS, APÓS A DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA DELITUOSA. MODUS OPERANDI. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. RECURSO NÃO PROVIDO. [...] 4. Hipótese em que o recorrente, além de ser o autor de um estupro, concorreu, na condição de partícipe, para mais duas conjunções carnis com a mesma vítima, tendo como autores seu irmão e um amigo. 5. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, a periculosidade do agente, evidenciada no modus operandi do delito, é fundamento idôneo para justificar a

medida extrema, tendo como escopo o resguardo da ordem pública. 6. Recurso não provido. (RHC n. 110.301/PR, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 11/6/2019, grifei)”.

Dessa forma, o STJ entendeu que a subsunção ao art. 217-A do CP ocorreu, no caso, de forma mediata, em decorrência da aplicação da norma de extensão do art. 29 do diploma penalista. Entretanto, apesar de não ser o tema central do julgado, a Corte Superior poderia ter adotado a teoria do domínio do fato exposta anteriormente, a qual já foi acolhida pela jurisprudência em outras oportunidades.

Ao se analisar o caso à luz da teoria do domínio do fato, observa-se que o agente tinha o controle final do fato, sendo o autor intelectual. Isso ocorre, pois, as demais envolvidas na empreitada criminosa praticavam os atos libidinosos seguindo as determinações do agente principal. Assim, mesmo não praticando, diretamente, o núcleo do tipo penal, ele tinha a capacidade de continuar ou de impedir a conduta penalmente ilícita, o que o caracteriza como autor.

Portanto, acaso o STJ tivesse acolhido essa teoria, não haveria as dúvidas, as quais foram suscitadas pela defesa com o objetivo de afastar a responsabilização penal do agente. Como a Corte optou pela análise do caso à luz da teoria objetivo-formal, surgiram os questionamentos, uma vez que ela é falha no caso do mentor intelectual, consoante já apontado.

CONCLUSÃO

Apesar de existirem diversas teorias sobre a autoria, nenhuma delas é suficiente para explicar todas as situações que podem ensejar a responsabilização penal. Nesse contexto, a jurisprudência brasileira se inclina pela adoção da teoria objetivo-formal. Consoante já apontado, a grande problemática envolvendo essa teoria são os casos em que o autor não pratica diretamente o núcleo do tipo penal.

Em decorrência da adoção dessa teoria, nos casos de autoria intelectual e mediata, o julgador não consegue enquadrar o agente como autor, mas apenas como partícipe, por meio da norma de extensão do art. 29 do Código Penal. A dificuldade é, portanto, encaixar as condutas do autor como acessórias, quando, na verdade, é notório que o seu agir é principal, ainda que sem praticar o núcleo do tipo.

Essa problemática pode ensejar até mesmo em uma dificuldade na defesa do réu, que, muitas vezes, será tratado, materialmente, como autor nas decisões, embora seja formalmente, à luz da teoria objetivo-formal, um partícipe. Dessa forma, o julgador tenta enquadrar o agente como partícipe, apesar de o tratar com a mesma gravidade e reprovabilidade de um autor.

Dessa forma, a teoria do domínio do fato surge como uma possibilidade, a qual, apesar de não ser adequada para os crimes culposos, soluciona as situações que envolvem crimes dolosos. A sua utilização evita “malabarismos” jurídicos, a fim de aquedar a teoria objetivo-formal para o tratamento como autor do mentor intelectual, como no caso apontado acima do HC nº 47831/PA.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05/03/2021.

BRASIL. **Código Penal**. DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm >. Acesso em: 08/03/2021.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 08/03/2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: < <https://www.stj.jus.br/sites/portallp/Inicio>>. Acesso em: 08/03/2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 08/03/2021.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **O mentor intelectual dos atos libidinosos responde pelo crime de estupro de vulnerável**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: < <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/46dce5f2f0e61edb70931a00d00a464e>>. Acesso em: 09/03/2021

CUNHA, Rogério Sanches. **685: O mentor intelectual dos atos libidinosos responde pelo crime de estupro de vulnerável**. Meu site jurídico. Disponível em: < <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/03/01/685-o-mentor-intelectual-dos-atos-libidinosos-responde-pelo-crime-de-estupro-de-vulneravel/>>. Acesso em: 09/03/2021.

MASSON, Cleber. **Código Penal comentado**. 2ª edição, São Paulo: Método, 2014.

MASSON, Cléber. **Direito Penal – Parte Geral. vol.1**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

MASSON, Cléber. **Direito Penal – Parte Especial. vol.3.** 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

DIVULGAÇÃO DE NOTÍCIAS FALSAS - FAKE NEWS - NAS CAMPANHAS ELEITORAIS NA INTERNET E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

CELY SAY DE CARVALHO:

Pós-graduada em Direito Eleitoral, Universidade Positivo (2019)

RESUMO: A proposta deste artigo é abordar a divulgação de notícias falsas -fake news- na internet a respeito dos candidatos a cargos eletivos durante o período das campanhas eleitorais. Será demonstrado que essas notícias tem na maioria das vezes o intuito de difamar o candidato para que ele perca credibilidade junto aos eleitores. A Justiça Eleitoral pode determinar a retirada de publicações que contenham agressões ou ataques a candidatos em sítios da internet, conforme determina o art. 57-D, § 3º, da Lei 9.504/97. Contudo, com o fim de evitar censura, será demonstrado que, consoante jurisprudência do TSE, em um ambiente democrático, as liberdades de expressão, de imprensa e de informação ostentam, posições preferenciais (*preferred position*). Este artigo abordará o desafio da Justiça Eleitoral de enfrentar as notícias falsas, observando-se a liberdade de expressão para que as eleições se desenvolvam dentro de um ambiente democrático. Inicialmente será exposto o conceito de fake news no âmbito da propaganda eleitoral. Na sequência será tratada a disciplina legal de retirada das postagens, e como a jurisprudência tem enfrentado esse tema. Por fim, será demonstrada a importância da observância da liberdade de expressão dentro do processo de escolha dos candidatos.

Palavras-chave: Eleições. Campanha Eleitoral. Propaganda. Internet. Fake News. Liberdade de expressão.

Abstract: The study aims is to address the dissemination of fake news on the internet regarding candidates during the election campaign. It will be shown that this news has mostly the intention to discredit the candidate, so that he loses credibility with the voters. The Electoral Justice may determine the withdrawal of publications that contain aggressive

content or attacks against candidates. However, in order to avoid censorship, according to the TSE, in a truly democratic environment, the freedom of speech, press and information have preferred positions. This article will discuss the challenge of the Electoral Justice to face fake news, observing freedom of speech, so that the elections take place within a democratic environment. Initially, the concept of fake news will be introduced in the scope of political propaganda, secondly, the legal discipline of removing the news and how the Court has dealt with this issue, and finally, the importance of freedom of speech within election campaigns.

Keywords: Elections. Electoral campaign. Propaganda. Internet. Fake News. Freedom of speech.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A divulgação de fake news nas campanhas eleitorais. 2.1 O uso da internet. 2.1.1. A normatização do uso da internet no processo eleitoral. 2.1.2. A retirada de publicações prevista no parágrafo 3º do art. 57-D da Lei Nº 9.504/97. 3. A necessidade do desenvolvimento das campanhas eleitorais dentro de um ambiente democrático e com respeito à liberdade de expressão 4. Conclusão. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A internet é um espaço de livre debate de ideias, com caráter dinâmico e de livre circulação na sociedade, sendo por isso uma ferramenta extremamente relevante nas campanhas eleitorais. Proporciona interatividade entre o candidato e o eleitor e diante dessa evolução tecnológica que mudou a vida das pessoas é impossível ignorar os efeitos das mensagens que circulam nesse meio na seara eleitoral. A utilização da internet como arma de manipulação do processo eleitoral, com a divulgação de notícias falsas, sem fundamento, pode ser desastrosa para os candidatos.

Nas eleições gerais do ano de 2018 houve um debate intenso acerca da propagação de notícias falsas-ou fake news- na internet sobre candidatos a cargos eletivos.

As notícias falsas foram um desafio para a Justiça Eleitoral nas eleições do ano 2018, tendo em vista que hodiernamente notícias distorcidas com conteúdo falso, divulgada nas mídias sociais, ganham maior destaque que as reportagens realizadas pela televisão. Essas matérias falsas, tendem à repercussão fácil, a viralizar, a tornar-se *trend topics* mais rapidamente do que aquelas produzidas por jornalistas. Além disso, estimulam a polarização da política, gerando desinformação ao eleitor.

Diante de notícias falsas a Justiça Eleitoral poderá determinar, por solicitação do ofendido, a retirada de publicações que contenham agressões ou ataques a candidatos em sítios da internet, inclusive redes sociais, conforme determina o art. 57-D, § 3º da Lei 9.504/971.

Se de um lado afirma-se que o eleitor em face do seu desconhecimento da realidade deveria ser protegido pela Justiça Eleitoral por meio da retirada das notícias falsas da internet lançadas durante o período eleitoral, de outro lado, afirma-se que as pessoas, de quaisquer níveis de renda e escolaridade, conduzem suas vidas sem serem a todo o momento alvo de fraude e engano e nesse sentido o eleitor não necessitaria da intervenção da Justiça Eleitoral para que não houvesse censura no debate político em respeito à liberdade de expressão (NEISSER, 2016, p.20)

É nesse contexto que surge um desafio para a Justiça Eleitoral: enfrentar as notícias falsas- fake news disseminadas na internet no período eleitoral. A primeira dificuldade é conceitual, ou seja emoldurar o que exatamente se configura notícia falsa na propaganda eleitoral (passível de retirada a partir de uma ordem judicial), a segunda é a de se determinar a retirada observando-se a liberdade de expressão e a terceira é técnica no sentido de se efetivar tempestivamente uma intervenção judicial que cesse a irregularidade ocorrida nesse ambiente virtual.

1 Art. 57-D (...) § 3º Sem prejuízo das sanções civis e criminais aplicáveis ao responsável, a Justiça Eleitoral poderá determinar, por solicitação do ofendido, a retirada de publicações que contenham agressões ou ataques a candidatos em sítios da internet, inclusive redes sociais.

O presente trabalho abordará inicialmente os conceitos de internet, notícias falsas-fake news e propaganda eleitoral. Na sequência abordará a possibilidade da determinação pela Justiça Eleitoral da retirada de publicações que contenham agressões ou ataques a candidatos em sítios da internet, inclusive redes sociais, conforme determina o art. 57-D, § 3º da Lei 9.504/97, bem como será tratada a importância da liberdade de expressão dentro das campanhas eleitorais.

2. A Divulgação de fake news nas campanhas eleitorais

Fernando Gaspar Neisser (NEISSER, 2016) define Campanhas Eleitorais “como empreendimentos temporários, conduzidos por partidos políticos, visando ao atingimento de objetivos determinados em uma eleição”.

Dentro das eleições as campanhas eleitorais exercem funções nas sociedades democráticas. A principal é permitir a legitimação dos eleitos. As eleições visam a uma escolha. Assim, independentemente dos critérios de que se valha o eleitor, é mediante a campanha eleitoral que se constroem os motivos para votar ou não em uma pessoa ou partido político. Contudo, as campanhas eleitorais podem atuar deslegitimando os eleitos, principalmente quando as notícias da imprensa se distanciam do escopo de atribuições dos cargos postos em disputa. Neisser afirma que “neste cenário, não se poderá afirmar que referido candidato, vencedor no pleito, seja ‘melhor’ ou ‘pior’ que seu adversário para o desenvolvimento das tarefas atribuídas ao cargo eleito” (NEISSER, 2016, p. 61).

É possível definir propaganda eleitoral como “espécie de propaganda que tem a finalidade precípua de divulgar ideias e programas de candidatos. É a oportunidade que a legislação eleitoral atribuiu ao candidato para exteriorizar o símbolo real do mandato representativo partidário” (RAMAYANA, 2018, p. 522).

Carlos Neves Filho ao definir propaganda eleitoral aduz que o sistema político é mudo. Nessa linha, ao enfrentar o tema propaganda

política deve-se demonstrar o vínculo essencial entre a propaganda e a política — “parafraseando o conhecido brocardo jurídico *ubi societas, ibi jus* (onde há sociedade, há direito), pode-se afirmar que onde há sociedade, há política e onde há política, há propaganda” (NEVES FILHO, 2012, p. 17).

De acordo como o Dicionário Cambridge² “*Fake News* são falso, frequentemente sensacional, disseminadas sob o disfarce de notícias”

Para o Jurista Diogo Rais (RAIS, 2018³) “*Fake news* não são notícias falsas. São notícias fraudulentas, sabidamente mentirosas, mas produzidas com a intenção de provocar algum dano”.

Segundo esse Jurista “são necessários três elementos fundamentais para identificar *fake news* como objeto do Direito: falsidade, dolo e dano”. Partindo desse conceito não existiria *fake news* por simples erro ou *fake news* culposa, já que para sua caracterização são indispensáveis a existência de dano e dolo. Nesse contexto, o erro não poderia ser considerado *fake news*, mas um erro jornalístico, que deve ser reconhecido e corrigido (RAIS, 2018⁴).

Já para Rodrigo Lopes Zílio (2018, p. 466) “A notícia falsa envolve tanto a divulgação de um contexto ou imagem inverídica como a divulgação desconectada de seu texto originário.” Nesse sentido, a notícia falsa pode ser originariamente fabricada por determinada pessoa e também pode haver a manipulação indevida de um fato existente (ZILIO, 2018, p. 466).

Diogo Rais (RAIS, 2018) acrescenta que *fake News* “são enganosas, se revestem de diversos artifícios para enganar o leitor. Não é uma ficção,

² Tradução livre da seguinte definição: “false, often sensational, information disseminated under the guise of News reporting”. Disponível em:

<<https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/fake-news>>. Acesso em: 22 março 2019.

³RAIS, Diogo. Fronteiras do Direito. A melhor tradução para *fake news* não é notícia falsa, é notícia fraudulenta. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-12/entrevista-diogo-rais-professor-direito-eleitoral>> acesso em 22 março 2019.

⁴ RAIS, Diogo. Fronteiras do Direito. A melhor tradução para *fake news* não é notícia falsa, é notícia fraudulenta. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-12/entrevista-diogo-rais-professor-direito-eleitoral>> acesso em 22 março 2019.

é mentira revestida de artifícios que lhe conferem aparência de verdade capaz de produzir danos”.

Em muitos casos as notícias falsas são disseminadas por bots. Nesses casos o usuário não percebe que está interagindo com um robô, acreditando que está interagindo com outra pessoa. A notícia falsa normalmente tem formato que denota realismo.

Na campanha eleitoral as notícias falsas visam denegrir a reputação do candidato para que ele perca credibilidade e conseqüentemente votos (L. Fux, F. C. Pereira e W. M. Agra, 2018, p. 311).

Segundo informa o Jornal BBC5 fake news foi eleita palavra do ano de 2017 e ganhou menção em dicionário britânico por ter sido um termo amplamente usado por Donald Trump na sua campanha para a presidência, e após, o mundo inteiro ter passado a usar o termo.

De acordo com o dicionário Michaelis6 internet é “Rede remota internacional de ampla área geográfica que proporciona transferência de arquivos e dados, juntamente com funções de correio eletrônico para milhões de usuários ao redor do mundo; net, rede, web”.

2.1 O uso da Internet

O uso da internet trouxe uma mudança significativa na divulgação da propaganda eleitoral nas eleições.

Quando antes as campanhas eram feitas tão somente pelos candidatos e partidos e divulgadas na televisão, rádio e imprensa escrita com o surgimento dessa nova tecnologia há a interação dos eleitores que criam e divulgam mensagens a favor e contra os candidatos a cargos políticos.

5 Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-41843695>> acesso em 15 março 2019.

6 Disponível em <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/internet/>> acesso em 15 março 2019.

A esse respeito José Jairo Gomes assevera que o debate recorrente na atualidade diz respeito às relações entre a política e o papel social das novas tecnologias. Na internet e redes sociais as comunicações se dão de forma horizontal, com os usuários criando e divulgando notícias num ambiente democrático, interativo e descentralizado. A comunicação é difusa, ocorrendo instantaneamente entre milhares de pessoas, diferentes das agências de notícias e dos telejornais que são centralizados e unidirecionais (GOMES, 2017, p. 475).

Diogo Rais (2018, p.17) explica que “o que antes era papel exclusivo da imprensa, hoje é desempenhado ativa e corriqueira no âmbito da web, em que os usuários atuam livremente, produzindo os mais variados tipos de conteúdos em blogs, aplicativos de mensagens instantâneas e redes sociais”.

Contudo, apesar de facilitar a comunicação entre os indivíduos, conforme assevera Ricardo Vieira Fernandes (2018, p. 22) “A mesma internet que, no seu início, era vista como um espaço para a plena democracia e a ampla troca de ideias, hoje é palco de segregações, intolerância, desinformação e fake news.”

As recentes tecnologias da internet decorrem de algoritmos, que se baseiam em dados e correlações normalmente sigilosos e sem qualquer transparência.

A falta de transparência é reforçada quando se sabe que: “tais algoritmos são aperfeiçoados a partir da inteligência artificial, por meio da qual, com a aprendizagem automática e com as redes neurais artificiais, mais e mais algoritmos se desenvolvem independentemente” (FERNANDES, 2018, p. 22).

Verifica-se que essa ausência de transparência quanto aos dados, critérios e correlações utilizados, diante do uso de algoritmos computacionais, eventualmente faz com que as notícias veiculadas na internet possam ser insuscetíveis de controle por parte da Justiça Eleitoral, como por exemplo no caso de utilização nas campanhas

eleitorais de perfis falsos, robôs ou contratação de “fazendas de cliques⁷”.

É de se destacar que esse fluxo de informações dentro do ambiente virtual, pode servir para uma finalidade oposta ao seu objetivo principal, tornando-se num verdadeiro espaço para desinformação do eleitor. Dentro desse ambiente que é pautado pela rapidez das informações veiculadas, a propagação de notícias falsas sobre candidatos a cargos eletivos pode influenciar parcela significativa do eleitorado, já que não há uma checagem mínima sobre a confiabilidade da fonte daquela notícia (ZILIO, 2018, p.466).

A divulgação de notícias falsas por meio da internet permeou as últimas eleições norte-americanas, por meio da divulgação de notícias sobre a eventual interferência russa no resultado do pleito e de igual maneira as eleições da França, do Reino Unido e também do Brasil.

Nessa linha há de existir um controle sobre as novas tecnologias, pois essas inovações não podem ser incompatíveis com a democracia (FERNANDES, 2018, P.22).

A internet permite tecnicamente qualquer tipo de propaganda. Olivar Coneglian quando comenta sobre a regulamentação da propaganda na internet afirma que: “Tentar cercar a rede com regras é o mesmo que colher água com peneira ou tentar prender o vento com saco de aniagem: escapa” (CONEGLIAN, 2018, p. 368).

Conforme ensina Rodrigo Lopes Zilio (2018, p. 466) “Justamente por se caracterizar como um meio de comunicação ágil e democrático sujeito a modificações constantes, a internet, é uma ferramenta de difícil regulamentação por natureza.”

7 Fazenda de cliques ou click farm é um tipo de fraude virtual através da qual um grande grupo de pessoas são contratadas para clicarem em links de anúncios online para o fraudador de cliques, também conhecido como fazendeiro de cliques (em inglês: *click farm master* ou *click farmer*). Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Fazenda_de_cliques> consulta em 22 março 2019.

Todas essas tensões e desafios projetam-se sobre a regulação jurídica, que tem como um dos objetivos básicos assegurar a normalidade e efetividade dos resultados da eleição.

Neste contexto, é papel do Estado preservar a abertura e a integridade do debate público, em virtude do seu compromisso com a democracia e com a qualidade epistêmica da discussão pública, que exige igualdade de acesso aos meios de comunicação (SALGADO, 2010, p.177).

2.1.1 A normatização do uso da Internet no processo eleitoral

A propaganda na internet deve ser limitada pelas mesmas regras gerais de toda propaganda, em que devem ser respeitados os direitos fundamentais e demais liberdades. Assim, se a propaganda for ofensiva ou veicular fake news deverá ser retirada, da mesma forma que um panfleto ofensivo a um candidato e um cavalete de rua, que atrapalha o trânsito podem ser retirados. Ela não está livre de ser alvo de verificação de conteúdos discriminatórios, preconceituosos, que atentem contra a dignidade da pessoa humana ou contra ordem pública, porque submete-se ao controle de responsabilidade após divulgado o conteúdo, sem prévia censura (NEVES FILHO, 2012, p.17).

O uso indevido dos meios de comunicação social tem sanções específicas na esfera eleitoral inclusive o ajuizamento de AIJE, quando configurado, a infração veiculada através da internet, além disso, pode ainda configurar ilícito criminal ou administrativo (quando praticada por servidor público no exercício das funções ou cível (ZILIO, 2018, p.466).

A ampla normatização do uso da Internet no processo eleitoral teve início com a Lei nº 12.034/2009 art. 57-A a 57-I da Lei das Eleições. Antes disso, apesar da existência de debate sobre o tema, havia pouca regulamentação sobre o tema, por exemplo nas eleições de 2006, foi permitido a manutenção de página na internet pelos candidatos com a terminação "can.br" (art. 71 da Resolução nº 22.261/2006). Já em 2008, foi permitida a propaganda eleitoral na página do candidato destinada

exclusivamente à campanha eleitoral (art. 18 da Resolução TSE 22.718/2008) (ZILIO, 2018, p. 466).

O início da propaganda eleitoral se dá no dia 16 de agosto do ano de eleição, nos termos dos art. 36, da Lei 9.504/97 e 240 do Código Eleitoral⁹.

2.1.2 A retirada de publicações prevista no parágrafo 3º do art. 57-D da Lei nº 9.504/97.

Com o fim de preservar o debate público, o parágrafo 3º do art. 57-D da Lei nº 9.504/97 dispõe que: “Sem prejuízo das sanções civis e criminais aplicáveis ao responsável, a Justiça Eleitoral poderá determinar, por solicitação do ofendido, a retirada de publicações que contenham agressões ou ataques a candidatos em sítios da internet, inclusive redes sociais”.

Assim, esse artigo traz uma permissão expressa para a Justiça agir no sentido de mandar retirar da internet publicações que contenham ataques a candidatos.

A questão de retirada de posts da internet foi amplamente debatida nas eleições gerais de 2018.

Antes da campanha oficial do ano de 2018, o Ministro Sérgio Banhos, do Tribunal Superior Eleitoral na representação nº 060054670 determinou que fosse retirada do ar uma notícia falsa contra a pré-candidata à presidência da República Marina Silva.

Com efeito, tratava-se de representação, ajuizada pelo Diretório Nacional da Rede Sustentabilidade e Maria Osmarina Marina da Silva Vaz

8 Art. 36. A propaganda eleitoral somente é permitida após o dia 15 de agosto do ano da eleição. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm> consulta em 22 de março de 2019.

9 Art. 240. A propaganda de candidatos a cargos eletivos somente é permitida após o dia 15 de agosto do ano da eleição Disponível em : < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm> consulta em 22 março 2019.

de Lima, denunciando a divulgação de notícias falsas (*fake news*) por meio de perfil anônimo no Facebook.

O Ministro Sérgio Banhos em seu voto destacou que:

Na pauta do mundo contemporâneo, há um compromisso inescapável: garantir que o processo eleitoral transcorra de modo regular, observadas as balizas constitucionais, para que as candidaturas efetivamente legítimas sejam as escolhidas nas eleições de 2018. Tal desiderato é ainda mais importante nos tempos de hoje, em que as mídias sociais multiplicaram a velocidade da comunicação. Qualquer informação sem fundamento pode ser desastrosa. O uso da Internet como arma de manipulação do processo eleitoral dá vez à utilização sem limites das chamadas *fake News* (representação nº 060054670, Relator Ministro Sérgio Banhos¹⁰).

O Tribunal Regional Eleitoral do Paraná, seguindo a Jurisprudência do TSE decidiu que a mensagem para ser qualificada como sabidamente inverídica deve conter inverdade flagrante que não apresente nenhuma controvérsia, determinando a retirada de publicações da internet, conforme julgados que abaixo se vê:

EMENTA - ELEIÇÕES 2018. RECURSO EM REPRESENTAÇÃO. DIVULGAÇÃO DE FATO SABIDAMENTE INVERÍDICO. "FAKE NEWS". CONVITE OBVIAMENTE MANIPULADO QUE FOI ENVIADO EM GRUPO DO WHATSAPP. INEXISTÊNCIA DE CONSENSUALIDADE ENTRE OS INTEGRANTES DA AGREMIÇÃO DE MENSAGENS QUE PERMITE A APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO SEGUNDO DO ARTIGO

¹⁰ TSE Rp - representação nº 060054670, Relator Ministro Sérgio Banhos, Decisão Monocrática de 07/06/2018, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico - 2018-06-08 00:00:00 - nº 112.

28 DA RESOLUÇÃO DO TSE Nº 23.551/2017. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Postagem compartilhada em grupo de WhatsApp contendo imagem claramente manipulada com intenção óbvia de imputar a candidato participação em coligação eleitoral inexistente no âmbito das Eleições 2018, configura divulgação de fato sabidamente inverídico e, aliada à inexistência da consensualidade prevista no § 2º do art. 28 da Resolução TSE nº 23.551/2017, conduz ao reconhecimento da sua ilegalidade.

2. Conforme farta jurisprudência do TSE, a mensagem, para ser qualificada como sabidamente inverídica, deve conter inverdade flagrante que não apresente nenhuma controvérsia.

3. Publicação em rede social que traz fato sabidamente inverídico, capaz de justificar a atuação cogente da Justiça Eleitoral.

4. O aplicativo WhatsApp se sujeita às regras de propaganda eleitoral quando não há consensualidade entre remetente e destinatário (artigo 28, §2º, resolução TSE nº 23.551/2017).

(TRE- PR REPRESENTACAO n 0603452-86.2018.6.16.0000, ACÓRDÃO n 54355 de 22/10/2018, Relator(a) RICARDO AUGUSTO REIS DE MACEDO, Publicação: DJ - Diário de justiça, Data 26/10/2018).

ELEIÇÕES 2018. RECURSOS ELEITORAIS. REPRESENTAÇÃO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL. VÍDEO MONTADO SOBRE CANDIDATO. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. ANÁLISE DO VÍDEO REVELANDO FRASES COM MEIAS

VERDADES, COM CONTEÚDO APELATIVO, DRAMÁTICO, POLÊMICO. FAKE NEWS. CARACTERIZAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. RECURSO DA COLIGAÇÃO - PARANÁ INOVADOR - E CARLOS ROBERTO MASSA JUNIOR. PEDIDO DE MULTA POR PROPAGANDA NEGATIVA EXTEMPORÂNEA. ENTENDIMENTO DA MAIORIA PELA CARACTERIZAÇÃO, EM RAZÃO DO CONJUNTO DO VÍDEO IMPUGNADO. MULTA. ARTIGO 36, §3º, DA LEI Nº 9.504/97. APLICAÇÃO NO VALOR MÍNIMO, DIANTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. RECURSO PROVIDO.

1. Fake news são notícias fraudulentas, produzidas dolosamente, com a intenção de provocar algum dano; não se constituem apenas em notícias falsas, ou meramente mentirosas. Resultam da seguinte combinação: informação dolosamente manipulada + forma de disseminação dessa informação + inexistência de mecanismos de checagem + desinteresse em confirmar a informação recebida + dano.

2. No caso concreto, configurou-se fake news a divulgação, em rede social (facebook) de vídeo com uso de adjetivos aliados a frases soltas, meias verdades, efeito visual e sonoro conjunto do vídeo com conteúdo apelativo, dramático e polêmico, capaz de gerar, artificialmente, estados mentais e emocionais.

3. Configura propaganda negativa extemporânea a divulgação de vídeo, anterior ao período autorizado, com único intuito de denegrir a imagem do pré-candidato, aliado a assertiva semanticamente caracterizadora do pedido explícito de não voto,

impondo-se a multa prevista no art. 36, §3º da Lei das Eleições.

(TRE PR REPRESENTACAO n 0600824-27.2018.6.16.0000, ACÓRDÃO n 54160 de 11/09/2018, Relator(a) GRACIANE APARECIDA DO VALLE LEMOS, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 12/09/2018)

Em virtude de que a internet é uma rede mundial de computadores com empresas sediadas em todas as partes do mundo, nos casos de determinação judicial de retirada de conteúdos anônimos das plataformas há um histórico de resistência dessas companhias de cumprir as ordens judiciais brasileiras, com a invocação de dificuldades técnicas ou cadeias de comandos. (GONÇALVES, 2018, p. 231)

Contudo, nas últimas eleições do ano de 2018 houve celeridade nas decisões e no cumprimento das ordens judiciais. Conforme levantamento realizado¹¹ os Ministros do Tribunal Superior Eleitoral - TSE levaram, em média, menos de dois dias para decidir demandas relacionadas a informações falsas. A velocidade da propagação das fake news exigiu uma atuação rápida e efetiva no julgamento das liminares em representações com pedidos de retirada de conteúdos da internet. O levantamento demonstrou que foram protocoladas 50 ações sobre o assunto no TSE durante o período eleitoral, desse total 48 foram respondidas prontamente, sendo que o quantitativo de processos sobre fake news representou menos de 12% do total das demandas submetidas aos três ministros responsáveis pela propaganda eleitoral naquele tribunal.

3. A necessidade do desenvolvimento das campanhas eleitorais dentro de um ambiente democrático e com respeito à liberdade de expressão

11 Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Novembro/tse-atuou-com-celeridade-no-julgamento-de-processos-sobre-fake-news-durante-as-eleicoes-2018>> acesso em 22 março 2019.

A despeito da possibilidade da utilização da internet como meio de manipulação do processo eleitoral mediante a divulgação de notícias falsas, o papel da Justiça Eleitoral é de fazer com que as eleições se desenvolvam dentro de um ambiente democrático, sem que haja censura.

A internet é um espaço de livre debate de ideias, com caráter dinâmico e de livre circulação na sociedade, sendo por isso uma ferramenta extremamente relevante para o aperfeiçoamento da democracia.

Nas campanhas eleitorais misturam-se opiniões jornalísticas, propaganda dos políticos e respostas de eleitores nas diversas plataformas e aplicativos da internet.

Carlos Neves Filho (NEVES FILHO, 2012) explica que: “Tudo isso é a nova dimensão da liberdade de expressão - a liberdade virtual”.

Nessa perspectiva, não se pode calar a todos, tolher a liberdade de falar na internet é tentar impedir que as pessoas falem, conversem nas ruas, nos bares e nos lares.

A internet é um ambiente livre, as pessoas podem expressar como queiram a sua opinião, o que não quer dizer que não respondam por isso — é a liberdade igual ou a igualdade livre.

Para Carlos Neves Filho (NEVES FILHO, 2012) “A propaganda política na internet está mais para uma propaganda em um comitê eleitoral do que para um panfleto entregue na esquina — só entra (acessa) quem quer, só lê (segue, curte, comenta, rettwita) quem se interessa”.

A democracia é um conceito complexo, plurissignificativo e amplamente disputado. Aline Osório explica que: “Etimologicamente, a palavra, de origem grega, significa “governo do povo”, sendo formada pelos radicais demos (i.e., povo) e krátos (i.e., governo)” (OSÓRIO, 2017, p. 67).

O regime político brasileiro da constituição de 1988 funda-se no princípio democrático. José Afonso da Silva (SILVA, 2008) ensina que “a Democracia é um conceito histórico, não sendo por si um valor- fim mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem”. Ressalta que “a democracia não é um conceito político abstrato e estático, mas um processo de afirmação que o povo vai conquistando no decorrer da história”.

Eneida Desiree Salgado (2010, p.177) afirma que “qualquer significação de democracia, ainda que leve em conta todas as inúmeras variáveis que compõem seu significado, tem como elemento central a igualdade política. Essa igualdade deve ser observada na disputa eleitoral”.

Porém, apesar da definição, há pouco consenso sobre o que a democracia exprime ou exige. Sendo que um desses raros consensos é a liberdade de expressão.

A democracia necessita da garantia básica das liberdades comunicativas, com a possibilidade de se discutir e criticar os temas de interesse público, as decisões políticas, o governo e os governantes. Do mesmo modo, dificilmente seria possível garantir o livre fluxo de informações em um governo não democrático (OSÓRIO, 2017, p. 67).

A Constituição Federal de 1998 protege e garante a livre manifestação do pensamento em todos os seus desdobramentos:

inclusive artísticos, científicos, religiosos e políticos (art. 5º, IV, VI e IX); o direito de resposta (art. 5º, V); a liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI); o amplo acesso à informação, com as garantias que lhe são inerentes (art. 5º, XIV, XXXIII e LVII); a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, como princípio reitor do ensino (art. 206, II); a livre manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação,

sob qualquer forma, processo ou veículo (art. 220); a plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social (art. 220, §1º); e veda toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (art. 220, §2º) (COPETTI NETO, 2017, p. 366-367).

Todos esses direitos consubstanciam um sistema constitucional da liberdade de expressão. Nesse sentido, é garantido a cada brasileiro a possibilidade de manifestar-se livremente, no sentido de que pode expressar suas opiniões sendo-lhe garantida também a faculdade de participar dos processos de deliberação coletiva, atuando na formação da opinião pública e dos consensos indispensáveis ao autogoverno.

Luiz Fux (2016, p. 116) afirma que “a despeito dos principais manuais de direito eleitoral não abordarem, é inobjetable que a liberdade de expressão se afigura como um dos principais princípios informadores do Direito Eleitoral”. Essa proeminência decorre do fato de que os cidadãos devem ser informados dos assuntos pertinentes aos candidatos, suas ações como detentores de eventual mandato eletivo. Ela engloba tanto o direito de expressar (viés positivo) como o de não se expressar (viés negativo).

Luiz Fux ensina que:

Além de consubstanciar direito moral, aludidas liberdades também se justificam no fato de ser um instrumento para a salvaguarda de outros valores e liberdades jusfundamentais, como a religiosa, apolítica e a própria estabilidade das instituições democráticas. Daí a sua relevância e sua centralidade não sistema eleitoral, em particular, e no ambiente democrático em geral (FUX, 2016, p. 117)

No julgamento do Recurso Especial Eleitoral nº 9266712 a Min. Luciana Locio afirmou que “As opiniões políticas divulgadas nas novas mídias eletrônicas, sobretudo na internet, recebem proteção especial, em virtude da garantia constitucional da livre manifestação do pensamento”.

O Ministro Carlos Ayres Britto, no julgamento da ADPF nº 13, asseverou que há relação de mútua causalidade entre liberdade de imprensa e democracia:

A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados. (ADPF nº 13013)

Assim, conforme afirma Aline Osório “apenas em hipóteses excepcionabilíssimas, extremas e justificadas por uma análise de proporcionalidade que considere a posição preferencial da liberdade de expressão é que se pode cogitar da retirada das publicações” (OSÓRIO, 2017, p. 240).

Tudo isso porque “a retirada de propaganda, da notícia, ou da manifestação de opinião representa uma intervenção extrema na

12 TSE Recurso Especial Eleitoral nº 92667, Acórdão, Relator(a) Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 78, Data 25/04/2016, Página 39.

13 ADPF 130, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-01 PP-00001 RTJ VOL-00213-01 PP-00020.

liberdade de expressão, uma vez que implica a sua exclusão da esfera do debate político” (OSÓRIO, 2017, p. 240).

Em discurso proferido no seminário Beyond Fake News - Em Busca de Soluções¹⁴, organizado pela BBC News Brasil o vice-procurador-geral eleitoral Humberto Jacques de Medeiros rejeitou a ideia de que órgãos do Estado, como governos, Justiça ou Ministério Público, possam censurar cidadãos ou veículos de comunicação como antídoto para a proliferação de notícias falsas. Medeiros, afirmou que “o Estado não pode ser o dono da verdade e ter o monopólio da informação”. Argumentou que o combate as chamadas fake news deve partir da cidadania, da educação e do diálogo entre a mídia e a sociedade.

Nesse sentido pontuou que:

(...) Esse caminho (censura) é tentador e perigoso, mas, a meu ver, como membro do Ministério Público, não deve ser trilhado, ainda que o preço seja um excesso de ruído e desconforto. Mas aí resolve-se com mais informação, com direito de resposta, com indenizações. Jamais o retorno de censura e da repressão” (MEDEIROS, 2019¹⁵)

Ainda, a jurisprudência do C. TSE é no sentido de que:

“É certo que o caráter dialético imanente às disputas político-eleitorais exige maior deferência à liberdade de expressão e de pensamento, razão pela qual se recomenda a intervenção mínima do Judiciário nas manifestações e críticas próprias do embate eleitoral, sob pena de se tolher substancialmente o conteúdo da liberdade de expressão” (AgR-RO no 758-25/SP, rel. Min. Luiz Fux, DJE de 13.9.2017).

14 Disponível em : <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47530604>> consulta em 22 março 2019.

15 Disponível em : <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47530604>> consulta em 22 março 2019

O art. 33 da resolução TSE 23.551/2017 insiste na excepcionalidade da atuação da Justiça Eleitoral nos conteúdos divulgados na internet, em seu §1º, o qual prevê que:

Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, as ordens judiciais de remoção de conteúdo divulgado na internet serão limitadas às hipóteses em que, mediante decisão fundamentada, sejam constatadas violações às regras eleitorais ou ofensas a direitos de pessoas que participam do processo eleitoral.

Na Representação nº 0601646-60.2018.6.00.000016 o Ministro Carlos Horbach asseverou que o artigo acima mencionado determina que a intervenção da Justiça Eleitoral no sentido de remover conteúdos da Internet será a mais parcimoniosa possível, protegendo, no maior grau, a liberdade de expressão e a livre manifestação do pensamento e de opiniões.

Com relação à posição preferencial que a liberdade de expressão reclama, o Eminentíssimo Ministro Luiz Fux no julgamento do Recurso Especial Eleitoral nº 198793 destacou:

(...) em um ambiente verdadeiramente democrático, as liberdades de expressão, de imprensa e de informação ostentam, ao menos à meu sentir, posições preferenciais (preferred position). Deveras, a liberdade de expressão e seus corolários liberdade de imprensa e de informação consubstanciam pressupostos ao adequado funcionamento das Instituições democráticas, reclamando, para a sua concretização a existência da livre circulação de ideias no 'espaço público.

16 Rp - representação nº 060164660, Ministro CARLOS HORBACH Relator, Decisão Monocrática de 11/10/2018, Relator(a): Min. Carlos Bastide Horbach, Publicação: PSESS - Mural eletrônico - 2018-10-11 16:55:18

Nesse contexto, oportuno reproduzir outro precedente do Tribunal Superior Eleitoral:

(...) A liberdade de expressão reclama proteção reforçada, não apenas por encerrar direito moral do indivíduo, mas também por consubstanciar valor fundamental e requisito de funcionamento em um Estado Democrático de Direito, motivo por que o direito de expressar-se e suas exteriorizações (informação e de imprensa) ostenta uma posição preferencial (*preferred position*) dentro do arquétipo constitucional das liberdades.

A proeminência da liberdade de expressão deve ser trasladada para o processo político-eleitoral, mormente porque os cidadãos devem ser informados da variedade e riqueza de assuntos respeitantes a eventuais candidatos, bem como das ações parlamentares praticadas pelos detentores de mandato eletivo (FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. *Novos Paradigmas do Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2016).

A exteriorização de opiniões, por meio da imprensa de radiodifusão sonora, de sons e imagens, sejam elas favoráveis ou desfavoráveis, faz parte do processo democrático, não podendo, bem por isso, ser afastada, sob pena de amesquinhá-lo e, no limite, comprometer a liberdade de expressão, legitimada e legitimadora do ideário de democracia. (AgR-REspe nº 1987-93/AP, rel. Min. Luiz Fux, *DJe* de 27.10.2017)

A jurisprudência do TRE- PR também é no sentido da observância da liberdade de expressão. Nesse sentido:

(...)A realização de comentários depreciativos que não desbordam para a falsidade fantasiosa, injúria, calúnia

ou difamação configura propaganda eleitoral negativa situada no âmbito do direito de crítica. A atuação da Justiça Eleitoral, em casos que tais, deve ser minimalista porque não se pode olvidar que "é livre a manifestação do pensamento" (art. 5º, inciso IV, CF). (TRE- PR RECURSO ELEITORAL n 12226, ACÓRDÃO n 52729 de 13/12/2016, Relator(a) ADALBERTO JORGE XISTO PEREIRA, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 14/12/2016.

EMENTA - TEXTO PUBLICADO EM BLOG PESSOAL E PROMOVIDO ATRAVÉS DO FACEBOOK. CRÍTICA CONTUNDENTE, ÁCIDA E INDESEJÁVEL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA A HONRA. FATOS QUE NÃO SE ENQUADRAM COMO SABIDAMENTE INVERÍDICOS POR ADMITIREM CONTROVÉRSIA. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E MANIFESTAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO

1. Linha tênue entre a veemência das críticas nas empreitadas eleitorais, que até se admite no calor do debate democrático, e as ofensas à honra de um candidato ao pleito eleitoral, que devem ser perquiridas através da apuração aos eventuais excessos que forem efetivados durante o período político de campanha.

2. Crítica ácida e contundente a candidato, que apesar de dura e indesejável, não chega a adentrar a seara da ofensa à honra, assim deve ser considerada lícita e aceita dentro do embate eleitoral.

3. Conforme farta jurisprudência do TSE, a mensagem para ser qualificada como sabidamente inverídica, deve conter inverdade flagrante que não apresente nenhuma controvérsia.

4. Publicação que não traz fato sabidamente inverídico, tampouco representa ofensa à honra capaz de justificar a atuação coatora da Justiça Eleitoral.

(REPRESENTAÇÃO n. 0602010-85.2018.6.16.0000, ACÓRDÃO n. 54174 de 11/09/2018, Relator(a) RICARDO AUGUSTO REIS DE MACEDO, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 22/09/2018).

Nessa linha, em observância à liberdade de expressão a atuação da Justiça Eleitoral em relação à retirada de conteúdos da internet deve se dar de forma “cirúrgica” no sentido de que sejam retirados somente as postagens com conteúdos falsos, preservando-se as demais postagens nas plataformas dos usuários a fim de que haja neutralidade do Estado no debate público nas campanhas eleitorais.

4. CONCLUSÃO

A internet trouxe uma mudança significativa na divulgação da propaganda eleitoral nas eleições. Quando antes as campanhas eram feitas tão somente pelos candidatos e partidos e divulgadas na televisão, rádio e imprensa escrita com o surgimento dessa nova tecnologia há a interação dos eleitores que criam e divulgam mensagens a favor e contra os candidatos a cargos políticos, seguem, curtem e comentam as notícias nas plataformas da internet. As notícias falsas- fake news divulgadas nas campanhas eleitorais são enganosas, se revestem de diversos artifícios para enganar o eleitor. São mentiras revestidas de artifícios que lhe conferem aparência de verdade capaz de produzir danos às campanhas dos candidatos. Diante desses danos a Justiça Eleitoral deve atuar de forma célere no sentido da determinação da retirada desses conteúdos da internet. Contudo, essa atuação deve se dar de forma cirúrgica no sentido de que não haja censura em observância à liberdade de expressão. Nas palavras do Ministro Luis Fux: “em um ambiente verdadeiramente democrático, as liberdades de expressão, de imprensa e de informação ostentam posições preferenciais (*preferred position*). Além disso, deve haver prevenção com informações para alertar a população sobre as fake News, com a colaboração dos meios de

comunicação social e dos provedores das principais redes sociais e aplicativos no sentido de notícias falsas sejam identificadas e excluídas da internet, impedindo-se assim que interferiram no voto livre e consciente dos cidadãos.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei Nº 9.504**, De 30 De Setembro De 1997. Estabelece normas para as eleições. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm>. Acesso em 22 março 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 130, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-01 PP-00001 RTJ VOL-00213-01 PP-00020. Disponível em: < www.stf.jus.br > acesso em 22 março 2019.

BRASIL.Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 92667, Acórdão, Relator(a) Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 78, Data 25/04/2016, Página 39. Disponível em <www.tse.jus.br> acesso em 22 março 2019.

_____. Recurso Especial Eleitoral nº 198793, , Relator(a) Min. Luiz Fux, Publicação: DJE - Diário justiça eletrônico, Data 27/10/2017, Página 66-67. <www.tse.jus.br> acesso em 22 março 2019.

_____.Rp - representação nº 060164660, Ministro CARLOS HORBACH Relator, Decisão Monocrática de 11/10/2018, Relator(a): Min. carlos bastide horbach, Publicação: PSESS - Mural eletrônico - 2018-10-11 16:55:18. . <www.tse.jus.br> acesso em 22 março 2019.

_____.Recurso Especial Eleitoral nº 198793. <www.tse.jus.br> acesso em 22 março 2019.

Collinsdictionary.Fake news . Disponível em<<https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/fake-news>>. Acesso em: 22 março 2019.

CONEGLIAN, Olivar. **Propaganda Eleitoral**. Curitiba: Juruá, 2018.

COPETTI NETO, Alfredo. LEITE, George Salomão. LEITE, Glauco Salomão. **Dilemas na Constituição**. Belo Horizonte: Forum, 2017.

FERNANDES, Ricardo Vieira; COSTA, Henrique Araujo; CARVALHO, Angelo Gamba Prata. **Tecnologia Jurídica e Direito Digital**. Belo Horizonte: Forum, 2018.

FUX, Luiz. FRAZÃO, Carlos Eduardo. **Novos Paradigmas do Direito Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande e AGRA, Walber Moura. **Tratado de Direito Eleitoral**. Tomo 4. Belo Horizonte: Forum, 2018.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Direito Eleitoral**. São Paulo: Atlas, 2018.

Jornal BBC. Disponível em : <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47530604>> consulta em 22 março 2019.

Michaelis Dicionário. Disponível em <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/internet/>> acesso em 15 março 2019.

NEISSER, Fernando Gaspar. **Crime e Mentira na Política**. Belo Horizonte: Forum, 2016.

_____. **Crime e Mentira na política**. Artigo. Revista Justiça Eleitoral em Debate. 2016.

NEVES FILHO, Carlos. **Propaganda Eleitoral e o Princípio Da Liberdade da Propaganda Política**. Belo Horizonte: Forum, 2012

OSÓRIO, Aline. **Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PARANÁ. Tribunal Regional Eleitoral. REPRESENTACAO n 0602010-85.2018.6.16.0000, Acórdão n 54174 de 11/09/2018, Relator(a) Ricardo

Augusto Reis De Macedo, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 22/09/2018. Disponível em < www.tre-pr.jus.br> acesso em 22 março 2019

_____. Recurso Eleitoral n 12226, ACÓRDÃO n 52729 de 13/12/2016, Relator(a) Adalberto Jorge Xisto Pereira, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 14/12/2016. Disponível em < www.tre-pr.jus.br> acesso em 22 março 2019

RAIS, Diogo; FALCÃO, Daniel; GIACCHETTA, Andre´Zonaro; MENGUETTI, Pamela. **Direito Eleitoral Digital**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia Ltda, 2018.

_____. Fronteiras do Direito. A melhor tradução para *fake news* não é notícia falsa, é notícia fraudulenta. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-12/entrevista-diogo-rais-professor-direito-eleitoral>> acesso em 22 março 2019.

RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2018.

SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios Constitucionais Eleitorais**. Belo Horizonte: Forum, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2018.

TSE notícias. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Novembro/tse-atuou-com-celeridade-no-julgamento-de-processos-sobre-fake-news-durante-as-eleicoes-2018>> acesso em 22 março 2019

TELETRABALHO: RELAÇÕES TRABALHISTAS DIANTE DOS AVANÇOS TECNOLÓGICOS

JOEL ODINEI PASQUINI JUNIOR:
Graduando curso superior em Direito
pela Instituição acadêmica: Universidade
Brasil

RODRIGO FRESCHI BERTOLO
(orientador)

RESUMO: A proposta da presente pesquisa é demonstrar em seu transcorrer do que se trata o teletrabalho, modalidade aprimorada pela Reforma Trabalhista. Conjuntamente a isto, o objetivo do trabalho é compreender de forma ampla a referida modalidade, tendo em vista que, a mesmo tem papel importante junto aos vínculos empregatícios, vez que possibilita o trabalho remoto, além disto, o teletrabalho ilustra a evolução tecnológica e a modernização dos tempos atuais. A tecnologia aplicada foi a análise bibliográfica das principais doutrinas, legislações e artigos científicos relacionados a temática. A modalidade de teletrabalho até então era pouco utilizada, mas atualmente tornou-se realidade em decorrência da pandemia causada pelo novo coronavírus, no que tange as relações trabalhistas, o que ocasionou uma grandiosa novidade na reforma trabalhista. Um dos destaques abordados na pesquisa será a nova Lei de Proteção de Dados Pessoais, no que se refere ao teletrabalho. A pesquisa também demonstrará que o teletrabalho juntamente com a proteção de dados será uma evolução futura.

Palavras chave: Teletrabalho; Home Office; Pandemia; Evolução Tecnológica.

ABSTRACT: The proposal of the the present search is to elapse about the telework. Genre refined by the employment law rework. Along with this the article has the objective to comprehend in an ample way the modality taking in consideration the importance of employment bonds. Along with this the telework shows the technological evolution and the modernization in the actual times. The applied technology was the bibliography base of the main studies, legislations and articles related to the theme. The telework was a system uncommon used until recently but turned to be the reality as a result of the COVID-19 epidemic, showing the need of a rework on the employment laws. Other main point of the study is the law of personal data protection in the work. The article will show the results of the evolution in the telework along side with the data protection law.

KEYWORDS: Telework; Home Office; Pandemic; Technological Evolution.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. TELETRABALHO. 2.1. REQUISITOS DO TELETRABALHO. 3. DOS CUIDADOS LABORAIS JUNTO AOS EMPREGADOS. 4. DOS

POSSÍVEIS ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DO TELETRABALHO. 5. TELETRABALHO AOS JOVENS APRENDIZES E ESTÁGIARIOS. 6. HOME OFFICE. 7. PANDEMIA E O HOME OFFICE. 8. DA NOVA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO AMBIENTE DE TELETRABALHO. 9. CONCLUSÃO. 10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1 INTRODUÇÃO

O teletrabalho surge como uma ferramenta inovadora, além de ser uma modalidade de emprego mais volátil, surgida por intermédio da evolução tecnológica. Nesta modalidade, o contratado terá sua prestação de serviço de forma parcialmente ou inteiramente remota, em local totalmente divergente do estabelecimento da empresa, que geralmente é sua residência ou domicílio.

Muitas empresas atualmente aderiram a esta categoria pela busca de um maior desempenho e produtividade, oferecendo ao trabalhador mais comodidade e conforto em sua jornada de trabalho.

Destaca-se que a inovação trazida pelo teletrabalho garante aos seus adeptos os mesmos direitos dos trabalhadores que exercem suas atividades na sede da empresa, com isso, o único diferencial é o local em que o empregado irá desempenhar suas atividades

A presente pesquisa tem como objetivo estudar o teletrabalho, bem como suas mudanças advindas da reforma trabalhista, dissertando em suas desvantagens, vantagens, eficácia e outras proposições que serão discorridas minuciosamente neste trabalho

O teletrabalho modificou a forma de realização das atividades dos contratados, a forma de praxe, qual seja, convívio social, foi alterada, uma vez que, os empregados trabalham de locais diferentes, portanto, não tem o convívio que era costumeiro.

Antes do surgimento de tal inovação legislativa, havia um estabelecimento onde os contratados concentravam-se para a realização do manuseio das atividades, mas conforme o transcorrer do tempo e havendo a necessidade de novas contratações, a empresa se deparava dificuldades, pois a estrutura física, por vezes, não comportava novas aquisições. Assim, a mesma precisava levar sua sede para outra localidade para comportar e sustentar suas novas contratações. Com o teletrabalho isso não é necessário, pois criou-se uma nova possibilidade de que os empregados realizem suas atividades em ambiente diverso ao da empresa.

Destaca-se que o cenário atual vivenciado do Brasil em decorrência da pandemia causada pelo novo coronavírus, aumentou de forma significativa o trabalho remoto, tema que será deslindado no decorrer da presente pesquisa.

2 TELETRABALHO

A tecnologia com o passar dos anos teve uma vasta evolução, com isso a sociedade precisou se adaptar a esta nova realidade. O teletrabalho está ligado diretamente a esse avanço tecnológico, pois permite que os empregados realizem seus afazeres em ambiente externo ao da empresa, com comodidade e maior precisão através do uso de objetos tecnológicos.

De acordo com o conceito doutrinário de Luciano Martinez:

O teletrabalho é mais do que uma modalidade de trabalho em domicílio. É um conceito de organização laboral por meio do qual o prestador de serviços encontra-se fisicamente ausente da sede do empregador, mas virtualmente presente, por meios telemáticos, na construção dos objetivos contratuais de empreendimento. (MARTINEZ, 2016, p. 299)

A adesão a tecnologia como ao uso de computadores e internet se expandiu e conseqüentemente o número de usuários aumentou. Os possíveis fatores que impulsionam esse crescimento são a evolução tecnológica e o baixo custo dos computadores e dispositivos móveis de acesso à rede mundial. Hoje, a tecnologia computacional promove muitos recursos a fim de facilitar a vida de seus adeptos, e atualmente tem desempenhado papel importante, até mesmo no ambiente laborativo, pois permite que os empregados possam desempenhar suas funções de forma remota.

O presente tema, está tipificado no artigo 75-B da Consolidações das Leis do Trabalho, com a seguinte redação:

Art. 75-B: Considerando-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias da informação e de comunicação, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo. (BRASIL, 1943)

A doutrinadora Isabel de Sá Affonso Costa, conceitua o teletrabalho da seguinte forma:

É o processo de levar o trabalho aos funcionários em vez de levar estes ao trabalho; atividade periódica fora da empresa um ou mais dias por semana, seja em casa seja em outra área intermediária de trabalho é a substituição parcial ou total das viagens diárias do trabalho por tecnologia de telecomunicações, possivelmente com o auxílio de computadores, e outros recursos de apoio. (Costa, 2004, p. 15)

Realizado o esclarecimento quanto ao conceito de teletrabalho, fundamental e necessário faz-se apresentar os requisitos, para que seja possível sua implantação/realização.

2.1 REQUISITOS DO TELETRABALHO

Primeiramente insta consignar que o empregador não poderá de forma unilateral estabelecer mudança do regime presencial para o remoto, para que isto ocorra se faz necessário que haja um acordo entre as partes (empregado e empregador). Além disto, necessário que tal mudança esteja prevista no contrato de trabalho, que futuramente poderá ser transmutado para o regime presencial, bastando o desejo do empregador, neste caso, o empregado terá 15 dias de prazo mínimo para o retorno das atividades de forma presencial.

O contrato de trabalho firmado entre as partes, deve prever de quem será a responsabilidade pela aquisição, manutenção e fornecimento de equipamentos voltados a prestação de serviço, assim como, deverá constar quais serão as despesas reembolsadas pelo empregador, como internet, telefone, luz e outros, conforme a redação do artigo 75-D da Consolidações das Leis do trabalho, que segue:

Art. 75-D: As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito. (BRASIL, 1943)

O referido equipamento, infraestrutura e os demais, não serão em momento algum abatidos do salário do empregado, conforme redação do parágrafo único do artigo 75-D da Consolidação das Leis do Trabalho, que assim dispõe: "As utilidades mencionadas no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado." (BRASIL, 1943).

O contrato de trabalho da modalidade em discussão, deve ser bem minucioso, visando evitar possíveis discussões futuras. As cláusulas que constituem o contrato devem conter a responsabilidade das tarefas a serem executadas, conforme discorre o artigo 75-C da Consolidação das Leis do Trabalho com o seguinte texto: “A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.” (BRASIL, 1943).

No contrato também deve haver previsão quanto ao horário de trabalho, com destaque de que não se exceda ao limite legal. Pode também ser constado os dias em que o obreiro poderá comparecer a empresa, tendo em vista que, comparecer a empresa de forma presencial não descaracteriza o regime em questão.

Ademais, importante salientar que não se pode limitar o teletrabalho ao domicílio, pois mesmo comumente realizado neste ambiente, pode ser prestado em qualquer lugar, dado que é uma espécie de trabalho a distância.

A Consolidação das Leis do Trabalho, estabelece que todos os empregadores devem fiscalizar e tomar ciência da jornada de trabalho dos seus empregados, porém, existem algumas exceções que não são compatíveis com tal fiscalização de jornada, como exemplo os “cargos de confiança”. Mas com a reforma trabalhista surgiu o teletrabalho, na qual o empregado também não é submetido a fiscalização de jornada, conforme dispõe o artigo 62, III da Consolidação das Leis do Trabalho. Portanto, há liberdade do empregado “fazer” seu próprio horário, porém, por conta disto, o mesmo não tem direito a horas extras, intervalos e adicionais noturnos.

Pelo exposto, conclui-se que existem diversos pressupostos para que o teletrabalho possa se realizar de maneira que não cause prejuízos tanto ao obreiro quanto ao próprio empregado.

3 DOS CUIDADOS LABORAIS JUNTO AOS EMPREGADOS

Não podemos olvidar que, o contratante/empregador também terá como obrigação informar as orientações aos seus empregados no tocante as precauções que devem seguir na jornada do teletrabalho, no intuito de evitar acidentes decorrentes da atividade.

Com isso, os empregados devem ser instruídos através de aulas e/ou treinamentos quanto as normas em relação as questões ergonômicas, como temperatura do ambiente, local onde será realizado o trabalho e todas as informações possíveis, a fim de evitar que ambas as partes possam sofrer prejuízos.

Exposto isso, fica expresso e notório que o empregador deve continuar a prestar orientações com intuito de preservar a saúde e segurança de seu empregado, mesmo este estando em local adverso da sede da empresa realizando suas atividades.

De modo similar o entendimento do artigo 75-E da Consolidações das Leis do Trabalho explana: “Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.” (BRASIL, 1943).

Diante disso, o empregado terá que assinar um termo de compromisso juntamente com o empregador ou empresa, para comprometimento de seguir as precauções. A referida informação está dissertada no parágrafo único do artigo 75-E da Consolidação das Leis do Trabalho, conforme segue: “O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.” (BRASIL, 1943).

4 DOS POSSÍVEIS ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DO TELETRABALHO

Diga-se de passagem, que tempos antes do teletrabalho ser tipificado na Consolidações das Leis do Trabalho, o mesmo já era aceito e abordado junto a doutrina. Com o decorrer do tempo, tal modalidade se popularizou entre os empregadores, pois as reduções de gastos são consideráveis, como exemplo, vale-transporte, vale-alimentação, despesa de aluguéis (caso o contratante não possua prédio), bem como, manutenção do estabelecimento e outros.

Algumas outras vantagens do teletrabalho são a redução do estresse causado pelo deslocamento do empregado até a empresa e conseqüente aumento de produção, melhores resultados de rendimento, e possível melhora na qualidade de vida dos empregados.

Cabe ressaltar, que o teletrabalho não é adequado apenas para os coordenadores, gerentes e chefes, mas também para quaisquer funcionários que consigam exercer suas funções de modo remoto.

Nesse sentido, o gerenciamento remoto elimina a necessidade de estar no ambiente físico da empresa para se garantir que os profissionais realizem as tarefas diárias. Existem algumas tecnologias e aplicativos para gerenciar equipes dispersas, essas técnicas podem organizar melhor o desenvolvimento da mão de obra, principalmente para avaliar o desempenho individual de cada colaborador.

Como dito e agora reiterado, junto ao teletrabalho elimina-se o período gasto no trânsito, o que evita que os colaboradores se atrasem por conta do

referido deslocamento. Destaca-se que atrasos não só atrapalham a entrega da mão de obra dos colaboradores, mas também retardam o início do desenvolvimento de suas atividades, bem como, reuniões, o que é perfeitamente evitado com a implantação do teletrabalho.

Embora muitas vantagens tenham sido listadas acima, como todas as modalidades de trabalho, também existem alguns aspectos que podem ser considerados negativos, conseqüentemente considerados desvantajosos, especialmente para os funcionários.

Alguns dos pontos principais são os seguintes: Conseqüente isolamento social, pois os funcionários não precisam se deslocar para a empresa, portanto, há obviamente uma falta de interação social, o que pode ter efeitos psicológicos de forma imediata ou a longo prazo.

Assim, os funcionários que laboram na modalidade de teletrabalho, em última análise, não têm contato físico com os outros colegas, ou mesmo com a própria hierarquia, podendo ocorrer isolamento profissional.

Considerando que, na maioria dos casos, trabalho e família compartilham o mesmo espaço ambiental, outras possíveis desvantagens que podem advir são os conflitos nas relações familiares.

Além disto, como o ambiente de trabalho, muitas vezes é o residencial, podem também serem ocasionados danos ao empregador, uma vez que, alguns empregados podem entrar em período de inatividade, sem que haja controle.

Desta forma, o teletrabalho se apresenta como uma modalidade de trabalho inovadora, e assim como todas as novidades, pode ocasionar situações benéficas, bem como, desvantajosas, tanto para empregado, quanto para o empregador.

5 TELETRABALHO AOS JOVENS APRENDIZES E ESTÁGIARIOS

Em razão da pandemia do vírus SARS-CoV-2 ("coronavírus"), causador da doença COVID-19, as Autoridades Públicas foram obrigadas a tomar uma série de medidas que restringem a circulação de pessoas, bem como estabelecem a suspensão de inúmeras atividades econômicas.

Evidentemente que grande parte da população e muitos negócios jurídicos foram afetados, ocasionando, inclusive, o decreto pelo Governo Federal de Estado de Calamidade Pública, por meio do Decreto Legislativo nº 6, de 2020.

Assim, um problema comum entre os empregadores foi a dúvida se seus estagiários e jovens aprendizes poderiam trabalhar em casa, para nítida preservação de sua saúde.

Desta forma, junto a análise da Lei nº 11.788 de 25 de outubro de 2008, que regulamenta a jornada de trabalho dos estagiários e jovens aprendizes, concluiu-se não há qualquer proibição em sua redação, no que tange o teletrabalho, portanto, entende-se que os estagiários e jovens aprendizes podem realizar seus afazeres em ambiente remoto ao da empresa.

Assim, surgiu a Nota Técnica 05/2020, divulgada pelo Ministério Público do Trabalho, que no dispositivo “d”, assim expõe:

d) As entidades concedentes de estágio, pública ou privadas, devem interromper as atividades presenciais de estágio, substituindo-as por atividades remotas, desde que possível, e garantida ao estagiário a adequada estrutura de tecnologia da informação e de supervisão. (BALAZEIRO, RAMOS E COUTINHO, 2020, p. 3)

Portanto, atividades realizadas pelos estagiários e jovens aprendizes, foram possibilitadas de serem realizadas remotamente em sua residência e domicílio e entregues via endereço virtual ou sistema da empresa a que estes fazem parte.

Com isso, a jornada laboral destes grupos continuou a mesma adotada no regime presencial. Cabe ressaltar, que a jornada de trabalho do estagiário e jovem aprendiz coíbe a realização de horas extras.

Nestes casos, recomenda-se que o orientador entre em contato com estes pelo menos uma vez ao dia via remota, a exemplo de “vídeo chamada” ou outro meio tecnológico, para que haja a supervisão das atividades pelos jovens ou estagiários realizadas.

6 HOME OFFICE

O home office é uma forma de relação de trabalho, na qual um funcionário labora utilizando métodos computacionais para produzir suas atividades designadas, porém, no ambiente de seu domicílio como se realmente estivesse no escritório. Com a modernização das redes móveis e da infraestrutura de banda larga, bem como, aplicativos e programas tecnológicos, a popularidade da computação em nuvem e o surgimento de modernos sistemas de gestão empresarial, o funcionário pode laborar em sua residência todos ou alguns dias de seu trabalho, com a mesma eficiência que trabalha presencialmente.

Não deve-se esquecer que, como a situação de calamidade pública, ao qual o mundo está vivenciando em decorrência da pandemia do vírus SARS-CoV-2 ("coronavírus"), causador da doença COVID-19, o teletrabalho tornou-se amplamente conhecido, principalmente por um de seus desdobramentos, qual seja, o "Home office", categoria que foi implementada por boa parte das grandes empresas, e até mesmo para alguns dos órgãos públicos no Brasil, como Tribunais de Justiça, INSS, entre outros.

Como já explanado acima, o home office foi uma forma de desafogo que os empregadores tiveram durante o período de calamidade pública, como forma de mantimento das relações empregatícias, sem colocar em risco a saúde de seus colaboradores, preservando também a manutenção de sua produtividade e lucratividade.

7 PANDEMIA E O HOME OFFICE

Devido à pandemia causada pelo coronavírus (covid-19), o distanciamento social é necessário para acalmar a propagação do vírus, em decorrência disto, a maioria das empresas nacionais optou que seus funcionários trabalhassem fora do ambiente empresarial.

Neste momento, cabe distinguir o teletrabalho e o home office. O teletrabalho é uma modalidade tipificada por lei, e neste caso é necessário a formalização de um contrato específico para que os trabalhadores possam laborar em qualquer ambiente diverso ao local de trabalho.

Já o home office não necessita da execução de procedimentos contratuais, pois não existe uma regra contratual específica como o teletrabalho, uma vez que, é utilizado ocasionalmente em um curto período, portanto, em situações pontuais, urgentes ou temporárias, como é o caso da atual pandemia.

Além disso, em circunstâncias normais/comuns, o empregado e o empregador devem se acordar para celebrar o contrato de trabalho no momento de convertê-lo do trabalho presencial para o remoto, sem um período definido, com premissa de haver uma operação de trabalho organizada e eficaz (art. 75-C § 1º da Lei do Trabalho).

Todavia, até o mês de 19 de junho de 2020, esteve em vigência a Medida Provisória 927 de 22 de março de 2020, que permitia que o empregador alterasse unilateralmente o contrato, o que tornou o registro mais flexível para a atual situação (estado de calamidade pública), dado que, dispensou a alteração escrita no documento do contrato de registro.

Deve-se ressaltar que em decorrência de ter sido objeto de muitas divergências no Senado, fora decidido por retirar referida Medida Provisória de votação, o que causa de certa forma prejuízo, pois a pandemia não tem data para término e o número de infecções em alguns locais do país e do mundo não tem diminuído de forma considerável, assim, a tipificação das condutas a serem adotadas pelos empregadores e empregadores era de suma importância, pois sanava dúvidas frequentes e que desta forma transformam-se em dúvidas sem respostas.

Todavia, não há dúvida de que tudo o que foi acordado quando da entrada em vigor da Medida Provisória 927 ainda é válido, ou seja, os acordos realizados entre empregado e empregador no período de 120 dias, compreendido entre 22 de março 2020, quando fora publicada no Diário Oficial da União, até 19 julho de 2020.

8 DA NOVA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO AMBIENTE DE TELETRABALHO

A Lei Geral de Proteção de dados (LGPD), Lei 13.709 de 14 de agosto de 2020, tipifica regras claras sobre a coleta, armazenamento, processamento e compartilhamento de dados pessoais, além de estabelecer padrões de proteção mais elevados e penalidades demasiadas para o não cumprimento dos referidos padrões.

Assim, a LGPD se refere a qualquer informação relacionada a uma pessoa física identificada ou identificável, portanto, dispõe quanto ao processamento de dados, que se trata de qualquer operação realizada em dados pessoais, como coleta, classificação, uso, acesso, cópia, processamento, armazenamento, eliminação, controle de informações, entre outros. Portanto o colaborador que estiver no ambiente que localizasse esses dados, terá o comprometimento de sigilo total.

Como deslindado no transcorrer da presente pesquisa, o teletrabalho tem avançado no decorrer dos anos em decorrência de suas vantagens e principalmente pela nítida evolução tecnológica. Uma pesquisa recente do ReimagineHR do Gartner, indica que até 2030, a demanda pelo trabalho remoto aumentará em 30% (trinta por cento), para se adaptar à nova geração que dará início no mercado de trabalho.

A LGPD tem um papel primordial quanto a conduta dos colaboradores que laboram em regime de teletrabalho, uma vez que, é necessário priorizar a segurança das informações que estes manipulam de suas residências. Dessa forma, deve existir um protocolo de regras para trabalhar em ambiente diverso ao da empresa, tendo em vista que, possível ter controle sobre as licenças que o usuário irá possuir.

Apesar da redação contemporânea, a LGPD, deve que ser adotada por todos os estabelecimentos que tiverem acesso a informações atinentes a dados pessoais, visando assim, maior segurança dos referidos dados. Assim dispõe o artigo 1º da referida lei, vejamos:

Art. 1º: Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. (Brasil, 2018)

Com isso, o empregado que exerce o seu trabalho com atendimento ao público de forma virtual, terá que seguir a referida legislação, garantindo assim, maior seguridade com os dados fornecidos pelos clientes, para protegê-los e também evitar vazamento de informações sigilosas

Caso ocorra uma falha do empregado, que acarrete a exposição de informações internas da empresa, que se referem a dados pessoais, o mesmo estará sujeito a sanções administrativas, que poderá até mesmo acarretar em sua demissão.

Diante disso, o sigilo de dados é significativamente necessário nas atividades laborativas, tanto para o empregador, quanto para o empregado. Caso algum colaborador não acate esta medidas, ambos sofreram sanções.

Junto a vigência da LGPD, todas as empresas tem que alocar recursos para segurança da informação, implementar sistemas de prevenção e minimizar ou eliminar os danos causados pelo uso indevido de dados pessoais.

Trata-se da implementação não somente de uma nova diretriz legal, mas também de uma nova cultura, alinhada ao que ocorre no mundo, tendo em vista que a LGPD foi embasada na GDPR, a lei de proteção de dados europeia.

9 CONCLUSÃO

Por fim, após todo o exposto na presente pesquisa, conforme entendimento das principais doutrinas, legislações e artigos científicos relacionados a temática, além da reforma trabalhista, conclui-se que o teletrabalho em decorrência do avanço tecnológico e globalização, tem se tornado muito comum perante as relações empregatícias, vez que, como fora explanado, pode trazer inúmeros benefícios tanto para o empregador quanto para o empregado. Desta

forma, nítido que o teletrabalho é uma forma de trabalho remoto, cujo gênero é a distância, o qual é possibilitado pelo uso de meios tecnológicos.

Como demonstrado, apesar do teletrabalho ser realizado em ambiente diverso ao da empresa, geralmente no domicílio do empregado, lembrando que esta não é uma regra, o empregador não se desincumbe das obrigações relativas a saúde e a segurança de seu colaborador, vez que, deve o orientar e promover meios a fim de evitar acidentes e doenças ocupacionais, da mesma forma como se o trabalhador estivesse desenvolvendo suas atividades de forma presencial em seu estabelecimento.

Além disto, em decorrência da pandemia causada pelo novo coronavírus, qual acarretou a decretação do estado de calamidade pública no Brasil, situação que perdura até os dias atuais, houve a necessidade de uma análise minuciosa quanto a Lei nº 11.788 de 25 de outubro de 2008, que regulamenta a jornada de trabalho dos estagiários e jovens aprendizes, concluindo-se pela não proibição de que estes pudessem realizar suas atividades de forma remota, portanto, por teletrabalho. Assim, muitas empresas, a fim de preservar a saúde de seus jovens aprendizes e estagiários, bem como, promover o distanciamento social e evitar a propagação do coronavírus, decidiram por adotar a referida modalidade.

Outro ponto destacado na pesquisa foi o papel do home office junto a pandemia. Neste trabalho fora diferenciado o teletrabalho de seu desdobramento, qual seja, o home office, que basicamente é a formalidade, uma vez que o home office não necessita de acordo entre as partes, de formalidade contratual e apenas é utilizado em situações pontuais, urgentes ou temporárias, como é o caso da atual pandemia. Ademais, destaca-se que a Medida Provisória 927 de 22 de março de 2020, que dispunha quanto as regras e orientações a serem cumpridas em caso de adoção do regime de home office, perdeu sua vigência em decorrência das divergências junto ao senado, e que por óbvio, ocasiona uma grande perda, tendo em vista que, sanava inúmeras dúvidas dos empregadores, bem como, dos empregados.

Outro ponto abordado na presente pesquisa foi a 13.709 de 14 de agosto de 2020, popularmente conhecida como LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados) e seu papel junto ao teletrabalho, vez que, com sua vigência, todas as empresas devem garantir meios para que a referida lei seja cumprida e que não haja qualquer possibilidade de exposição dos dados pessoais aos quais fazem gerencia, tendo em vista que, caso essa situação ocorra, haverá punições tanto para o empregado quanto para o empregador.

Assim, conclui-se que o teletrabalho e seus desdobramentos no decorrer dos anos e a conseqüente evolução da tecnologia, se tornará mais difundido perante as relações empregatícias, levando em consideração que reduz gastos e aumenta a produtividade e lucratividade, além de promover ao empregado menor incidência de estresse, a não necessidade de deslocamento e a possibilidade de "fazer" seu próprio horário. Existem pontos que podem ser considerados como negativos, conforme fora exposto na presente pesquisa, porém, os pontos positivos os sobrepõem.

O teletrabalho é uma novidade que acompanha a remodelagem da sociedade, cada vez mais afeiçoada aos novos paradigmas. Desta forma, o teletrabalho, com o transcorrer do tempo, acompanhará à nova geração que dará início no mercado de trabalho e promoverá adequação daqueles que já estão.

10 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASÍLIA, DF, 06 de mar. de 2020. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm> Acesso em: 10 de dez. de 2020.

BRASÍLIA, DF, 20 de mar. de 2020. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm> Acesso em: 12 de set. de 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do trabalho**. Brasília, DF, 1 de mar. de 1943. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 13 de mai. de 2020.

BRASIL. LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. BRASÍLIA, DF, 14 de ago. de 2018. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm> Acesso em: 20 de set. de 2020.

CALGANI, Ricardo. **Coronavírus e os Impactos Trabalhistas: Direitos e Obrigações dos Trabalhadores e das Empresas**. 1. ed. São Paulo. Jhmizund, 2020.

COSTA, Isabel de Sá Affonso da. **Teletrabalho: subjugação e construção de subjetividades**. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rap/v41n1/07.pdf>>. Acesso em: 14 de set. de 2020.

FERREIRA, Cristina Igesca. **O TELETRABALHO E A REFORMA TRABALHISTA**. Disponível em:

<http://www.ferreirarodrigues.com/uploads/files/TCC_PAMELA_IGESCA_FERREIRA_O_TELETRABALHO_E_A_REFORMA_TRABALHISTA.pdf>. Acesso em 10 de nov. de 2020.

FLÁVIO, Cristina O.; CALCINI, Ricardo S. **Como ficam as relações de trabalho após a perda da vigência da MP 927?**. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/332274/como-ficam-as-relacoes-de-trabalho-apos-a-perda-da-vigencia-da-mp-927>> Acesso em: 14 de nov. de 2020.

LANZARINI, Jeisi Mara Guilherme. **TELETRABALHO E AS ALTERAÇÕES PROPOSTAS PELA REFORMA TRABALHISTA (LEI 13.467/2017)**. Disponível em: <<https://riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/6520/tcc%20jeisi.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em 05 de out. de 2020.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: Relações Individuais, Sindicais e Coletivas do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 299.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Nota Técnica Conjunta 05/2020. **Defesa da saúde dos trabalhadores, empregados, aprendizes, e estagiário adolescentes**. Brasília, DF. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nota-tecnica_adolescentes.pdf> Acesso em: 05 de ago. de 2020.

NOCERA, Raquel. **LGPD no trabalho home office**. Disponível em: <<https://jhome.com.br/lgpd-no-trabalho-home-office/>> Acesso em: 10 de set. de 2020.

SANTOS. N. et. al. **Teletrabalho e a pandemia da COVID - 19**. São Paulo: Secad, 2020.

O IMPACTO DO ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE EMPREGO: UMA ANÁLISE DAS DIRETRIZES ADOTADAS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PARA PREVENIR E PUNIR TAIS CONDUTAS

JOSAFÁ SOUZA LOPES: Bacharel em direito pelo Centro Universitário Fametro - CEUNI

RESUMO: O presente trabalho visa discorrer a respeito do impacto do assédio moral nas relações de emprego, buscando entender dentro do ordenamento jurídico e fontes do direito, tais como a doutrina, o que poderia ser feito para que essas condutas fossem punidas no momento da consumação, mas, preferivelmente, prevenidas pelo legislador e todas as partes envolvidas. Para tanto, no decorrer do artigo, serão utilizadas ferramentas que facilitarão a compreensão da necessidade de prevenir essas condutas. Inicialmente, pretende-se analisar de que maneira o assédio moral se deu nas relações de trabalho durante a história. Após esse primeiro momento, o artigo se encarregará de conceituar o assédio moral e caracterizá-lo. Após isso, o presente artigo pretende demonstrar de que maneira o assédio moral e o ambiente de trabalho se relacionam, para que posteriormente se possa discutir a respeito do impacto deste comportamento no ambiente de trabalho, os perfis de quem assedia, quem é assediado e quais são as consequências desse ato aos trabalhadores. Por fim, pretende-se trabalhar os fundamentos legais que condenam o assédio moral e salientar a necessidade de políticas públicas de fiscalização e conscientização a respeito desta conduta. Como proposta de melhora a essa condição, o presente artigo traz a ideia da implantação eficaz de Códigos de Ética no âmbito das empresas, que podem diminuir a quantidade de ocorrências deste ato lesivo a integridade mental e emocional do trabalhador.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Trabalho. Emprego. Assédio. Moral.

ABSTRACT: The present work aims to discuss the impact of moral harassment in employment relationships, seeking to understand within the legal system and sources of law - such as doctrine - what could be done so that these conducts were punished at a time of consummation but preferably prevented by the legislator and all parties involved. For this purpose, tools will be used throughout the article that will facilitate the understanding of the need to prevent these behaviors. Initially, it is intended to analyze how bullying occurred in work relationships during history. After that first moment, the article will be in charge of conceptualizing moral harassment and characterizing it. After that, this article intends to demonstrate how bullying and the work environment are related, so that later it can be discussed about the impact of this behavior in the work environment and the profiles of those who harass, who are harassed and which are the consequences of this act for workers. Finally, it is

intended to work on the legal foundations that condemn moral harassment and to emphasize the need for public policies of inspection and awareness regarding this conduct. As a proposal to improve this condition, this article brings the idea of the effective implementation of Codes of Ethics in the scope of companies, which can reduce the number of occurrences of this harmful act to the mental and emotional integrity of the worker.

KEYWORDS: Law. Job. Job. Harassment. Moral.

INTRODUÇÃO

O assédio moral é um fato juridicamente relevante que traz diversas consequências para a vítima, desde o desenvolvimento de doenças psíquicas de natureza grave, segregação comportamental e traumas que permanecerão pelo resto da vida do ofendido.

Quando se trata de assédio moral no ambiente de trabalho, é uma situação ainda mais complexa, haja vista que geralmente se repete inúmeras vezes pelo assediador, ou assediadores.

Dessa forma, o presente artigo pretende discorrer a respeito do impacto do assédio moral nas relações de emprego, buscando entender dentro do ordenamento jurídico e fontes do direito, tais como a doutrina, o que poderia ser feito para que essas condutas fossem punidas no momento da consumação, mas, preferivelmente, prevenidas pelo legislador e todas as partes envolvidas.

1 ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO DURANTE A HISTÓRIA

Sabe-se que nem sempre o local de trabalho é um lugar amistoso, considerando as disputas internas entre funcionários, as posições hierárquicas, e as sensações de impotência e necessidade que tornam o trabalhador maleável a estes ritos perversos.

A força motriz do trabalho humano, é desde tempos remotos substancial para a construção e aperfeiçoamento de sociedades, tendo os trabalhadores suportado o peso destas, sofrendo assim: agressões físicas e psicológicas, expostos a situações degradantes, a jornadas intensas de trabalho e toda desumanidade que se possa listar, não sendo necessário olhar longe, basta fitar a nossa pátria, que ainda luta contra os resquícios do período escravista.

Com o passar do tempo, as agressões tornaram-se sutis, os açoites deram lugar ao terror psicológico, que embora invisível ao corpo, é extremamente nocivo à mente, conhecido como *mobbing* na Itália, Alemanha e Escandinávia, *bullying* na

Inglaterra e *harcèlement moral* na França. Estas expressões foram concebidas através da observação do comportamento humano frente a seus semelhantes.

Nota-se que o trabalho exercido pelo homem, tem o condão de prover-lhe a moradia, alimentação e sua própria defesa, dessa forma, o valor do trabalho se torna evidente, e logo o homem, almeja possuir como seus bens, outro homem, submetendo-o a escravidão, conhecida de vários registros, desde as primeiras sociedades, em que as tribos perdedoras tornavam-se escravas.

Cada vez mais complexas e organizadas, as civilizações tornando-se em Cidades-Estados, dispunham de instrumentos superiores, para subjugar os assentamentos vizinhos, levando cativos seus moradores, ou pondo-os em condições desumanas, trocando-os e vendendo-os como mercadorias, liquidando os que tentavam reagir, e dessa forma foi plantado o sentimento de impotência frente ao empregador.

O escravo tido como coisa, não sendo reconhecido como sujeito portador de direitos, vivendo apenas para os desígnios de seu senhor, transmitindo esta condição a seus filhos, que perdiam geração pós geração uma parte considerável do sentimento humano, da dignidade, de seu próprio valor como indivíduo, sendo afligido pelo constante medo de não servir mais, ou não servir corretamente.

É notável a semelhança deste comportamento entre as nações, tantas adotando formas parecidas de escravidão e trabalho forçado, porém, há registros do século XI, (período feudal), anos estes, castigados pelas guerras, pestes e invasões que findaram enfraquecendo os feudos, fazendo a sociedade medieval ceder ao urbanismo, alicerçado na indústria rudimentar e comércio.

Com o sistema feudal em colapso, sem a mão firme, houve a fuga de vários colonos, que uma vez refugiados nas aglomerações urbanas, organizaram-se ao lado de artesões, e demais trabalhadores em associações similares aos sindicatos, mas ainda assim, além de haver diversas ocasiões de trabalhos insalubres, havia também a exploração do trabalho da criança e da mulher, em jornadas que iam de 12 a 18 horas por dia.

A Babilônia no século XIX a.C., detinha o Código de Hamurabi que já dispunha sobre condições de trabalho livre, havendo até mesmo a previsão de salários como contrapartida aos esforços empregados pelos que se submetiam aos trabalhos cotidianos em prol de outrem.

De outra forma durante o século XIV na chamada América Espanhola, os trabalhos, empreendidos por indígenas, eram a estes impostos via sorteio, cujo o sorteado obrigava-se a uma vida de trabalho em troca de poucas garantias, salário,

uma jornada de 8 horas diárias, assistência médica e os primeiros reflexos de previdência social, trazendo estas “legislações índicas” a garantia de meio salário caso sofressem acidentes de trabalho (por Felipe II, Ordenações de 1574.)

O regramento citado acima, se afigura como legislação protetiva, e já incluía em seu escopo a proibição de certos trabalhos a mulheres e pessoas menores de 16 anos, bem como a redução para o período de 7 horas em caso de trabalho dentro de minas, e descanso dominical. Havia ainda diversas injustiças quanto a situações e locais de trabalho desumanos, mas toda a obscuridade acerca do tratamento conferido ao trabalhador, começava a dissipar-se.

Apesar destas centelhas de iluminação, que nortearam o comportamento daqueles que empregavam, e o surgimento destes arcaicos regramentos expostos acima, adotados por civilizações a frente de seu tempo, com notável desenvolvimento histórico, a realidade do resto do mundo era diferente, com tratativas rudimentares sob o aspecto trabalhista, enquanto nasciam legislações protetivas, maduras e vigorosas estavam as práticas abusivas.

No Brasil o tema assédio moral no trabalho ganhou força somente após a divulgação da pesquisa científica realizada pela medida do trabalho Margarida Barreto, sendo recente o estudo, datado nos anos 2000:

A médica do trabalho Margarida Barreto realizou pesquisa junto a 2.072 trabalhadores adoecidos, de 97 empresas integrantes do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Químicas, Farmacêuticas, Plásticas e Similares de São Paulo e Região, na qual afirma que 42% daquele universo se referiam à vivência com situações de humilhações (870 trabalhadores – 494 mulheres e 376 homens), confirmando a presença do assédio moral também entre os membros daquele setor industrial, sendo que desse percentual, 90% das mulheres e 60% dos homens foram demitidos por motivos relacionados a doenças ou acidentes de trabalho (AGUIAR, 2006, p. 23).

2 ASSÉDIO MORAL: CONCEITO E CARACTERIZAÇÃO

O assédio moral em si, não apenas segregado as relações de trabalho, importa em uma série de condutas, que findam em diminuir, menosprezar e expor a situações degradantes e humilhantes a pessoa alvo:

Qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua **repetição** ou **sistematização**, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma

pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho. (HIRIGOYEN, 2005. P. 17).

Basta a compreensão de que para caracterizar o assédio moral, não basta haver a conduta abusiva, sendo necessário que essa se repita de forma sistemática.

O indivíduo hostilizado, tendo as injúrias proferidas contra si, dificilmente consegue defender-se, não podendo sair dessa situação constrangedora, que lhe causa desconforto emocional, termina tendo que arcar com os prejuízos destes gestos, que ocorrem em lugares em que naturalmente precisa frequentar, como escola, trabalho, ou qualquer outro ambiente que necessite ir constantemente.

Assim, fazendo a analogia do aluno que deixa de frequentar o ambiente escolar, em razão das agressões sofridas por professores e outros colegas, ou de pessoa que deixa de frequentar seus grupos sociais por já ter sofrido o assédio. Este trabalho, intenta demonstrar o assédio moral sofrido no ambiente de trabalho, que como será demonstrado a seguir, toma proporções indizíveis, visto a natureza alimentar dos salários.

O ilustre mestre Zanetti (2015, p. 27) traz a concepção de que o assédio moral é conduta danosa praticada por uma ou mais pessoas, dentro do ambiente de trabalho, que ocasione danos à saúde do trabalhador. É importante ressaltar que o assédio moral poderá se dar por meio de ação ou omissão de uma ou mais pessoas:

O assédio moral se define pela intenção de uma ou mais pessoas praticarem, por ação ou deixarem de praticar por omissão, de forma reiterada ou sistemática, atos abusivos ou hostis, de forma expressa ou não, contra uma ou mais pessoas, no ambiente de trabalho, durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, principalmente por superiores hierárquicos, após, colegas ou mesmo por colegas e superiores hierárquicos e em menor proporção, entre outros, por inferiores hierárquicos e clientes, durante certo período de tempo e com certa frequência, os quais venham atingir a saúde do trabalhador, após o responsável ter sido comunicado a parar com eles e não ter parado.

Tornando clara a percepção de que o Assédio Moral é uma conduta complexa, realizada em conjunto ou isoladamente e de forma contínua e repetitiva, que visa a expor o assediado ao desconforto psíquico e moral, sendo de todas as formas injusta, e passível de proteção estatal.

3 ASSÉDIO MORAL E AMBIENTE DE TRABALHO: COMO OCORRE?

A história do trabalho no mundo é repleta de abusos ao trabalhador. O próprio termo “trabalho” era tido como algo ruim, que derivava do latim “tripalium”, instrumento utilizado pelos romanos para a tortura. Basta notar superficialmente que as pessoas ainda hoje, condessem-se em relação as outras quando se trata do local onde trabalham, exortando-se sempre por uma outra opção de sustento, capaz de prover bens que muitas vezes são inúteis.

Não apenas bens, mas padrões de vida com custos desnecessários, comodidades que fogem da realidade da maioria, e em todas estas ponderações, o trabalhador vê-se frustrado, seja pela insatisfação de sua condição social ou mesmo por não poder obter aquilo que se acha digno por uma sociedade doente e consumista, restando sobre si, a sensação de fracasso.

O assédio moral, é por si só, capaz de produzir incontáveis prejuízos na vida cotidiana de qualquer pessoa, fazendo com que se afaste, se sinta oprimida, desmerecedora do convívio social. Nessa ótica, pode-se visualizar o quão perverso é o assédio moral, no ambiente de trabalho, visto que não é facultado ao trabalhador que necessita de seu sustento, afastar-se de suas atribuições. Brevemente nota-se os ensinamentos do mestre Prata (2008, p. 57) a respeito do tema:

O assédio moral no trabalho se caracteriza por qualquer tipo de atitude hostil, individual e coletiva, dirigida contra o trabalhador por seu superior hierárquico (ou cliente do qual dependa economicamente), por colega do mesmo nível, subalterno ou por terceiro relacionado com a empregadora, que provoque uma degradação da atmosfera de trabalho, capaz de ofender a sua dignidade ou de causar-lhe danos físicos, ou psicológicos, bem como de induzi-lo à prática de atitudes contrárias à própria ética, que possam excluí-lo ou prejudicá-lo no progresso em sua carreira.

O conceito trazido por Prata (2008), nos dá uma visão ampla sobre o assédio moral no ambiente de trabalho, pois é comum pensar que esse comportamento se dê apenas entre o empregador que teoricamente está em um nível superior e seu subalterno. No entanto, é importante salientar que o doutrinador nos mostra que existem ocasiões em que os assediadores são colegas de trabalho, estando no mesmo nível hierárquico que o assediado.

Assim, a prática do assédio moral no trabalho, vislumbra-se através de comportamentos intencionais, contínuos e sutis. Esta última característica é o que torna perigoso, pois é de difícil percepção a quem fiscaliza a conduta dos empregados. Seja por inaptidão, seja negligência, essa conduta danosa faz com que

a vítima, por precisar na maioria das vezes continuar no emprego, internalize os danos, o que finda por deixá-la doente. Assim, uma vez sem auto estima, já sobrecarregado pelos fardos impostos pela sociedade, o trabalhador deixa de oferecer sua força de trabalho, tendo de suportar as ofensas e demais comportamentos acediosos.

É importante lembrar que essa conduta danosa vem de ambos os lados, tanto do empregador quanto de colegas, terminando o trabalhador por ser demitido, ou pedir demissão, carregando sozinho os danos da injusta violência sofrida.

4 IMPACTOS DO COMPORTAMENTO ASSEDIOSO NO AMBIENTE DE TRABALHO

Assim, para ilustrar o tema em estudo, é necessário listar alguns destes comportamentos agressivos, extremamente atuais, que ocorrem em todas as searas trabalhistas, em todos os encargos e funções, não importando o trabalho ou o lugar onde é desempenhado, o que mostra claramente que na verdade, não há que se fazer distinções entre classes de trabalhadores. São estes os atos considerados assédio moral no ambiente de trabalho:

1. O estabelecimento de metas muito altas, impossíveis de serem atingidas e uma conseqüente cobrança humilhante;
2. Disponibilizar menos trabalho para o empregado com o intuito de boicotar a sua produtividade ou mesmo delegar tarefas menos complexas do que o seu cargo exige, como forma de punição ou para causar uma advertência;
3. Uma conduta bem comum de vários empregadores é buscar situações humilhantes ou mesmo estressantes para o empregado, a fim de que ele peça demissão, arcando com menos verbas trabalhistas nas rescisões;
4. Discriminação por sexo: fazer treinamentos diferenciados ou mesmo exigir trabalhos diferentes na mesma área em razão de ser homem ou mulher, reduzindo a capacidade de produção, ou mesmo o pagamento de salários diferentes dependendo do sexo;
5. Impedir que mulheres grávidas façam consultas fora da empresa ou mesmo que descansam durante o horário de trabalho. Existem casos até de empregadores que dizem para as funcionárias que, se engravidarem, perderão o emprego. (aepadvogados direito do trabalho assedio-moral)

É quase impossível listar todas as formas de assédio moral no ambiente de trabalho, visto a profundidade e complexidade destas condutas, o exposto acima, intenta demonstrar a superfície, o geral, o que se pode enxergar com clareza sobre o tema em estudo, tão atual e necessário.

Para demonstrar a importância deste estudo, nota-se as palavras de Hádassa Bonilha (2004, p.37):

Pode-se afirmar, sem medo de errar, que o assédio moral nas relações de trabalho é um dos problemas mais sérios enfrentados pela sociedade atual. Ele é fruto de um conjunto de fatores, tais como a globalização econômica predatória, vislumbradora somente da produção e do lucro, e a atual organização do trabalho, marcada pela competição agressiva e pela opressão dos trabalhadores através do medo e da ameaça. Esse constante clima de terror psicológico gera, na vítima assediada moralmente, um sofrimento capaz de atingir diretamente sua saúde física e psicológica, criando uma predisposição ao desenvolvimento de doenças crônicas, cujos resultados a acompanharão por toda a vida.

5 PERFIS ATIVOS E PASSIVOS DO ASSÉDIO MORAL: QUEM SÃO OS ASSEDIADOS E OS ASSEDIADORES?

Hirigoyen (2002, p.111) levantou que, entre os assediadores, "58% dos casos provêm da hierarquia vertical; 29% vêm da chefia direta, como líderes e supervisores, não excluindo os próprios colegas; e 1% ocorre por parte dos subordinados".

O indivíduo assediador, apenas consegue estabelecer seu lugar, e ter compreensão de si, quando diminui a outrem, e como já visto, a forma de assédio em estudo, pode ser praticada por mais de uma pessoa, dessa forma, o assediador junto de seu grupo, pessoas propensas a este comportamento, de forma contínua, dirigem ofensas de cunho pessoal e moral contra o assediado.

Hirigoyen (2002, p. 141) traz a concepção do narcisismo e caracteriza os assediadores como:

Indivíduos que, sob influência de seu grandioso eu, tentam criar um laço com um segundo indivíduo, dirigindo seu ataque particularmente à integridade narcísica do outro, a fim de desarmá-lo. Atacam igualmente seu amor-próprio, sua confiança em si, sua autoestima e a crença em si próprio. Ao mesmo tempo, buscam, de certo modo, fazer crer que o elo de

dependência do outro para com eles é insubstituível e que é o outro que o solicita.

A doutrina nos mostra que em sua grande maioria, os assediadores agem de forma perversa, talvez por inconscientemente sentir-se inferiores, buscam diminuir a outro, como forma de enaltecer a si próprios.

Quando falamos no sujeito passivo, é importante destacarmos que o assediado pode ser qualquer pessoa, sem que haja um perfil psicológico determinado, até mesmo porque, a modalidade de assédio em estudo, não exige comportamento prévio por parte da vítima, sendo completamente gratuito, Hirigoyen (2002, p.113) expõe que:

1. Pessoas atípicas: Diferenciam-se do grupo em algum aspecto, por exemplo, sexo, etnia, religião, maneira de falar, de se vestir.
2. Pessoas excessivamente competentes: Dedicadas, ambiciosas, podendo „fazer sombra“ a um superior ou colega.
3. Pessoas que não têm a rede de comunicação certa no trabalho: São aquelas isoladas ou que, quando têm aliados, não podem contar com sua solidariedade, sendo rejeitadas.
4. Funcionários protegidos: São exemplos as mulheres grávidas, funcionários públicos e representantes dos funcionários.
5. Pessoas menos “produtivas”: Aquelas que nem sempre conseguem acompanhar o ritmo da produção ou que demoram a se adaptar às mudanças. São mais propícias ao assédio dos colegas que podem querer se livrar delas já que atrapalham o desempenho coletivo.
6. Pessoas temporariamente fragilizadas: São aquelas que, por estarem com alguma dificuldade pessoal, necessitam se ausentar e/ou diminuir a produtividade. Chefias podem aproveitar-se deste motivo para justificar uma demissão e, assim, diminuir o quadro de funcionários. Já os colegas rejeitam-nas por estarem disputando uma promoção.
7. Funcionários que resistem à padronização: São aqueles extremamente honestos, éticos ou dinâmicos demais. Têm dificuldade de adaptação ao grupo ou à estrutura. São tidos

como perturbadores, pois apontam e denunciam os problemas e, muitas vezes, acabam por serem responsabilizados por eles.

Ainda se equiparam a este perfil, pessoas portadoras de traumas pessoais, em muitos casos com problemas familiares ou de saúde. Neste aspecto, Prata (2008, p. 180) leciona que:

Muitas vezes a vítima é o trabalhador mais brilhante, honesto, capaz e criativo do grupo. 'Originalidade implica coragem suficiente para transcender as normas geralmente aceitas. Algumas vezes isto implica ser mal compreendido ou rejeitado pelos companheiros'. Quem não aceita as regras negativas impostas pela dinâmica grupal termina por despertar a cumplicidade dos mais medíocres a fim de persegui-lo com o objetivo de não criar competição. Na maior parte dos casos, o assediado é um trabalhador com forte investimento psicológico no trabalho, que ama a sua profissão e, por isso mesmo, vive com maior sofrimento em condição de marginalização.

Entende-se que o assediado pode ser qualquer um, não importando seu grau de comprometimento com os ofícios, podendo ser o empregado mais empenhado, ou o menos disposto, há também pessoas, que por carregarem qualquer espécie de sofrimento de cunho físico ou psicológico, deixam escapar sua fragilidade, o que os torna vítimas do assédio.

6 O ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO E AS CONSEQUÊNCIAS AOS TRABALHADORES

Há grande profundidade nos efeitos negativos dos atos de assédio moral. Deles, decorre a afetação a individualidade de cada um.

Pode-se dizer que a desestabilidade emocional, o desinteresse pelo trabalho, que gera a inassiduidade e baixos rendimentos, além do surgimento de distúrbios psíquicos, ou o agravamento destes se já houverem, o trabalhador vítima de constante assédio moral, pode vir a apresentar hipertensão arterial, ansiedade, e uma série de complicações que vão desde gastrites a doenças de pele são alguns dos principais.

A maior causa de afastamentos e licenças médicas ainda é o adoecimento do músculo esquelético, mas as doenças mentais ficam em segundo lugar. Segundo dados do INSS, de 2012 a 2017, 12,3% dos afastamentos por doenças no País foram por transtornos mentais.

Sem a adequada fiscalização, e ainda sem uma norma regulamentadora (NR) que trate claramente da saúde mental do trabalhador, há um crescente número de pedidos de licenças médicas e afastamentos por doenças psíquicas, estima-se segundo a Organização Mundial que de janeiro a setembro de 2018, o INSS veio a conceder mais de 8 mil licenças para tratamento de transtornos mentais. (GIRARDI,2020)

É o que esclarece Hirigoyen (2002, p. 173): “diante de uma situação estressante, o organismo reage pondo-se em estado de alerta, produzindo substâncias hormonais, causando depressão do sistema imunológico e modificação dos neurotransmissores cerebrais”.

Mas não apenas o trabalhador sofre as consequências destes abusos, a própria empresa finda por perder a mão obra, instalando-se nas dependências do local de trabalho, a insegurança e o medo de que estes ataques se voltem a outras pessoas, tornando o meio caótico, propenso a brigas e desestímulo comum. Consequentemente fora do ambiente de trabalho a tutela estatal acaba por ser atraída, provocada a balizar estas relações.

7 ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO: AMPARO LEGAL E MEIOS DE RESPOSTA

O trabalho garantidor da dignidade ao trabalhador, princípio este explicitamente listado na CF/88 em seu art. 1º, inc., III, “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana” como relação entre particulares, molda seus parâmetros através do Decreto-Lei 5.452/43 (CLT), código que fora aperfeiçoado com o passar do tempo, afim de garantir o texto constitucional, protegendo o trabalhador, como sujeito hipossuficiente nas relações emprego.

Passando por diversas denominações dadas ao Direito do Trabalho como: legislação industrial, legislação operaria, legislação trabalhista e legislação social. Quando em 1919, através do Tratado de Paz pós Primeira Guerra Mundial, fora concebida a autonomia científica do Direito do trabalho, substituindo a palavra “legislação” por “direito”, então, foram utilizadas as denominações: direito operário (art.16, XVI da CF/37), direito industrial, direito corporativo, direito social, Direito do Trabalho. Até finalmente a denominação remanescente, foi Direito do Trabalho, visto que tratava das relações de trabalho subordinado.

Com a instituição do código que tornou hígidos os direitos nele previstos, o trabalhador pode agora, recorrer aos procedimentos internos ou judiciais, ajuizando a ação defensiva pessoalmente ou por meio de seu respectivo sindicato.

O supracitado código, a fim de solucionar estas questões, traz o instituto da “Rescisão Indireta” através do art. 483, que diz:

Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;

b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;

c) correr perigo manifesto de mal considerável;

d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato;

e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;

f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários.

§ 1º - O empregado poderá suspender a prestação dos serviços ou rescindir o contrato, quando tiver de desempenhar obrigações legais, incompatíveis com a continuação do serviço.

§ 2º - No caso de morte do empregador constituído em empresa individual, é facultado ao empregado rescindir o contrato de trabalho.

§ 3º - Nas hipóteses das letras d e g, poderá o empregado pleitear a rescisão de seu contrato de trabalho e o pagamento das respectivas indenizações, permanecendo ou não no serviço até final decisão do processo. (Incluído pela Lei nº 4.825, de 5.11.1965)

Para além dos dispositivos previamente trabalhados, também pode ser destacado o Projeto de Lei nº 4.742/2001, de autoria do deputado federal Marcos de Jesus (PL/PE), aprovado no dia 12 de março de 2019, pela Câmara dos Deputados, que prevê a inserção do artigo 146-A no Código Penal Brasileiro, dispondo sobre o

crime de assédio moral no trabalho. Após inúmeras mudanças no texto original, o texto foi validado com o seguinte teor:

Artigo 146-A: Ofender reiteradamente a dignidade de alguém causando-lhe dano ou sofrimento físico ou mental, no exercício de emprego, cargo ou função.

Pena: detenção, de um a dois anos e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º – Somente se procede mediante representação, que será irretratável.

§ 2º – A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.

§ 3º – Na ocorrência de transação penal, essa deverá ter caráter pedagógico e conscientizador contra o assédio moral.

O referido projeto, embora proposto em 2001, permanece aguardando apreciação pelo Senado Federal.

E a CF/88, que em seus arts. 5º, incisos V e X, e 170, III, assegura ao trabalhador, como indivíduo em sociedade o respeito à dignidade humana, à cidadania, à imagem e ao patrimônio do trabalhador, com indenização por danos morais, o reconhecimento dos meios e instrumentos de valorização social do trabalho, garantindo a prevalência do interesse social em detrimento do mero interesse particular do lucro, mas, enquanto não há um regramento explícito e sólido que intente combater abertamente o comportamento acedioso, as Convenções Coletivas trazem o direcionamento para o tema como é o caso do:

SINDICATO DOS EMPREGADOS EM EMPRESAS DE SEGUROS PRIVADOS E CAPITALIZAÇÃO, DE AGENTES AUTÔNOMOS DE SEGUROS PRIVADOS E DE CRÉDITO E EM EMPRESAS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA NO ESTADO DE SÃO PAULO, REPRESENTADO POR SEU DIRETOR PRESIDENTE SR. CALISTO CARDOSO DE BRITO ASSÉDIO MORAL CLÁUSULA VIGÉSIMA NONA - COMBATE AO ASSÉDIO MORAL

As entidades sindicais convenentes da convenção coletiva reafirmam seus propósitos de combate ao assédio moral e assédio sexual conforme Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001

e disposições da Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), as partes se comprometem paritariamente e de forma negociada, combater qualquer tipo de assédio moral ou sexual dentro do local de trabalho.

Por ser parte hipossuficiente na relação de trabalho, subentende-se que o trabalhador deseja de todas as formas continuar no trabalho, visto que deste, pode auferir proventos que garantam sua subsistência. Dessa forma, é necessário questionar a eficácia dos métodos legais, que culminam em indenizações e a quebra de vínculo entre trabalhador e empresa.

Ainda que existam meios legais de resposta ao assédio moral no ambiente de trabalho, existe grande resistência da classe trabalhadora em buscar estes direitos, e isso se dá em razão do sentimento de necessidade e impotência frente ao empregador, resquícios da historicidade do trabalho, e relatos de abusos desde a antiguidade. E isto agrava-se com o advento da reforma trabalhista em 2017, como será exposto.

Dados do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região traduzem que os pedidos relacionados a assédio moral recaíram em 2018, justamente o primeiro de vigência da reforma trabalhista. Segundo especialistas este recuo significa o medo de pedir indenizações de cunho moral, visto ser fato subjetivo, difícil de provar, ainda mais, por ter a reforma trabalhista instituído honorários de sucumbência para a parte que não pode provar o que alega ser de direito.

Em 2017, havia cerca de 42,4 mil ações com pedido de assédio moral, sendo o 19º pleito mais comum na primeira instância do Judiciário Trabalhista no estado de São Paulo. Porém em 2018, os pedidos de indenização por assédio moral caíram para 16,9 mil, ficando assim na 31ª posição.

Segundo o entendimento do professor de economia da USP Hélio Zylberstajn, a reforma trabalhista, Lei 13.467/2017, reduziu de maneira relevante os litígios entre empregado e empregador.

Esse era um defeito muito grave no nosso sistema. Tudo era levado para a Justiça sem o senso de responsabilidade. A reforma impôs um pouco de disciplina”, afirma. Para ele, o trabalhador hoje pensa melhor naquilo que demanda, porque se o juiz julgar o pedido improcedente pode ser obrigado a arcar com os custos.

Para o especialista em relações trabalhistas e coordenador jurídico do “Lencioni Machado Advogados” Luciano Dal-Forno mostra que foram reduzidos os

pedidos respectivos à multa do artigo 467 da CLT, Este dispositivo traduz que, “em caso de rescisão de contrato de trabalho, havendo controvérsia sobre o montante das verbas rescisórias, o empregador é obrigado a pagar ao trabalhador, à data do comparecimento à Justiça do Trabalho, a parte incontroversa dessas verbas, sob pena de pagá-las acrescidas de 50%”.

Dal-Forno aponta que “na prática, a lei diz que se a empresa não se defender em juízo, vai pagar 50% a mais pela ausência de contestação. Era uma regra que aparecia em quase todos os processos porque não custava pedir”

Portanto, pode-se extrair que embora o trabalhador disponha de meios legais, existe grande receio por parte deste em acionar a justiça, o que veio a ser amplificado com a reforma trabalhista, mitigando direitos e impondo ônus pecuniário ao trabalhador que não puder provar o alegado.

É inegável que há aqueles que desconhecem seus reais direitos e acabam fazendo uso indevido do judiciário, em ações desconexas, advindas de fatos que não lhes desconstituem o direito, restando a impressão de “retaliação” por parte do empregado à empresa. Mas o que deve ser considerado é o agente que de fato teve seu direito lesado, sofrendo constantes abusos e assédios no ambiente de trabalho, e não aciona a justiça por medo do insucesso, ou desconhecimento de seus direitos.

8 A NECESSIDADE DE POLÍTICAS DE PREVENÇÃO, INFORMAÇÃO E FISCALIZAÇÃO

No ímpeto de coibir estes atos contaminadores do ambiente de trabalho, o Colendo TST em conjunto com Conselho Superior da Justiça do Trabalho, em ato conjunto, edita a CARTILHA DE PREVENÇÃO AO ASSÉDIO MORAL, elencando as práticas acediosas, mencionando suas modalidades e principalmente listando as formas de prevenção, que são:

- Incentivar a efetiva participação de todos os colaboradores na vida da empresa, com definição clara de tarefas, funções, metas e condições de trabalho;
- Instituir e divulgar um código de ética da instituição, enfatizando que o assédio moral é incompatível com os princípios organizacionais;
- Promover palestras, oficinas e cursos sobre o assunto;

- Incentivar as boas relações no ambiente de trabalho, com tolerância à diversidade de perfis profissionais e de ritmos de trabalho;
- Ampliar a autonomia para organização do trabalho, após fornecer informações e recursos necessários para execução de tarefas;
- Reduzir o trabalho monótono e repetitivo;
- Observar o aumento súbito e injustificado de absenteísmo (faltas ao trabalho);
- Realizar avaliação de riscos psicossociais no ambiente de trabalho;
- Garantir que práticas administrativas e gerenciais na organização sejam aplicadas a todos os colaboradores de forma igual, com tratamento justo e respeitoso;
- Dar exemplo de comportamento e condutas adequadas, evitando se omitir diante de situações de assédio moral;
- Oferecer apoio psicológico e orientação aos colaboradores que se julguem vítimas de assédio moral; e,
- Estabelecer canais de recebimento e protocolos de encaminhamento de denúncias.

Ainda sob este aspecto, Bonilha (p. 23, 2004) discorre a respeito da possibilidade de inserção, por meio de acordos coletivos, de cláusulas que versem a respeito do assédio moral nas empresas:

Além disso, os sindicatos têm a possibilidade de inserir em acordos coletivos cláusulas versando sobre assédio moral, as quais poderão prever expressamente a existência de planos de prevenção por parte dos empregadores, bem como a anulação dos atos e efeitos resultantes do assédio moral que prejudicaram um trabalhador vítima do processo.

Percebe-se que, por mais que o trabalhador vítima de assédio tenha a possibilidade de acessar a justiça, e auferir ressarcimento do dano moral sofrido, este valor não pode recompô-lo por inteiro, vez que ainda restam os estigmas do trauma, dessa forma, o melhor a se fazer é prevenir o assédio, fiscaliza-lo e erradica-lo do

ambiente de trabalho, o que conseqüentemente reduzira custos com indenizações e promoverá um ambiente sadio. Para Santos (p. 151, 1997):

a tendência moderna em termos de reparação de danos e justamente a prevenção, mormente porque os danos de natureza não patrimonial não se conformam com a tutela ressarcitória. Daí surge a necessidade de se criar e aplicar mecanismos de tutela preventiva de danos a direitos da personalidade

Dessa forma, não ignorando os meios jurídicos, Martha de Mendonça expõe o exemplo que funcionou na companhia Volkswagen na Alemanha, que possui normas anti-mobbing desde 1996, o que acarretou na redução para 1% das condutas perversas, gerando, destarte, uma poupança de 50 milhões de dólares por ano, desde então (MENDONÇA, 2001, p. 154).

9 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR

A instituição da responsabilidade civil objetiva do empregador é resultado de evoluções legislativas, não se dando de forma imediata, mas em resposta aos emergentes normas protetivas ao trabalho e o trabalhador. Sendo, portanto, necessário demonstrar a coexistência de dano e o nexa causal, excluindo-se o elemento "culpa", que é irrelevante existir ou não.

Na responsabilidade objetiva também há que se destacar uma conduta ilícita, o dano e o nexa causal, só não será necessário o elemento culpa. Esta pode ou não existir, mas será sempre irrelevante para a configuração do dever de indenizar. (Filho, 2004, p. 143)

O trabalhador não pode impor-se a tal ponto de transformar o local de trabalho, em um lugar suscetível de convivência pacífica, por isso, cabe ao empregador promover um ambiente equilibrado e sustentável, a omissão de uma política séria e concreta de combate ao assédio moral no local de trabalho, pode acarretar ato ilícito, vez que a negligência pode causar dano a integridade psíquica do empregado.

Com o advento da CF/88, que veio a tutelar valores humanos e individuais, sociais e transindividuais, assim, a proteção do direito a honra, a imagem, a intimidade e o nome, todos direitos personalíssimos, surgindo a concepção do dever de reparar qualquer dano oposto a estes direitos. Então, a partir deste marco, os tribunais reconhecem a existência do dano moral, aludindo o princípio da dignidade da pessoa humana, como basilar da ordem jurídica.

Os artigos 186, 187 e 927 do Código Civil de 2002, externam a possibilidade e necessidade de reparar o dano independente de culpa.

A Lex Aquilia de damno veio a cristalizar a ideia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse o ônus da reparação, em razão do valor da *res*, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa. (DINIZ, Maria Helena. 2010. p. 11).

O direito se assemelha a ética, sob a ótica de que ambos, são ciências que estudam as relações humanas, enquanto o direito cerceia as relações exteriores, balizando até mesmo de forma coercitiva, a ética está diretamente ligada ao sentimento interior, sendo desde sempre ensinada e não imposta.

O estudo sobre a conduta moral em ambiente de trabalho, vem aperfeiçoando-se para que futuramente seja possível garantir um ambiente de laboral saudável, que prima pela dignidade da pessoa humana, e resgata o orgulho do trabalhador como indivíduo de vital importância para a sociedade. Por isso a implementação de um código de conduta que exara o esperado do ambiente laboral é tão importante para o cumprimento da função do social do local de trabalho.

Sobre isso, ensina José Renato Nalini: “nenhuma sociedade resistirá por tempo indefinido à insensibilidade, à irresponsabilidade, à desenfreada busca de satisfação de instintos, sem compromisso algum com a solidariedade e com a busca da harmonia”.

CONCLUSÃO

O estudo sobre a conduta moral em ambiente de trabalho, vem aperfeiçoando-se para que futuramente seja possível garantir um ambiente laboral mais saudável, que prima pela dignidade da pessoa humana, e resgata o orgulho do trabalhador como indivíduo de vital importância para a sociedade.

Por isso a implementação de um código de conduta que exara o esperado do ambiente laboral é tão importante para o cumprimento da função do social do local de trabalho.

A incessante busca pelo lucro é capaz de tirar a percepção e tato humano, fazendo com que o empregador, em muitos casos, perceba o empregado como mero objeto ou instrumento de trabalho, criatura insuscetível de emoções.

Assim, podemos depreender que seria deixado de lado as observações a respeito das condições psíquicas e morais deste empregado. Este olhar irresponsável e negligente, culmina na ruína do trabalhador e conseqüentemente a diminuição cada vez maior de sua força de trabalho, o que vem a contaminar todo o ambiente de trabalho.

No decorrer do presente trabalho, entendemos que se houvesse a implementação de um código ético interno e a devida fiscalização quanto a estes aspectos, a saúde do trabalhador, o ambiente prospero e o lucro, viriam conseqüentemente, e a ocorrência de casos de assédio moral aos trabalhadores poderiam diminuir.

REFERÊNCIAS

AEPADVOGADOS direito do trabalho **assédio moral**. Disponível em: <https://aepadvogados.net/direito-do-trabalho/assedio-moral/>

AGUIAR, A L S. **Assédio moral**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2006.

BOMFIM, R. **Ações pedindo assédio moral despencam na Justiça do Trabalho de São Paulo**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-25/acoes-pedindo-assedio-moral-despencam-justica-trabalho-sp>

CASTRO, A B M. **A responsabilidade civil do empregador perante o assédio moral nas relações de trabalho**. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51025/a-responsabilidade-civil-do-empregador-perante-o-assedio-moral-nas-relacoes-de-trabalho#>

FERREIRA, H D B. **Assédio Moral nas Relações de Trabalho**. Campinas, Russell Editores, 2004.

GIRARDI, Y. **Normas não protegem a saúde mental dos trabalhadores**. Disponível em: https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/especiais/jornal_da_lei/2020/03/729352-normas-nao-protegem-a-saude-mental-dos-trabalhadores.html

HIRIGOYEN, M F. **Assédio moral: a violência perversa no cotidiano**. Tradução Maria Helena Kuhner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

HIRIGOYEN, M F. **Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral**. Tradução de Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

MENEZES, D. **Impactos do assédio moral organizacional no serviço público.** Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/52585/impactos-do-assedio-moral-organizacional-no-servico-publico>

PRATA, M R. (2008). **Anatomia do assédio moral no trabalho: uma abordagem transdisciplinar.** São Paulo: LTR.

SECRETARIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DO TST. **Cartilha de Prevenção ao Assédio Moral Pare e Repare – Por um Ambiente de Trabalho mais Positivo.** Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/55951/Cartilha+ass%C3%A9dio+moral/573490e3-a2dd-a598-d2a7-6d492e4b2457>

SILVA, T C. **Assédio moral: uma análise, a luz do princípio da dignidade da pessoa humana, das consequências jurídicas que recaem sobre o assediador.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-151/assedio-moral-uma-analise-a-luz-do-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-das-consequencias-juridicas-que-recaem-sobre-o-assediador/>

SOUSA, R G. **Mita e Encomienda.** Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilescola.uol.com.br/historia-da-america/mita-encomienda.htm>. Acesso em 16 de novembro de 2020.

WIKIPEDIA. **Ordenações Filipinas.** Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Ordena%C3%A7%C3%B5es_Filipinas#

ZANETTI, R. **Assédio moral no trabalho.** Disponível em: http://www.robsonzanetti.com.br/v3/docs/livro_robson_zanetti_assedio_moral.pdf

O IMPACTO DA PANDEMIA NO BRASIL, EM 2020, NA INCIDÊNCIA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA MULHER, EM ESPECIAL, O FEMINICÍDIO.

KÁTIA MARIA BRASIL ABUDE:

Delegada aposentada da Polícia Civil da Bahia, Especialista em violência doméstica contra crianças e adolescentes pela USP/SP, Mestre em Desenvolvimento e gestão social pela UFBA/Ba, professora das disciplinas Direito da Criança e do Adolescente e Processo Penal da ADUCSAL/BA.

RESUMO: Este trabalho surgiu a partir da inquietação pessoal, diante da divulgação na mídia de casos reiterados de feminicídio ocorridos, no Brasil, em um curto lapso temporal. Busca-se, assim, uma reflexão acerca da incidência da violência doméstica contra a mulher no Brasil, no ano de 2020, em especial, o feminicídio, e as medidas necessárias para o seu enfrentamento. Seu objetivo é analisar o delito de feminicídio, como uma das modalidades de violência doméstica praticada contra a mulher e elencar as ações necessárias para o seu combate. Para a realização do trabalho, utilizou-se o método descritivo qualitativo, através da realização de pesquisa bibliográfica, e levantamento de dados estatísticos e coleta de informações oriundas de órgãos oficiais, bem como os divulgados na mídia. Diante dos dados apresentados e da pesquisa realizada, foi possível concluir que a violência de gênero permanece presente na realidade brasileira, vitimando muitas mulheres, fazendo-se necessário o fortalecimento de ações oriundas dos órgãos estatais e da sociedade civil organizada a fim de tornar eficaz a punição, a prevenção e a erradicação desta forma de violência, que é resultado de uma sociedade eminentemente patriarcalista e machista.

Palavras-chave: Mulher. Violência doméstica. Feminicídio. A lei Maria da Penha e suas alterações recentes. As medidas preventivas. Igualdade de gênero.

ABSTRACT: This work arose out of personal concern, in view of the repeated media reporting of femicide cases that occurred in Brazil in a short period of time. Thus, a reflection is sought about the incidence of domestic violence against women in Brazil, in the year 2020, especially femicide, and the necessary measures to face it. Its objective is to analyze the crime of femicide, as one of the modalities of domestic violence practiced against women and to list the necessary actions to combat it. To carry out the work, the methodological approach used the qualitative descriptive method, through the conduct of bibliographic research, and the collection of statistical data and the collection of information from official bodies, as well as those

published in the media. In view of the data presented and the research carried out, it was possible to conclude that gender violence remains present in the Brazilian reality, victimizing many women, making it necessary to strengthen actions from state agencies and organized civil society in order to make effective the punishment, prevention and eradication of this form of violence, which is the result of an eminently patriarchal and sexist society.

Keywords: Woman. Domestic violence. Femicide. The Maria da Penha law and its recent amendments. Preventive measures. Gender equality.

Sumário: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1. O fenômeno da violência doméstica contra a mulher e suas facetas. 2.2. A Lei Maria da Penha e suas alterações recentes. 2.3. O impacto da Pandemia de Covid-19 para a incidência do feminicídio. 2.4. Feminicídio: o crime de gênero que persiste. 2.5. Medidas preventivas de combate ao feminicídio. 3. Considerações finais. 4. Referências bibliográficas.

1 Introdução

A sociedade mundial é uníssona ao se reportar ao ano de 2020 como um ano difícil para todos, independente da classe social que ocupa. Para alguns, foi marcado pela perda de um ente querido, ou do emprego; para outros, a necessidade abrupta de se adaptar as novas ferramentas da tecnologia, ao acúmulo das atividades profissionais, com os afazeres de casa e acompanhamento das atividades escolares dos filhos, culminando com a convivência diária e ininterrupta de todos os membros da família. Sem dúvida, foi um ano emblemático por conta da incidência da pandemia do novo Corona Vírus que tem o isolamento social como uma das recomendações previstas para inibir a propagação do vírus. Essa medida, entretanto, expôs à mulher a uma situação de vulnerabilidade maior para a perpetração de comportamentos violentos, potencializados diante do estabelecimento de tensões psicológicas e econômicas decorrentes do aumento no tempo de convivência cotidiana, na redução da renda per capita familiar, no aumento do consumo de álcool, corroborados pela dificuldade de formalizar denúncia às autoridades policiais.

Tal cenário, considerado pela Organização Mundial de Saúde (OMS),¹⁷ como de saúde pública mundial, propiciou o enfrentamento de uma realidade inexorável que

¹⁷ A Organização Mundial da Saúde publicou o Relatório Mundial Sobre a Prevenção da Violência 2014, apresentando dados de de 133 países, que abrigam 6,1 bilhões de pessoas, o que representa 88% da população mundial. Sua publicação coincide com as propostas de inserir diversos objetivos de prevenção da violência na agenda de desenvolvimento pós-2015. Esses objetivos incluem reduzir em 50% as mortes relacionadas com a violência em todos os lugares do mundo, e eliminar a violência contra a criança e todas as **formas de violência contra mulheres** e meninas até 2030. A OMS concedeu a tradução e direitos de publicação de uma edição em Português para o Núcleo de Estudos

é o aumento da violência doméstica praticada contra a mulher, culminando, por vezes, no crime mais grave e letal que é o feminicídio.

No Brasil, em Dezembro, mês que costumeiramente são enaltecidos sentimentos como amor, perdão, cumplicidade, solidariedade, foi amplamente divulgado pela imprensa, que, só no estado do Rio de Janeiro, mais dois crimes foram incluídos nas estatísticas e tiveram repercussão nacional. O primeiro ocorreu no dia 24 de dezembro de 2020, quando a Juíza Arronenzi foi morta com 16 facadas desferidas pelo ex-marido, fato ocorrido na frente das três filhas menores de 18 anos, na Barra da Tijuca, quando a vítima foi encontrá-lo para entregar as filhas que iriam passar a noite de Natal com o pai. Cinco dias após esse episódio, tem-se conhecimento de mais um feminicídio. O local da consumação do delito foi o Complexo do Alemão, tendo a vítima, Roberta Pedro de Oliveira, sido morta também por facadas desferidas por seu ex-companheiro, ao retornar à casa para retirar seus pertences. Malgrado os fatos mencionados tenham ocorrido, coincidentemente, no mesmo Estado, essa não é uma realidade isolada do estado do Rio de Janeiro. Fato é que, diariamente, nos deparamos com a incidência do delito de feminicídio em todo o território nacional, conforme será visto oportunamente.

Para além de causar o consternamento e a indignação diante da incidência de tais fatos, esse trabalho se justifica diante da necessidade de se pensar e estudar sobre o assunto, para, a posteriori, promover ações tangíveis capazes de interromper o ciclo da violência doméstica perpetrada contra a mulher, vislumbrando a efetiva garantia dos direitos de igualdade, liberdade, proteção e, sobretudo, a promoção da dignidade da pessoa humana. O fim colimado do presente artigo é abordar aspectos doutrinários atinentes ao delito de feminicídio, bem como acerca do conceito e da incidência da violência doméstica praticada contra a mulher e elencar as ações necessárias para o seu combate

Para tanto, o percurso metodológico utilizado está embasado em pesquisas bibliográficas de caráter descritivo qualitativo, através de uma revisão literária acerca da temática, caracterizada a partir de subsídios encontrados em livros, artigos, dissertações, teses, jurisprudência, seguida da coleta de informações e dados estatísticos, oriundos de órgãos oficiais, priorizando a obtenção de dados atuais.

2 Desenvolvimento

2.1 O fenômeno da violência doméstica contra a mulher e suas facetas

da Violência da Universidade de São Paulo, único responsável pela qualidade e fidelidade da tradução em português.

A incidência da violência doméstica contra mulher advém do processo histórico e social intrinsecamente relacionado ao gênero. Para Saffioti (2001, p.129), o termo gênero: “indica rejeição ao determinismo biológico suposto no uso de palavras como sexo e evidencia que os papéis desempenhados por homens e mulheres são uma construção social.” Esse imaginário social estabelecido atribui diferentes escalas de poder para o homem e para a mulher, sendo concedido e ocupado pelo gênero masculino um lugar privilegiado e de destacado poder, em detrimento da desvalorização e subalternidade feminina.

Infere-se, assim, que a relação de homem e mulher é desvelada para além da diferença anatômica e fisiológica, e a questão de gênero, conseqüentemente, perpassa da ótica meramente biológica, culminando na desigualdade produzida e reproduzida de diferentes formas, garantindo o poder do homem sobre a mulher. Esse cenário é replicado diante da incidência da violência do homem praticado contra a mulher, ficando explícita a “coisificação” desta última, e a equivocada ideia de ser ela propriedade do outro, sendo-lhe supostamente chancelado a possibilidade de agredi-la, desfigurá-la ou matá-la.

Antes do advento da Lei nº11.360/2006 (Maria da Penha), era explícita a autoridade absoluta de um gênero sobre o outro, o poder patriarcal incontestado e a presença da mulher, à margem da proteção integral hoje existente, sendo, essa mulher, fruto de uma educação cerceadora e submissa e considerada incapacitada, desde a mais tenra idade, para prover-se e a seus filhos.

Estudiosas como Saffioti (1994) defende a tese de que a violência contra a mulher, está presente em todas as camadas sociais. Trata-se de um fenômeno democrático porque atinge todas as classes sociais, independente de etnia, raça, idade, religião ou estrato social. Não se furta, entretanto, da seguinte ponderação: “É óbvio que as classes abastadas dispõem de muitos recursos, políticos e econômicos, para ocultar a violência doméstica” (Saffioti, 1994, p. 168).

O Movimento Feminista Brasileiro que surge no século XIX, visando a defesa dos direitos da mulher relacionados à educação, ao direito ao voto e a abolição da escravatura, frente às desigualdades emergentes à época, traz à baila discussões acirradas acerca da equiparação dos direitos entre homens e mulheres que encontram, no Brasil, o devido respaldo jurídico com o advento da Carta Magna de 1988, diante da necessidade de respeito ao princípio basilar da dignidade da pessoa humana.

O Brasil, por reconhecer a importância desse tema, tornou-se signatário de todos os tratados internacionais que objetivam reduzir e combater a violência de gênero.

2.2 A Lei Maria da Penha e suas alterações recentes

A publicação da Lei nº11.360/2006, denominada a Lei Maria da Penha, representa um marco regulatório significativo no âmbito jurídico ao prever, de forma inusitada, a tipificação e definição das modalidades de violência doméstica e familiar contra a mulher, nas suas diversas formas, a saber: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. Emerge como uma possibilidade jurídica, ofertada pelo legislador, oriunda dos movimentos da sociedade civil organizada e com o escopo de resguardar os direitos da mulher, ao estabelecer que a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.

Perfilhando esse entendido, estudiosos como Campos (2010), afirma que a Lei Maria da Penha trouxe consigo um paradigma jurídico novo ao proporcionar uma proteção específica para a mulher.

O Conselho Nacional de Justiça/ CNJ, ao se reportar sobre esse eixo temático, publicou no portal, no dia 24 de Julho de 2020 a seguinte ponderação:

A Conferência das Nações Unidas sobre os Direitos Humanos (Viena, 1993) reconheceu formalmente a violência contra as mulheres como uma das formas de violação dos direitos humanos. Desde então, os governos dos países-membros da ONU e as organizações da sociedade civil estão imbuídos na ideia de adotar as medidas necessárias para eliminar esse tipo de violência, já reconhecida como um grave problema de saúde pública (Portal do CNJ).

Indubitavelmente, a Lei Maria da Penha é inovadora ao incluir, dentre outras medidas, a proibição do estabelecimento de penas pecuniárias, a possibilidade de renunciar exclusivamente perante o Juiz, a retirada da competência para julgamento dos casos de violência doméstica dos juizados especiais criminais com a criação de juizados especializados para o julgamento dos crimes nela previstos, de acordo com o artigo 14 da citada lei. Recentemente, foram estabelecidas novas alterações. A Lei nº 13.641/18, incluiu um novo tipo penal, o art.24-A, referente ao descumprimento de medida protetiva de urgência, conforme previsto abaixo:

Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

§ 1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas.

§ 2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.

§ 3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis.

Em 17/09/19, a Lei nº 13.871/19, acrescentou os §§ 4º, 5º e 6º ao art. 9º da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha) passando a estabelecer o seguinte:

Art.9º

§ 4º Aquele que, por ação ou omissão, causar lesão, violência física, sexual ou psicológica e dano moral ou patrimonial a mulher fica obrigado a ressarcir todos os danos causados, inclusive ressarcir ao Sistema Único de Saúde (SUS), de acordo com a tabela SUS, os custos relativos aos serviços de saúde prestados para o total tratamento das vítimas em situação de violência doméstica e familiar, recolhidos os recursos assim arrecadados ao Fundo de Saúde do ente federado responsável pelas unidades de saúde que prestarem os serviços.

§ 5º Os dispositivos de segurança destinados ao uso em caso de perigo iminente e disponibilizados para o monitoramento das vítimas de violência doméstica ou familiar amparadas por medidas protetivas terão seus custos ressarcidos pelo agressor.

§ 6º O ressarcimento de que tratam os §§ 4º e 5º deste artigo não poderá importar ônus de qualquer natureza ao patrimônio da mulher e dos seus dependentes, nem configurar atenuante ou ensejar possibilidade de substituição da pena aplicada. (NR)

2.3 O impacto da Pandemia de Covid-19 para a incidência do feminicídio

No ano de 2020, com o advento da Pandemia de Covid-19, estabeleceu-se o isolamento social como o mecanismo mais eficaz para combater a sua disseminação. Tal medida, entretanto, exacerbou os conflitos familiares ao impor, à mulher vítima, a sua convivência permanente com o seu agressor no lar, com o gravame de ficar impossibilitada de denunciá-lo, diante do impedimento de se locomover.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos¹⁸ publicou a Declaração 1/20, de 09 de abril de 2020 com o escopo de evocar aos Estados suas obrigações

¹⁸ "A Corte Interamericana de Direitos Humanos é um órgão judicial autônomo que tem sede em San José, Costa Rica, cujo propósito é aplicar e interpretar a Convenção Americana de Direitos Humanos

internacionais com relação ao Covid-19 e aos Direitos Humanos. Nessa seara, estabelece que:

Tendo em vista as medidas de isolamento social que podem levar a um aumento exponencial da violência contra mulheres e meninas nas suas casas, é necessário enfatizar o dever do Estado de devida diligência estrita com respeito ao direito das mulheres a viverem uma vida livre de violência e, portanto, todas as ações necessárias devem ser tomadas para prevenir casos de violência de gênero e sexual; ter mecanismos seguros de denúncia direta e imediata; e reforçar a atenção às vítimas (CIDH- Declaração 1/20).

Com o propósito de buscar subsídios para atender tais demandas, foi instituída a Portaria nº 70, de 22 de abril de 2020, estabelecendo um Grupo de Trabalho destinado à elaboração de estudos para indicações de soluções ao Conselho Nacional de Justiça voltadas a priorizar atendimento às vítimas de violência doméstica e familiar durante o isolamento social em decorrência da pandemia do Coronavírus.

De acordo com a reportagem veiculada no Portal Brasil de Fato, em 10/10/2020, durante a pandemia, mais precisamente, no período entre os meses de março e agosto, uma mulher foi morta a cada nove horas no Brasil, atingindo uma média de três mortes por dia.

O legislador, com o fulcro de promover a celeridade na prestação jurisdicional às mulheres vitimadas, e considerando o aumento de casos de violência doméstica no país promovido por conta do Covid -19, publicou, no dia 08. 07. 2020, a Lei nº 14.022/2020, oriunda do PL 1.291/2020, tendo-se como autora a deputada Maria do Rosário (PT-RS) e mais 22 integrantes da bancada feminina no Congresso.

A relatora, senadora Rose de Freitas (Podemos-ES), ampliou o alcance das medidas também para pessoas com deficiência que sofram violência doméstica e familiar. Em nota veiculada no Portal de notícias do Senado Federal, a senadora assim se pronunciou: “É a construção a favor de uma mulher presa dentro de um cenário, sofrendo as consequências da violência, da cultura machista que ainda perdura. Isso não é pouca coisa” — avaliou Rose, na aprovação do projeto.

e outros tratados de Direitos Humanos. Faz parte do chamado Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos” (<https://pt.wikipedia.org>).

A senadora Soraya Thronicke (PLS-MS), por sua vez, afirmou que no período de isolamento social, houve aumento de 30% no índice de violência doméstica. Durante a votação do texto acrescentou ainda:

O que o projeto traz é justamente a possibilidade de atendimento a essas vítimas de violência, de tornar esse tipo de atendimento essencial. Precisamos estar sempre atentos, porque a violência contra a mulher se encontra em todas as classes sociais e muitas vezes essas mulheres sofrem caladas” — disse Soraya durante a votação do texto (Fonte: Agência Senado).

A nova lei determina o funcionamento ininterrupto de órgãos e serviços de atendimento a vítimas de violência doméstica em todo o país, tornando-os como essenciais. A norma ainda estabelece a proibição da interrupção e da suspensão dos prazos processuais nas hipóteses de incidência de violência doméstica durante a pandemia, incluindo-as como "de natureza urgente".

Estabeleceu também ao poder público o ônus de adotar as ações para garantir a manutenção do atendimento presencial de vítimas de violência, ao promover alterações na Lei Maria da Penha e no Decreto 10.282/2020, que define os serviços considerados essenciais durante a pandemia.

Admite-se a possibilidade do não cumprimento da norma alhures citada, por razões de segurança sanitária. Todavia, a obrigatoriedade do atendimento presencial permanecerá nos casos mais graves; ou seja, quando houver consumação, tentativa ou risco potencial à vítima para os crimes de feminicídio, estupro, estupro de vulnerável, corrupção de menor, satisfação de lascívia com criança e adolescente, lesão corporal grave, dolosa, de natureza gravíssima ou seguida de morte, e ameaça com uso de arma de fogo. Raciocínio similar há de ser adotado na hipótese de descumprimento das medidas protetivas de urgência forem descumpridas.

Também fica garantida a realização prioritária de exames de corpo de delito para crimes que envolvam violência doméstica e familiar.

Outra alteração significativa da norma legal alhures reportada, refere-se à inserção de atendimento *on line*¹⁹, pelos órgãos de segurança pública, de forma a garantir o atendimento a denúncias que cheguem por celular ou computador, inclusive com o compartilhamento de documentos, sendo ainda, estabelecido que as autoridades competentes também poderão adotar medidas protetivas urgentes de

¹⁹ - on line = conectado, em tempo real.

forma *on-line* nos casos em que o agressor tenha que ser afastado imediatamente do lar ou de local de convivência com a vítima.

Conforme consta no Portal Agência Senado, em 08.07.2020:

[...] também poderão ser determinadas pela internet outras medidas como suspensão da posse ou do porte de armas, aproximação ou qualquer contato com a vítima, seus familiares e testemunhas; proibição da presença em locais que possam representar risco à vítima; restrição ou suspensão de visitas a dependentes menores; prestação de alimentos e acompanhamento psicossocial do agressor (Portal Senado/Segurança).

Com o escopo de assegurar a resposta célere das medidas, a norma prevê que juízes, delegados e policiais tem o poder discricionário para avaliar as provas coletadas eletronicamente ou por audiovisual, ainda que sejam exibidas em momento anterior à lavratura do boletim de ocorrência.

Por seu turno, todas as medidas de proteção já em vigor serão automaticamente prorrogadas enquanto durar a pandemia, devendo o agressor ser devidamente avisado quanto à prorrogação, ainda que por meio eletrônico.

A coordenadora do Grupo de Atuação Especial em Defesa da Mulher do Ministério Público da Bahia (Gedem/MP-BA), Dra. Sara Gama, em entrevista concedida no Jornal A Tarde, no dia 21.12.2020, salientou a dissonância existente entre o vanguardismo da Lei Maria da Penha e o contexto social no qual foi constituído o Código Penal, em 1940. Segundo ela:

Uma ameaça, no contexto normal, é vista como algo de menor potencial ofensivo, mas no contexto da violência doméstica, a ameaça adquire uma força muito maior, pois aquele agressor conhece a vítima, sabe a rotina dela, quem são os parentes, onde ela trabalha[...]

2.4 Femicídio: o crime de gênero que persiste

Por seu turno, é oportuno destacar a incidência da modalidade mais grave de violência perpetrada contra a mulher que é a letal. Introduzido no Ordenamento Jurídico Pátrio, através da Lei nº 13.104/2015, o tipo penal denominado feminicídio, para Guilherme Nucci, nada mais é do que uma modalidade de homicídio qualificado, quando a vítima é mulher. Acrescentou-se, assim, o inciso IV ao art. 121, § 2º, do Código Penal, afirmando ser qualificado o crime quando praticado “contra a mulher

por razões da condição do sexo feminino”. Nesse ínterim, teve o legislador a cautela de explicar a condição do sexo feminino, ao estabelecer, no § 2º -A “ I- violência doméstica e familiar; II- menosprezo ou discriminação à condição de mulher” e tornar o crime hediondo , nessas hipóteses.

Trata-se, portanto, de um crime de ódio voltado para o gênero, por razões da condição do sexo feminino. O sujeito passivo do tipo penal é a mulher, independente da sua orientação sexual, tendo o legislador adotado o critério biológico para definir o conceito de mulher. Dessa forma, somente poderá ser considerado sujeito passivo do delito de feminicídio a pessoa portadora de um registro oficial (certidão de nascimento, documento de identidade) onde conste, expressamente, o seu sexo feminino, conforme trouxe à baila o professor Rogério Greco (2015)²⁰ ao comentar o novel jurídico em epígrafe.

Em que pese o esforço legislativo na adoção de medidas para coibir a violência praticada contra a mulher em suas relações domésticas e afetivas, em especial a que ceifa a sua vida, as notícias e os dados disponíveis demonstram o crescente número de casos desta extirpe, gerando inquietações sobre a aplicabilidade e a eficácia da Lei n. 11.340/2006, suas ulteriores modificações, bem como o próprio Código Penal Pátrio.

O Brasil é o 5º país no mundo, em um grupo de 83, em que se matam mais mulheres, de acordo com o Mapa da Violência de 2015, organizado pela Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (Flacso), informação também veiculada pelo Conselho Nacional de Justiça, no dia 24 de Julho de 2020. Só no mês de Dezembro de 2020, sete casos de feminicídio foram veiculados na mídia, a saber: Viviane Ribeiro do Amaral, 45 anos, de Niterói (RJ), Thalia Ferraz, 23 anos, de Jaraguá do Sul (SC), Evelaine Aparecida Ricardo, 29 anos, Campo Largo (PR), Loni Priebi de Almeida, 74 anos, de Ibarama (RS), Ana Paula Porfírio dos Santos, 45 anos, de Recife e Aline Arns, 38 anos, de Forquilha (SC), Roberta Pedro de Oliveira, 26 anos, no Complexo do Alemão (RJ).

Na véspera de Natal, Viviane foi assassinada com 16 facadas desferidas pelo ex-marido, fato ocorrido na frente das três filhas menores de 18 anos; Thalia foi morta a tiros pelo ex-companheiro diante dos parentes; Evelaine não resistiu ao tiro deflagrado pelo namorado durante a ceia; Loni foi atingida na cabeça com um tiro deflagrado pelo ex-companheiro que, em seguida, cometeu o suicídio; No dia 25,

²⁰ A alusão contida no texto encontra-se no artigo “**Feminicídio - Comentários sobre a Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015**” do professor Rogério Greco, Procurador de Justiça do MPMG, Mestre em Ciências Penais pela UFMG, Especialista em Teoria do Crime pela Universidade de Salamanca, Doutor em Direito pela Universidade de Burgos (Espanha), Professor do Curso de pós-graduação em Ciências Penais da FMD da PUC Minas.

Anna Paula foi morta a tiros pelo marido, no interior da residência do casal, fato ocorrido na presença da filha de 12 anos de idade e Aline também foi baleada pelo ex-companheiro, também em casa, no início da noite. No dia 29, Roberta foi morta a facadas pelo ex-companheiro, quando retornou à casa para retirar seus pertences.

A sequência desses episódios repugnantes fomentaram a manifestação do Exmo. Ministro do STF, o Dr. Gilmar Mendes, que, no dia 25 de Dezembro de 2020, assim se manifestou em sua rede social: “O gravíssimo assassinato da juíza Viviane Arronemzi mostra que o feminicídio é endêmico no país, não conhece limites de idade, cor ou classe econômica. O combate a essa forma bárbara de criminalidade cotidiana contra as mulheres deve ser prioritário.”

O presidente do STF e do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), Luiz Fux, ao se referir à morte da juíza Viviane Arronemzi emitiu, em nota pública, o seguinte pronunciamento:

O Supremo Tribunal Federal e o Conselho Nacional de Justiça, por meio do seu Presidente e do Grupo de Trabalho instituído para o enfrentamento da violência doméstica contra a mulher, consternados e enlutados, unem-se à dor da sociedade fluminense e brasileira e à dos familiares da Dr^a Viviane Vieira do Amaral Arronemzi, magistrada exemplar, comprometendo-se, nessa nota pública, com o desenvolvimento de ações que identifiquem a melhor forma de prevenir e de erradicar a violência doméstica contra as mulheres no Brasil.

Tal forma brutal de violência assola mulheres de todas as faixas etárias, níveis e classes sociais, uma triste realidade que precisa ser enfrentada como estabelece a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, Convenção de Belém do Pará, ratificada pelo Brasil em 1995.

Deve ser redobrada, multiplicada e fortalecida a reflexão sobre quais medidas são necessárias para que essa tragédia não destrua outros lares, não nos envergonhe, não nos faça questionar sobre a efetividade da lei e das ações de enfrentamento à violência contra as mulheres. O esforço integrado entre os Poderes constituídos e a sensibilização da sociedade civil, no cumprimento das leis e da Constituição da República, com atenção aos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, são indispensáveis e urgentes para que uma nova era se inicie e a morte dessa grande juíza, mãe, filha, irmã,

amiga, não ocorra em vão. Lamentamos mais essa morte e a de tantas outras mulheres que se tornam vítimas da violência doméstica, do ódio exacerbado e da desconsideração da vida humana. A morte da juíza Viviane Vieira do Amaral Arronenzi, no último dia 24 de dezembro de 2020, demonstra o quão premente é o debate do tema e a adoção de ações conjuntas e articuladas para o êxito na mudança desse doloroso enredo. Pela magistrada Viviane Vieira do Amaral Arronenzi. Por suas filhas. Pelas mulheres e meninas do Brasil.

Segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, no interregno de janeiro a agosto do ano passado, o Estado com maior índice de feminicídio foi São Paulo com 79 casos, seguidos de Minas Gerais, com 64 casos, estando a Bahia, em 3º lugar, com 49 casos.

No Estado da Bahia, conforme informações fornecidas pela Coordenação de Documentação e Estatística da Polícia Civil - CDEP21, no ano de 2020, foram 111 feminicídios registrados, seguidos de 108 tentativas, sendo devidamente distribuídos conforme a tabela abaixo:

²¹ A Coordenação de Estatística da Polícia Civil- CDEP é órgão integrante da Polícia Civil da Bahia responsável pela compilação e divulgação de todos os registros de ocorrências policiais no Estado da Bahia.



GOVERNO DA BAHIA
SECRETARIA DA SEGURANÇA PÚBLICA
POLÍCIA CIVIL DA BAHIA
COORDENAÇÃO DE DOCUMENTAÇÃO E ESTATÍSTICA POLICIAL
REGISTROS DE OCORRÊNCIAS POLICIAIS NO ESTADO DA BAHIA
PERÍODO DE 01/01/2020 a 31/12/2020



PERÍODO	FEMINICÍDIO	TENTATIVA DE FEMINICÍDIO
Janeiro	9	2
Fevereiro	9	1
Março	9	4
Abril	10	4
Maiο	15	6
Junho	6	10
Julho	9	14
Agosto	0	11
Setembro	9	14
Outubro	14	15
Novembro	10	15
Dezembro	11	12
2020	111	108

Fonte: CDEP/SGE/BI
Dados Sujeitos a Correção

Dados coletados em: 15/01/2021 às 17h20min

números retratam a persistência desse crime de gênero, e revelam o aumento significativo dos registros de tentativa de feminicídio no segundo semestre do ano de 2020, com 81 registros de ocorrências em números absolutos, representando um aumento de 200%, se comparado com o primeiro semestre do mesmo ano, quando ocorreram 27 feminicídios. Evidencia-se, assim, que, de fato, o isolamento social imposto pela pandemia é um dos fatores preponderantes para o aludido acréscimo, seja na forma consumada ou tentada. Ressalte-se ainda que os números supra citados revelam apenas os casos que chegaram ao conhecimento de uma Unidade Policial no estado da Bahia. Infelizmente, permanece a denominada "cifra oculta" que são os casos de tentativa de feminicídio e outras modalidades de violência doméstica contra a mulher que permanecem ocultas para a sociedade.

Em recente entrevista concedida ao Jornal A Tarde, a defensora pública Firmiane Venâncio do Carmo, mestra no tema Mulheres, Gênero e Feminismo pela Universidade Federal da Bahia (Ufba), evidencia tratar-se de uma modalidade de crime que não ocorre de inopino. Para ela, o feminicídio é o extremo de "uma violência que vem se mostrando ao longo de anos, ao longo de fases". E acrescenta:

A ameaça é das violências mais graves que uma mulher pode sofrer, porque potencialmente você não sabe se aquele mal prometido vai ser concretizado. De forma igual, as violências psicológicas, as violências morais[...] violências que são tomadas como menores, mas são o começo de algo que pode se agravar e pode ter um desfecho letal como o feminicídio", analisa a defensora (Jornal A Tarde, 21.12.2020).

Em entrevista concedida nas redes sociais no dia 12.01.2021, o Promotor de Justiça, Dr. David Gallo, 22que atua em casos de feminicídio na Bahia, se diz "assustado com o aumento do número de feminicídio e violência doméstica no Estado." E acrescenta: "ocorrem em média de dois a três feminicídios por semana na Bahia. Sem contar vários tipos de violência doméstica, que virou uma praga. Isso se deve à impunidade e à cultura do homem brasileiro, que ainda acha que a mulher é propriedade dele".

2.5 Medidas preventivas de combate ao feminicídio

Reconhecer que é vítima de violência e denunciá-la, indubitavelmente, é o primeiro óbice a ser superado pela vítima. Araújo *et al*, ao se pronunciar sobre as dificuldades para realização da denúncia assim se manifestou:

O momento da denúncia é um momento de ruptura, é um momento onde a mulher admite que sofre violência e precisa de ajuda. Pode ser que nesse momento ela não esteja segura se quer mesmo denunciar e punir seu agressor - às vezes quer só intimidá-lo, na esperança de mudar a relação - que seja, mesmo assim é um movimento importante que pode resultar ou não em mudança.

Nesse sentido, a defensora pública Firmiane, também se pronunciou. Para ela, o registro dos casos é fundamental. Prosseguiu afirmando o seguinte: "Por mais que saibamos que nossas estruturas não são as mais ideais, nós precisamos confiar nessas instituições. E são essas estruturas que acabam evitando que um número maior de feminicídios aconteçam", enfatiza.

Em âmbito nacional, a rede de atendimento e proteção de combate a essa modalidade de delito, tem se fortalecido paulatinamente. Em tempos de pandemia,

²² O Promotor de Justiça da Bahia David Gallo atua há 17 anos no Tribunal do Júri e concedeu a mencionada informação em entrevista concedida ao Jornalista Amaury Ribeiro Júnior, intitulada "Menos de 5% dos feminicídios na Bahia chegam à justiça, diz Promotor ", publicada na seção de noticias.uol.com.br

criou-se o aplicativo “Direitos Humanos Brasil” propiciando a realização de denúncia *on line* de violência de qualquer natureza. Há também os números Disque 100 e Disque 180 que continuam funcionamento mesmo no período da pandemia.

Vale destacar que, não obstante a denúncia seja fundamental, trata-se apenas da ponta do iceberg, posto que é o primeiro passo a ser tomado para que sejam acionados os órgãos que participam da rede de proteção à mulher vítima de violência doméstica. Significa dizer que, ela, de *per si*²³, não atinge o resultado almejado. Necessário se faz que os órgãos governamentais e não governamentais que atuam no combate a essa modalidade de violência, sejam eficazes e, promovam ações hábeis a acolher e interromper o ciclo da violência. Nesse viés, urge pontuar o papel imprescindível dos profissionais da Saúde e da Segurança Pública, por serem, via de regra, os que integram a linha de frente desse ciclo. Como mencionado por Schuengue (2020) 24

[...] fato é que, os profissionais de saúde, sobretudo os que atuam nas unidades de atenção básica, em muitos casos, são o único suporte para essas mulheres. O profissional precisa estar atento e sensível aos sinais que a mulher pode apresentar, como medo, ansiedade, ferimentos incompatíveis com a história, dificuldade em se comunicar, falta de autonomia nas questões da saúde sexual e reprodutiva (Schuengue, 2020).

Os diversos canais de comunicações disponíveis incluindo as redes sociais, e, sobretudo a imprensa, desempenham um papel fundamental para impedir que tais condutas sejam banalizadas, ignoradas e deixem de causar a indignação da sociedade. Não se pode perder a capacidade de se indignar diante da incidência de condutas desta extirpe que, diariamente, afligem as mulheres. Portanto, é fundamental a realização do acolhimento devido, deixando para a vítima a nítida percepção de que não se trata de mais um caso, mas daquele caso específico, que envolve uma mulher e seu histórico, incluindo suas relações familiares, seus sonhos, expectativas futuras, filhos, enfim, a sua vida.

Nessa linha de raciocínio, a gerente de projeto do Instituto AzMina, Marília Moreira, em entrevista concedida ao Jornal A Tarde, no dia 21 de dezembro de 2020, informa que, no Estado da Bahia, a maior parte das vítimas de feminicídio ou tentativa de feminicídio não contavam com medidas protetivas (MPs) e menos de 5% das que contavam com MPs sofreram esse tipo de crime, o que demonstraria a eficácia da ferramenta. Malgrado a importância desse dado, a falta de informação, por vezes,

²³ per si = para sim.

²⁴ Nathália Schuengue é enfermeira pediatra pelo Instituto Fernandes Figueira e mestre em saúde da criança pela Universidade Federal do RJ.

leva muitas mulheres a não procurar esse recurso. E acrescenta: "A maior parte desses agressores é de parentes, companheiros, pais dos filhos dessas mulheres, o que faz com que elas queiram dar um fim na violência que sofrem, mas sem envolver a polícia". É fundamental difundir a possibilidade existente de aplicação de uma medida protetiva autônoma, que permite a solicitação sem necessidade de registrar um boletim de ocorrência.

Nesse ínterim, é oportuno destacar o teor da Lei nº 14.022/2020 que alterou a norma específica, tendo o legislador reconhecido o estado de calamidade pública causado pela pandemia de coronavírus e, como tal, imputou ao poder público o dever de promover uma campanha informativa de prevenção à violência e de acesso a mecanismos de denúncia.

Outra medida de prevenção relevante consiste no investimento na educação formal (escolas, faculdades e universidades) e na seara familiar para que sejam revistos rotineiramente, conceitos referente à cultura do machismo, a igualdade de gêneros, ao respeito ao próximo.

A Comissão Permanente de Políticas de Prevenção às Vítimas de Violências, Testemunhas e de Vulneráveis do Conselho Nacional de Justiça, em 24 de Julho de 2020, publicou, no seu Portal, duas ações principais com o escopo de aprimorar a fiscalização e o cumprimento das decisões judiciais. Tratam-se das campanhas e ações voltadas ao fim da violência contra a mulher e da criação de um Banco Nacional de Medidas Protetivas de Urgência (BNMPU), estabelecendo para o juiz o dever de registrar as medidas protetivas de urgência nesse sistema centralizado de informações, conforme estabelece a Lei 13.827/2019.

Para além das ações mencionadas alhures, a Comissão também teve a cautela de preparar cursos, direcionados aos Juízes, de sensibilização e aprimoramento do atendimento aos cidadãos em temas que envolvam criança e mulheres, vítimas de violência, com a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrado (ENFAM). Conforme consta no Portal de notícias do CNJ,

Uma das principais preocupações é com os julgamentos de casos por magistrados de varas únicas, que acumulam competência e, muitas vezes, não possuem instrumentos para julgar os casos de maneira mais adequada e humana. A capacitação precisa alcançar muito mais juízes, servidores e equipes multidisciplinares, para que todos ajam da forma mais adequada com essas realidades, afirmou Cristiana Ziouva (Portal do CNJ, 2020).

No âmbito da Polícia Civil da Bahia, segundo informações prestadas pela Diretora da Academia de Polícia da Bahia – ACADEPOL25, disciplinas voltadas para a qualidade do atendimento nas Delegacias, em especial naquelas de atendimento à mulher, bem como o estudo epistemológico do teor da Lei Maria da Penha, os temas transversais sugeridos pela norma jurídica, tais como a violência doméstica e familiar contra a mulher, dentre elas, o feminicídio, as peculiaridades do gênero, integram o currículo anual da Escola, bem como o Curso de Formação para os candidatos aos cargos de Investigador, escrivão e delegado de polícia.

Outro mecanismo de prevenção à violência doméstica sofrida por mulheres é o dispositivo conhecido como botão do pânico. Denominado de Dispositivo de Segurança, foi implantado pioneiramente pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo, em 2013. Trata-se de um equipamento fornecido para mulheres que estão sob medida protetiva e que pode ser acionado caso o agressor não mantenha a distância mínima determinada na decisão judicial. Quando acionado, em virtude de perigo iminente de agressão, o equipamento, que conta com um GPS, emite um alerta, com a localização da mulher para uma central de monitoramento, sendo a polícia imediatamente acionada para garantir a segurança da mulher e promover a eventual prisão do agressor. O aparelho também inicia um sistema de gravação do áudio ambiente, que fica armazenado e poderá ser usado, judicialmente, contra o agressor. Segundo a juíza Hermínia Maria Silveira Azoury,²⁶ coordenadora das varas de violência doméstica e familiar contra a mulher do Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJES), “O uso do botão resulta em dois efeitos: inibidor para os agressores e encorajador para as mulheres voltarem às atividades rotineiras, como trabalhar ou mesmo sair à rua”. Conforme dados apresentados pela magistrada, quando implantado o dispositivo na capital, Vitória, foram evitadas 12 mortes de mulheres por violência doméstica.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), varas especializadas nos Tribunais de Justiça do Espírito Santo, São Paulo, Paraíba, Maranhão e Pernambuco mantêm parcerias com governos municipais e estaduais para o uso desse equipamento e promoção do atendimento de segurança.

A tornozeleira eletrônica com dispositivo de aproximação que fica com a mulher constitui outro exemplo de uso da tecnologia preventiva para proteger a mulher vítima de violência doméstica. Ressalte-se que será inserida a tornozeleira no agressor, e disponibilizado, concomitantemente, à vítima um dispositivo que será

²⁵ A aludida informação foi prestada, mediante contato telefônico realizado com a Diretora da Academia de Polícia – ACADEPOL, no dia 10 jan. 2021.

²⁶ A magistrada, Dra. Hermínia Maria Silveira Azoury, é a responsável pela criação do dispositivo “botão do pânico” desenvolvido mediante parceria do TJES com a Prefeitura de Vitória e o Instituto Nacional de Tecnologia Preventiva -INTP.

acionado caso o indivíduo se aproxime da mulher em distância inferior àquela que é permitida. Dessa forma, serão, a vítima e a polícia, alertados.

Conforme publicado no Portal da Câmara dos Deputados, no dia 26/10/20 encontra-se em trâmite na aludida casa legislativa Projeto de Lei 4961/20, de autoria do deputado Geninho Zuliani (DEM-SP) que visa alterar a Lei Maria da Penha e inserir a monitoração eletrônica do agressor, por meio de tornozeleira eletrônica, e o uso de dispositivo portátil de rastreamento do agressor - o chamado "botão do pânico" entre as medidas protetivas de urgência que podem ser decretadas pelo juiz, de imediato, no caso de violência doméstica e familiar.

O autor da proposta, menciona que "essa possibilidade já se encontra regulamentada em diplomas legislativos de natureza infra-legal, como atos e portarias do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de tribunais de Justiça e suas corregedorias e pelas secretarias de administração penitenciária dos Estados". Porém, destaca, "a Lei Maria da Penha infelizmente ainda não contém essa previsão legal."

Todas essas medidas, certamente, visam promover uma maior celeridade na prestação jurisdicional.

3 Considerações finais

A saga da violência doméstica e familiar praticada contra mulher, nas suas mais variadas facetas, tem sido praticada, há séculos no mundo pela sociedade que se recusa a reconhecer a igualdade dos gêneros.

É inegável o reconhecimento da importância da Lei Maria da Penha e suas posteriores alterações por estabelecer um novo paradigma no tratamento dos casos de violência doméstica contra a mulher. Entretanto, os dados exibidos no presente estudo perfunctório, revelam que o flagelo da violência doméstica e familiar praticado contra a mulher é uma realidade latente na sua vida.

No ano de 2020, infelizmente, os números foram mais expressivos por conta da pandemia de Covid-19, sendo alvo específico do presente estudo o feminicídio. Conseqüentemente, exigiu-se dos órgãos governamentais e não governamentais e dos integrantes da rede de proteção um esforço hercúleo, para atuar em prol dessas vítimas diante do novo panorama social delineado. Foram inseridas, no Ordenamento Jurídico Pátrio, novas normas jurídicas reguladoras com o condão de obstar a prática dos mais diversos delitos em desfavor da mulher. Indubitavelmente, houve avanços, mas o caminho a ser trilhado ainda é árduo.

Necessário se faz reorganizar e capacitar os integrantes de órgãos e das instituições públicas que atuam na rede de proteção e assistência à mulher de forma multidisciplinar a fim que tenham o suporte e os subsídios para atender essa demanda crescente, além de investir no requisito empatia, evitando comportamentos e usos de vocábulos hábeis a fomentar a sensação de culpa na pessoa agredida, revitimizando-a. Assim, é condição *sine qua non*,²⁷ garantir a eficácia das políticas públicas existentes e ampliá-las cumprindo o paradigma da proteção integral à mulher previsto na lei específica.

É preciso investir sempre na prevenção e na implementação de uma política educacional, no âmbito institucional e familiar que torne o cidadão cômico acerca da definição de condutas machistas e implemente ações afirmativas que retratem a indignação da sociedade diante desse pálido espectro da dramática situação social, e sejam hábeis a superá-las, afastando, *in totum*, a objetivação do gênero feminino.

Portanto, é imprescindível a realização de uma releitura sociocultural sob a perspectiva dos direitos humanos, a fim de promover e garantir direitos igualitários de ambos os gêneros, respeitando o direito fundamental da dignidade da pessoa humana já dimensionado na Constituição Federal Brasileira.

4 Referências bibliográficas

ARAÚJO, M.F.; MARTINS, E. J. S; SANTOS, A.L.S. **Violência de Gênero e Violência Contra a Mulher**. In: ARAÚJO, M.F.; MATTIOLI, O.C. (orgs). Gênero e Violência. São Paulo: Arte & Ciência, 2004, p.33. Ok

BAHIA, Polícia Civil. **Registro de ocorrências policiais no Estado da Bahia no período de 01/01/2020 a 31/12/2020**. Coordenação de Documentação e Estatística Policial- CDEP. Salvador, 15 jan.2021. (Ok)

BRASIL. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. **Violência Doméstica durante a pandemia de Covid-19**. Ed.2020. Disponível em: forumseguranca.org.br. Acesso em 31 dez.2020.

_____, Câmara dos Deputados. **Projeto prevê “botão do pânico” para mulheres vítimas de violência doméstica**. Brasília, 26 out. 2020. Agência Câmara de Notícias. Disp em : <https://www.camara.leg.br/noticias>. Acesso em 06.01.2021. (OK)

_____, Brasília. Portaria nº. 70 de 22 de abril de 2020. Institui Grupo de Trabalho destinado à elaboração de estudos para a indicação de soluções ao Conselho

²⁷ - on line = conectado, em tempo real.

Nacional de Justiça voltadas à prioridade de atendimento das vítimas de violência doméstica e familiar ocorrida durante o isolamento social em decorrência da pandemia do novo coronavírus – Covid-19. Brasília/ DF, **DJe/CNJ nº 118/2020, de 24 de abr. de 2020, p. 2-3**. Disp. em: <https://atos.cnj.jus.br>. Acesso em: 04 jan. 2021.

BRASIL, Senado Federal. **Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. Relatório Final**. Brasília, jul. de 2013. Disp. Em: <http://www.senado.gov.br>. Acesso: 09 de Dez. 2020.

BRASIL, Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado de n. 293, de 2013**. Altera o Código penal, para inserir o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio. Brasília, Disp. em: <http://www.senado.gov.br/atividade/material/getTexto.asp?>. Acesso em: 02 dez. 2020.

BRASIL, Senado Federal. Lei torna essenciais serviços de combate à violência doméstica. **Senado notícias. Seção Segurança**. Brasília, 08 jul. 2020. Disp em : www.12.senado.leg.br. Acesso em: 10 jan. 2021. (OK)

_____. **Lei nº. 11.340, 07 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha)**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Presidência da República, subchefia para assuntos jurídicos, Brasília, 7 ago.2006. Disp. em: www.planalto.gov.br

_____. **Lei nº13.104, de 09 de março de 2015**. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Brasília, 9 de março de 2015. Disp. em: www.planalto.gov.br. Acesso em 08 jan.2021.

_____. **Lei nº 13.641, de 3 de abril de 2018**. Altera a Lei nº.11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para tipificar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência. Brasília, 3 de abril de 2018. Disp. em: www.planalto.gov.br Acesso em 08 jan 2021.

_____. **Lei nº 13.827, de 13 de maio de 2019**. Altera a Lei nº11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para autorizar, nas hipóteses que especifica, a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial, à mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou a seus dependentes, e para determinar o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça. Brasília, 13 de maio de 2019. Disp. em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao>. Acesso em 08 jan 2021.

_____. **Lei nº 13.871, de 17 de setembro de 2019.** Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para dispor sobre a responsabilidade do agressor pelo ressarcimento dos custos relacionados aos serviços de saúde prestados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) às vítimas de violência doméstica e familiar e aos dispositivos de segurança por elas utilizados. Brasília, 3 de abril de 2018. Disp. em: www.planalto.gov.br. Acesso em 08 jan 2021.

_____. **Lei nº.14.022, de 07 de Julho de 2020.** Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dispõe sobre medidas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher e de enfrentamento à violência contra crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência durante a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, 06 de fevereiro de 2020. Disp. em: www.planalto.gov.br . Acesso em 12 jan.2021.(OK)

_____. Secretaria Especial de Políticas para Mulheres. **Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres.** Brasília: Presidência da República, (sem data).Disp. em: <http://www.spm.gov.br/>. Acesso em: 14 dez. 2020 (OK)

CAMPOS, A. H.. **Violência Institucional de gênero e a novel ordem normativa: inovações processuais na Lei Maria da Penha.** IN: LIMA, Fausto, R; SANTOS, Claudiene (Coords). Violência doméstica: vulnerabilidade e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar. 2ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010. (Ok)

CARNEIRO, A.A; FRAGA, C.K. **A Lei Maria da Penha e a proteção legal à mulher vítima em São Borja, no Rio Grande do Sul: da violência denunciada à violência silenciada.** Rio Grande do Sul, Jun 2012. Disp em: www.scielo.br . Acesso em: 11 jan. 2021.(Ok)

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.**Comissão foca em mulheres na pandemia e em banco de medidas protetivas.** Agência CNJ de Notícias. Brasília, 24 Jul.2020. Disp em:<https://www.cnj.jus.br/> Acesso em: 30 dez. 2020.(Ok)

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Nota do STF e do CNJ em razão do feminicídio da juíza Viviane Vieira do Amaral Arronzenzi.** Agência CNJ de Notícias. Brasília, 25 dez.2020. Disp em:<https://www.cnj.jus.br/> Acesso em: 30 dez. 2020.(Ok)

DECLARACIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 1/20. **Covid19 Y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados com perspectiva de derechos humanos y respetando lãs obligaciones internacionales.** Costa Rica, 09 abr. 2020.Disp em:<https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado>. Acesso em: 04 jan.2021.

DIAS, Maria Berenice, SOUZA, de Ivone M. C. Coelho. **Lei Maria da Penha – sentimento e resistência à violência doméstica**. Rio Grande do Sul, 13 ago.2010. Disp em: www.ibdfam.org.br. Acesso em : 04 jan.2021. (Ok)

DIAS, Maria Berenice – **A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/1006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010. 2ª edição. (Ok)

Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (Flacso). **Mapa da violência 2015**.São Paulo, 2015. Disp. em: <https://www.unifesp.br>. Acesso em: 27 nov.2020. (Ok)

Disp: <https://www.dizerodireito.com.br/> 18.09. 2019 (Comentários da Lei 13.871/19)

FERNANDES, Jane. Bahia ultrapassa marca de 100 feminicídios em 2020. **Jornal A Tarde**, Salvador, 21 dez.2020. Acesso em: 11 jan. 2021. Disp em: www.atarde.uol.com.br. (Ok)

FONSECA, M. F. S.; FERREIRA, M. da L.A.;FIGUEIREDO, R. M. de; PINHEIRO, Á. S. **O feminicídio como uma manifestação das relações de poder entre os gêneros**.

GRECO, Rogério. Feminicídio. **Comentários sobre a Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015**. São Paulo, 2015. Disp em: www.rogeriogreco.jusbrasil.com.br. Acesso em 15 jan.2021 (Ok)

JÚNIOR, Ribeiro Amaury. Menos de 5% dos feminicídios na Bahia chegam à Justiça, diz Promotor. **Seção de blogs e colunas cotidiano**, Salvador, 12 jan. 2021. Disp em: www.noticias.uol.com.br. Acesso em: 13 jan.2021. (OK)

JUSTO, Fred. Ex-marido se entrega e confessa assassinato da mulher a facadas no Alemão, Rio. **Bom dia Rio**. Rio de Janeiro, 30 de 2020. Disp em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia>Acesso em: 01 jan. 2021. (Ok)

MENDES, Gilmar. O gravíssimo assassinato da Juíza Viviane Arronenzi mostra que o feminicídio é endêmico no país. Brasília, 25 dez.2020. **Twitter**: @gilmarmendes. (OK)

NUCCI, Guilherme. **Notas Sobre o Feminicídio**. São Paulo, 18 mar de 2015. Disp. em: <https://guilhermenucci.com.br/notas-sobre-femicidio>. Acesso em: 04 jan 2021.

OLIVEIRA, Sheila. Uma mulher é morta a cada nove horas durante a pandemia no Brasil. **Brasil de Fato**, São Paulo, 10 out. 2020. Direitos Humanos: feminicídio. Disp. em: <https://www.brasildefato.com.br> Acesso em : 07 jan. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Relatório Mundial sobre a Prevenção da Violência.** Traduzido pela FAPESP. São Paulo, 2014. Disp em: apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/145086 (OK)

RODRIGUES, Sandra. **Botão do pânico e tecnologia aliada de mulheres vítimas de violência.** Brasília, 24 out.2016. Agência CNJ de Notícias. Disp em: <https://cnj.jusbrasil.com.br/noticias/398345291>. Acesso em 04.01. 2021 (OK)

SAFFIOTI, H. I. B. **Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero.** *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 16, p. 115-136, 2001.

_____.Violência de gênero no Brasil contemporâneo. In: SAFFIOTI, H. I. B.; VARGAS, M. M. (Orgs.). **Mulher Brasileira é assim.** Rio de Janeiro/Brasília: Rosa dos Tempos/Nipas/Unicef, 1994. p. 151-185.

SCHUNEGUE, Nathalia. **Violência contra a mulher cresce durante pandemia de Covid-19.** Rio de Janeiro, 20 de out. de 2020 Disp em: [www. pebmed.com.br](http://www.pebmed.com.br). Acesso em : 05 jan.2021. (OK)

VADE MECUM RT 2020. Equipe RT. 17ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. (Ok)

VELASCO, Clara; GRANDIN, Felipe; CAESAR, Gabriela; REIS, Thiago. **Assassinatos de mulheres sobem no 1º semestre no Brasil.** Rio de Janeiro, 16 set.2020. Disp. em :<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia>. Acesso em: 16 dez 2020 (Checar se está correto)

Violência contra a mulher: um estigma culturalmente construído (fonte: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0 Autoria? Dta?

RESPONSABILIDADE CIVIL SOLIDÁRIA DO ESTADO NOS DANOS AMBIENTAIS DECORRENTES DA OMISSÃO FISCALIZATÓRIA NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

ANDREZA ALBUQUERQUE AMORE:

Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas. Ocupa o cargo efetivo de técnico previdenciário (especialidade administrativa) da MANAUSPREV. Pós graduada em Direito Público pela Universidade do Estado do Amazonas. Pós graduada em Direito Ambiental e Sustentabilidade pela FAEL - Faculdade Educacional da Lapa.

Resumo: A Constituição Federal tratou como direito fundamental o meio ambiente ecologicamente equilibrado cabendo ao Estado através do seu poder-dever criar instrumentos capazes de controlar o usufruto do meio ambiente. Sob tal escopo surge o licenciamento ambiental como meio de controle para mitigar os impactos ambientais, tendo como principal finalidade avaliar possíveis prejuízos ambientais ao meio ambiente e à coletividade e por meio da discricionariedade que o Estado possui, ponderar os benefícios e malefícios capazes de autorizar ou não a concessão de licenças ambientais. Assim, o Poder Público, através de seus órgãos licenciadores e fiscalizadores concretizam a política ambiental protecionista, capaz de minimizar impactos e aplicar condicionantes aos particulares exploradores. É nessa função que a Administração, mesmo após a concessão de tais licenças, deve fiscalizar e controlar a exploração das obras e atividades licenciadas. O problema surge quando o Poder Público se omite desse dever, passando a compor o polo passivo da ação de reparação, respondendo solidária e objetivamente pelos danos gerados, ressaltando sua execução de forma subsidiária.

Palavras-chaves: Licenciamento Ambiental. Responsabilidade Civil Ambiental do Estado. Omissão Fiscalizatória. Responsabilidade Solidária do Estado. Execução Subsidiária.

Abstract: The Federal Constitution treated the ecologically balanced environment as a fundamental right, and it is up to the State through its power-duty to create instruments capable of controlling the enjoyment of the environment. Under this scope, environmental licensing emerges as a means of control to mitigate environmental impacts, with the main objective of evaluating possible environmental damage to the environment and the community and through the discretion that the State has, to consider the benefits and harms capable of authorizing or not the

granting of environmental licenses. Thus, the Government, through its licensing and supervisory bodies, implements protectionist environmental policy, capable of minimizing impacts and applying constraints to particular explorers. It is in this function that the Administration, even after the granting of such licenses, must supervise and control the exploitation of licensed works and activities. The problem arises when the Government omits this duty, starting to make up the passive pole of the repair action, responding solidly and objectively to the damages generated, emphasizing its execution in a subsidiary way.

Keywords: Environmental Licensing. Environmental Civil Liability of the State. Omission in the inspection. Solidarity Responsibility of the State. Subsidiary Execution.

Sumário: 1. Introdução. 2. O licenciamento ambiental como instrumento de proteção e garantia do equilíbrio ecológico. 3. Omissão do Estado e o dever de reparação ambiental. 4. Casos elucidativos da responsabilização do Estado por danos causados ao meio ambiente decorrentes da omissão fiscalizatória do Poder Público em obras ou atividades licenciadas. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O crescimento e o desenvolvimento das atividades humanas na sociedade capitalista nos leva, cada vez mais, à visão exploradora dos recursos naturais para tal expansão. Em função disto, ao Estado cabe controlar diretamente o acesso e o proveito dos recursos ambientais, surgindo o licenciamento ambiental como principal instrumento deste monitoramento pelo Poder Público, materializando a determinação constitucional de proteção através de tal mecanismo. Assim, ao final do procedimento, o órgão licenciador detém a discricionariedade da concessão das licenças ambientais, estabelecendo limites e impondo aos particulares condições, objetivando a produção mínima de impactos e prejuízos ambientais, baseando-se nos princípios da precaução e da prevenção.

A função do Poder Público de monitorar tais atividades tem como escopo a previsão constitucional no seu artigo 225, no qual assegura a todos o direito de um meio ambiente saudável, cabendo não só ao Estado, mas também à coletividade defendê-lo e preservá-lo. Em continuidade a esse ideal, o legislador determina a realização de estudos prévios de impactos ambientais, incumbindo sua exigência àqueles que pretendam instalar obra ou atividade potencialmente causadora de degradação do meio ambiente, dessa forma, ao longo do procedimento licenciatório há a expedição de três espécies de licenças, sendo em cada etapa, analisadas as circunstâncias para a mitigação dos prejuízos ambientais, devendo ser observado

também o cumprimento pelo particular das condicionantes exigidas ao decorrer do processo de licenciamento ambiental.

Apesar de tal preocupação em evitar significativos danos, as nocividades ao meio ambiente nem sempre são evitadas na sua totalidade, o que nos leva à análise da responsabilização civil em matéria ambiental para que haja a efetiva reparação dos danos sofridos pela coletividade. A ênfase do presente estudo se dá sobre os casos em que houve a omissão fiscalizatória do Estado naquelas atividades que, apesar de licenciadas, geraram prejuízos ao meio ambiente, nesses casos, desde já, ressaltamos o posicionamento da composição solidária do polo passivo tanto pelo particular licenciado quanto pelo Estado em observância da omissão fiscalizatória. Logo, quando este tinha o poder-dever de agir no controle perante o particular, não o fez. Ressalta-se que tal responsabilização, quando falamos na execução para a efetiva reparação, ela deve se dar de forma subsidiária em observância ao princípio do poluidor-pagador e da jurisprudência pátria.

Isto posto, analisaremos no presente trabalho hipóteses concretas dessa composição do polo passivo solidário pelo Estado da demanda reparatória ao meio ambiente em casos em que este deixou de atuar de forma eficaz, sendo desenvolvido através da análise legislativa, teórica e bibliográfica acerca dos conceitos e soluções para a reparação ambiental. Bem como com o estudo jurisprudencial de casos concretos em que é possível observar a composição do polo passível pelo Estado e sua execução de forma subsidiária.

2. O LICENCIAMENTO AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO E GARANTIA DO EQUILÍBRIO ECOLÓGICO

A Constituição Federal de 1988 considerou o meio ambiente como um direito fundamental aos seres humanos²⁸, onde o Estado se viu obrigado a criar métodos de preservação para proteger esse direito difuso relativo à proteção e defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. A partir dessa função atribuída ao Poder Público de monitorar as atividades exploradoras do meio ambiente é que surge o instrumento do licenciamento ambiental, através do qual os órgãos licenciadores detêm a discricionariedade da concessão das licenças ambientais, estabelecendo limites e impondo condições com o objetivo da produção mínima de impactos e prejuízos ambientais. Solidifica essa visão, trecho retirado do site OECO, 2013:

O licenciamento ambiental vem, então, como um importante instrumento de gestão da Administração Pública: por meio dele

²⁸ Art. 225, *caput* da CF. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

é exercido o necessário controle sobre as atividades humanas que interferem nas condições ambientais. Através dele há a conciliação do desenvolvimento econômico com o uso dos recursos naturais, de modo a assegurar a sustentabilidade do meio ambiente, nos seus aspectos físicos, socioculturais e econômicos.

Com esta passagem, é possível observar a forte interligação do instrumento com diversos princípios do direito ambiental. Primeiramente, é importante a conceituação de alguns destes princípios basilares ao Direito Ambiental que norteiam o ideal de prevenção, reparação e de desenvolvimento sustentável.

O princípio da prevenção consiste na ideia do Estado se abster da concessão de licença ambiental frente a análise e concretude da geração de danos graves e irreversíveis ao meio ambiente. Essa certeza se dá através dos estudos que forem capazes de identificar tais prejuízos. Há então a certeza de que tal obra ou atividade gerará um prejuízo para o meio ambiente no qual a reparação não será suficiente para devolver ao meio ambiente sua qualidade saudável. Logo, trata-se da adoção de medidas antecipatórias a fim de evitar a agressão ao meio ambiente. Quando o Poder Público se depara com tal situação, este tem o dever de abster-se da entrega da licença ambiental frente à consagração do princípio da prevenção. Observamos a conceituação exarada por Tiago C. Vaitekunas Zapater (2020, p. 12) na Enciclopédia Jurídica da PUCSP: “O princípio da prevenção [...] atua nos casos em que, segundo a doutrina, há “conhecimento científico” sobre as consequências de determinada atividade.”

Já o princípio da precaução surge quando há incerteza da ocorrência de danos futuros, dessa forma, se o Poder Público possui dúvidas se certa atividade poderá gerar danos ao meio ambiente, deve abster-se da concessão da licença, daí a discricionariedade que ele possui, é ônus do particular que pretende explorar o meio ambiente demonstrar que sua obra ou atividade não ocasionará prejuízos irreversíveis. O princípio da Precaução foi mencionado na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente no seu Princípio 15, *in verbis*:

Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observados pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Dessa forma, tais princípios denotam ínfima ligação com o o procedimento do licenciamento ambiental. É a partir deste instrumento que o Poder Público será capaz de observar se a obra ou atividade irá gerar prejuízos ao meio ambiente, vale ressaltar a elaboração dos Estudos Prévios de Impactos Ambientais e elaboração do Relatório de Impactos Ambientais, meios de estudos da viabilidade da obra ou atividade. Dessa forma, em se tratando de licenciamento ambiental, Édis Milaré (2001, p. 406) conceitua:

[...] constitui importante instrumento de gestão ambiente, na medida em que, por meio dele, a Administração Pública busca exercer o necessário controle sobre as atividades humanas que interferem nas condições ambientais, de forma a compatibilizar o desenvolvimento econômico com a preservação do equilíbrio ecológico.

Outra definição de licenciamento ambiental pode ser encontrada no artigo 1º da Resolução 237 de 22 de dezembro de 1997 do CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente), bem como o de licença ambiental, fazendo desde já a distinção dos dois conceitos, onde o primeiro por se tratar-se de um procedimento administrativo realizado antes da concessão da licença propriamente dita. Sendo a licença ambiental o ato administrativo praticado ao final de cada procedimento.

O licenciamento ambiental, portanto, é considerado um processo de caráter complexo no qual no seu decorrer têm-se a concessão das licenças prévias (estudo da viabilidade do empreendimento), de instalação (autorização da instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes do plano, programas e projetos, incluindo medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem o motivo determinante) e por fim a de operação (autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinadas para operação), tais fases desse procedimento possuem o fito de observar a viabilidade ou não da utilização dos recursos.

Com isto temos o licenciamento ambiental como a forma que o Estado utiliza para garantir o controle da utilização dos recursos ambientais do meio ambiente visando o alcance da determinação de zelo e preservação estipulada pela Constituição Federal, com o objetivo de se alcançar um desenvolvimento econômico de forma sustentável, garantindo o equilíbrio ambiental intergeracional, aquele em que se deve explorar, mas também deve garantir o usufruto dos bens ambientais pelas futuras gerações.

3. OMISSÃO DO ESTADO E O DEVER DE REPARAÇÃO AMBIENTAL

Após todo o procedimento do licenciamento ambiental e as concessões das licenças ambientais pelo Poder Público, o Estado continua tendo o dever de acompanhar tal exploração dos recursos ambientais. Na verdade, trata-se de um poder-dever, onde o Poder Público através do poder de polícia ambiental se torna o ator principal no que tange ao controle e fiscalização da utilização do meio ambiente pelos exploradores.

Este poder-dever é visível quando se entrega à Administração a possibilidade de modificar ou até retirar a licença ambiental anteriormente concedida, essa faculdade está prevista no artigo 19 da Resolução nº 237/1997 do CONAMA. Logo, havendo interesse do Poder Público para manter a proteção ao meio ambiente, pode ele por meio de ato discricionário alterar ou recolher a licença anteriormente concedida. É o que chamamos de precariedade das licenças ambientais, pois o particular explorador não está protegido pelo direito adquirido em detrimento de uma proteção muito mais notável, qual seja, a preservação do meio ambiente.

Assim, é tamanho o dever do Estado de agir quando verificar mudança nas circunstâncias, devendo proceder a revisão, suspensão ou cancelamento da licença, daí que decorre o tal poder de polícia, Édis Milaré (2015, p. 836) bem resume:

[...] “enquanto as condições fixadas pela licença ambiental atenderem ao fim maior que é a preservação do meio ambiente saudável, será mantida; caso deixe de atendê-lo, a licença deverá ser revista. Infere-se, portanto, que a licença ambiental é dotada, implicitamente, de uma verdadeira cláusula *rebus sic standibus*, ou seja, se as condições originais que deram ensejo à concessão da licença mudarem, esta também pode ser alterada ou até retirada.” Sim, porque o Direito Ambiental, para cumprir sua missão de tutela ao interesse público, poderá, a todo tempo, impor medidas antipoluição e instalações em operação, sob pena de se violarem os princípios da precaução e do poluidor-pagador e, *in pejus*, perpetuar o direito de poluir.

O problema surge quando o Estado não cumpriu ou cumpriu com deficiência seu dever fiscalizatório (omissão) nas obras e atividades licenciadas e estas geraram algum prejuízo ao meio ambiente. Nesses casos, se há a inexistência de cautelas de fiscalização que colabora para a produção do dano ambiental, estará presente o nexo de causalidade do evento que ocasionará na concretude da responsabilidade objetiva do Estado. É o entendimento de que o Estado deve participar do polo

passivo da ação reparadora ao meio ambiente quando este deixou de atuar ou atuou de forma falha.

Este posicionamento é corroborado, por exemplo, com o julgado no Resp. 1.071/SP, 2ªT.,j.24.04.2009, rel. Min. Herman Benjamin, Dje 16.12.2010, assim emendado:

Danos ambientais. Responsabilidade solidária. A questão em causa diz respeito à responsabilização do Estado por danos ambientais causados pela invasão e construção por particular, em unidade de conservação (parque estadual). A Turma entendeu **haver responsabilidade solidária do Estado quando, devem do agir para evitar o dano ambiental, mantém-se inerte ou atua de forma deficiente. A responsabilização decorre da omissão ilícita, a exemplo a falta de fiscalização e de adoção de outras medidas preventivas inerentes ao poder de polícia, as quais, ao menos indiretamente, contribuem para provocar o dano, [...]** (grifos nossos)

Assim, nos casos de omissão estatal onde esteja presente a inexistência de cautelas de fiscalização que colaboram para a produção do dano ambiental, estará presente o nexo de causalidade do evento aplicando a ideia da responsabilização objetiva perante o Estado, por expressa determinação legal dos artigos 3º, IV c/c 14, §1º da Lei nº 6.938/8129 e com apoio do artigo 225, parágrafo 3º da Constituição Federal de 198830, ressaltando-se que quando tratamos da reparação do dano em matéria ambiental esta se dar de forma integral.

No que tange a execução do Estado, ela deve ser aplicada de forma Acrescenta-se ainda a aplicação subsidiária, ainda que responda de forma solidária com o poluidor direto. Este raciocínio é que proporciona ao Estado uma limitação na

29 Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: [...] IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;

Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:[...] § 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

30 Art. 225, § 3º da CF: 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.

co-responsabilização com o particular, assim o Poder Público integra o título executivo, mas somente será chamado para quitação efetiva da dívida nos casos de insolvência, ausência de patrimônio, incapacidade ou impossibilidade de cumprimento. Isso porque me parece justo que se crie uma ordem de execução, estando em primeira escala de cobrança aquele que prejudicou de forma direta o meio ambiente, cabendo o Estado adentrar na reparação propriamente dita, apenas nos casos em que houve algum defeito no momento da reparação. O Estado, entraria numa posição secundária de execução por ter participado indiretamente do dano ambiental.

Com este entendimento, mitiga-se a possibilidade injusta de punição da própria sociedade quando se transfere a esta o ônus reparatório de um dano causado pela omissão do ente. Confirmando esta elucidação, observa-se o julgamento do Resp. 1.071/SP, 2ªT.,j.24.04.2009, rel. Min. Herman Benjamin, Dje 16.12.2010:

No caso de omissão de dever de controle e fiscalização, a responsabilidade ambiental solidária da Administração é de execução subsidiária (ou com ordem de preferência). (...) A responsabilidade solidária e de execução subsidiária significa que o Estado integra o título executivo sob a condição de, como devedor-reserva, só ser convocado a quitar a dívida se o degradador original, direto ou material (= devedor principal) não o fizer, seja por total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta, assegurado, sempre, o direito de regresso (art. 934 do Código Civil), com a desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do Código Civil).

O objetivo, portanto, é estabelecer uma ordem preferencial na cobrança da reparação na execução do crédito ambiental, incluindo o Estado como responsável solidário, mas excluindo-o da "linha de frente" do pagamento compensatório, o que gera a efetiva aplicação do princípio do poluidor-pagador, aproximando a condenação daquele que efetivamente causou a degradação ambiental.

4. CASOS ELUCIDATIVOS DA RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO POR DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE DECORRENTES DA OMISSÃO FISCALIZATÓRIA DO PODER PÚBLICO EM OBRAS OU ATIVIDADES LICENCIADAS

Para fortalecer o entendimento exposto pela doutrina acerca do tema, colaciono alguns casos em que é possível observar a aplicação do direito acima evidenciado em casos concretos:

PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. ADOÇÃO COMO RAZÕES DE DECIDIR DE PARECER EXARADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. ART. 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 4.771/65. DANO AO MEIO AMBIENTE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO. ARTS. 3º, IV, C/C 14, § 1º, DA LEI 6.938/81. DEVER DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO.

1. A jurisprudência predominante no STJ é no sentido de que, em **matéria de proteção ambiental, há responsabilidade civil do Estado quando a omissão de cumprimento adequado do seu dever de fiscalizar for determinante para a concretização ou o agravamento do dano causado pelo seu causador direto**. Trata-se, todavia, de responsabilidade subsidiária, cuja **execução poderá ser promovida caso o degradador direto não cumprir a obrigação**, "seja por total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, por qualquer razão, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta, assegurado, sempre, o direito de regresso (art. 934 do Código Civil), com a desconsideração da personalidade jurídica, conforme preceitua o art. 50 do Código Civil" (REsp 1.071.741/SP, 2ª T., Min. Herman Benjamin, DJe de 16/12/2010).

2. Examinar se, no caso, a omissão foi ou não "determinante" (vale dizer, causa suficiente ou concorrente) para a "concretização ou o agravamento do dano" é juízo que envolve exame das circunstâncias fáticas da causa, o que encontra óbice na Súmula 07/STJ.

3. Agravos regimentais desprovidos. (grifos nossos)³¹

AMBIENTAL. UNIDADE DE CONSERVAÇÃO DE PROTEÇÃO INTEGRAL (LEI 9.985/00). OCUPAÇÃO E CONSTRUÇÃO ILEGAL POR PARTICULAR NO PARQUE ESTADUAL DE JACUPIRANGA. TURBAÇÃO E ESBULHO DE BEM PÚBLICO. DEVER-PODER DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL DO ESTADO. OMISSÃO. ART. 70, § 1º, DA LEI 9.605/1998. DESFORÇO

31 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.001.780 – PR (2007/0247653-4). Relator Ministro Teori Albino Zavascki. Primeira Turma, julgado em 27/09/2011, DJe 04/10/2011; Disponível: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteireteor/?num_registro=200702476534&dt_publicacao=04/10/2011 Acesso em: 21/11/2017.

IMEDIATO. ART. 1.210, § 1º, DO CÓDIGO CIVIL. ARTIGOS 2º, I E V, 3º, IV, 6º E 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981 (LEI DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE). CONCEITO DE POLUIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DE NATUREZA SOLIDÁRIA, OBJETIVA, ILIMITADA E DE EXECUÇÃO SUBSIDIÁRIA. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. [...]

4. Qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador, público ou privado, no Direito brasileiro a responsabilidade civil pelo dano ambiental é de natureza objetiva, solidária e ilimitada, sendo regida pelos princípios do 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. Precedentes do STJ.

5. Ordinariamente, a responsabilidade civil do Estado, por omissão, é subjetiva ou por culpa, regime comum ou geral esse que, assentado no art. 37 da Constituição Federal, enfrenta duas exceções principais. Primeiro, **quando a responsabilização objetiva do ente público decorrer de expressa previsão legal, em microsistema especial, como na proteção do meio ambiente (Lei 6.938/1981, art. 3º, IV, c/c o art. 14, § 1º).** Segundo, quando as circunstâncias indicarem a presença de um standard ou dever de ação estatal mais rigoroso do que aquele que jorra, consoante a construção doutrinária e jurisprudencial, do texto constitucional.

6. O dever-poder de controle e fiscalização ambiental (= dever-poder de implementação), além de inerente ao exercício do poder de polícia do Estado, provém diretamente do marco constitucional de garantia dos processos ecológicos essenciais (em especial os arts. 225, 23, VI e VII, e 170, VI) **e da legislação, sobretudo da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente** (Lei 6.938/1981, arts. 2º, I e V, e 6º) e da Lei 9.605/1998 (Lei dos Crimes e Ilícitos Administrativos contra o Meio Ambiente). [...]

13. A Administração é solidária, objetiva e ilimitadamente responsável, nos termos da Lei 6.938/1981, por danos urbanístico-ambientais decorrentes da omissão do seu

dever de controlar e fiscalizar, na medida em que contribua, direta ou indiretamente, tanto para a degradação ambiental em si mesma, como para o seu agravamento, consolidação ou perpetuação, tudo sem prejuízo da adoção, contra o agente público relapso ou desidioso, de medidas disciplinares, penais, civis e no campo da improbidade administrativa.

14. No caso de omissão de dever de controle e fiscalização, a responsabilidade ambiental solidária da Administração é de execução subsidiária (ou com ordem de preferência).

15. A responsabilidade solidária e de execução subsidiária significa que o Estado integra o título executivo sob a condição de, como devedor-reserva, só ser convocado a quitar a dívida se o degradador original, direto ou material (= devedor principal) não o fizer, seja por total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta, assegurado, sempre, o direito de regresso (art. 934 do Código Civil), com a desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do Código Civil). [...] 18. Recurso Especial provido. (grifos nossos)³²

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE DO CAUSADOR DO DANO – AGENTE QUE EFETUOU A ESCAVAÇÃO IRREGULAR – E DO ENTE PÚBLICO, EM FACE DE SUA INEQUÍVOCA OMISSÃO FISCALIZATÓRIA. EM FACE DA NATURAL/ESPONTÂNEA RECUPERAÇÃO DA VEGETAÇÃO, HÍGIDA A SENTENÇA QUE CONDENOU OS DEMANDADOS À REALIZAÇÃO DE PROJETO DE RECUPERAÇÃO LOCAL, EM COSSONÂNCIA COM AS CONSTATAÇÕES DO PERITO. APELO DESPROVIDO.³³ AÇÃO

32 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL N° 1.071.741 – SP (2008/0146043-5). Relator Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma, julgado em 24/03/2009; DJe 16/12/2010; Disponível

em:https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801460435&dt_publicacao=16/12/2010; Acesso em: 21/11/2017.

33 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível N° 70052956109, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Silveira Difini, Julgado em 24/04/2013, Dje 07/05/2013. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112852304/apelacao-civel-ac-70052956109-rs> . Acesso em 21 de fevereiro de 2021.

CIVIL PÚBLICA. DANO CAUSADO AO MEIO AMBIENTE. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ENTE ESTATAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. RESPONSÁVEL DIRETO E INDIRETO. SOLIDARIEDADE. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. ART. 267, IV DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. 1. Ao compulsar os autos verifica-se que o Tribunal a quo não emitiu juízo de valor à luz do art. 267 IV do Código de Ritos, e o recorrente sequer aviou embargos de declaração com o fim de prequestioná-lo. Tal circunstância atrai a aplicação das Súmulas nº 282 e 356 do STF. 2. O art. 23, inc. VI da Constituição da República fixa a competência comum para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que se refere à proteção do meio ambiente e combate à poluição em qualquer de suas formas. No mesmo texto, o art. 225, caput, prevê o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. 3. **O Estado** recorrente tem o **dever de preservar e fiscalizar** a preservação do meio ambiente. **Na hipótese, o Estado, no seu dever de fiscalização, deveria ter requerido o Estudo de Impacto Ambiental e seu respectivo relatório, bem como a realização de audiências públicas acerca do tema, ou até mesmo a paralisação da obra que causou o dano ambiental.** 4. O repasse das verbas pelo Estado do Paraná ao Município de Foz de Iguaçu (ação), a **ausência das cautelas fiscalizatórias no que se refere às licenças concedidas e as que deveriam ter sido confeccionadas pelo ente estatal (omissão)**, concorreram para a produção do dano ambiental. Tais circunstâncias, pois, **são aptas a caracterizar o nexo de causalidade do evento, e assim, legitimar a responsabilização objetiva do recorrente.** 5. Assim, independentemente da existência de culpa, **o poluidor, ainda que indireto (Estado-recorrente)** (art. 3º da Lei nº 6.938/81), **é obrigado a indenizar e reparar o dano causado ao meio ambiente (responsabilidade objetiva).** 6. Fixada a legitimidade passiva do ente recorrente, eis que preenchidos os requisitos para a configuração da responsabilidade civil (ação ou omissão, nexo de causalidade e dano), ressalta-se, também, que tal responsabilidade (objetiva) é solidária, o que legitima a inclusão das três esferas de poder no polo passivo

na demanda, conforme realizado pelo Ministério Público (litisconsórcio facultativo). 7. Recurso especial conhecido em parte e improvido.³⁴

(grifos nossos)

5. CONCLUSÃO

O meio ambiente preservado e saudável é tratado pelo ordenamento jurídico brasileiro como um direito fundamental do cidadão e, sobretudo, das futuras gerações. Justamente para garantir esta previsão legislativa criou-se o mecanismo do licenciamento ambiental, instrumento realizado pela autoridade competente capaz de conceder ou não as licenças ambientais a fim de controlar a utilização dos recursos naturais disponíveis à exploração.

É notório o interesse da coletividade consubstanciado nesse bem comum, uma vez que o meio ambiente é assegurado pela Lei Maior. Assim, embora a licença ambiental seja um ato administrativo vinculado, no licenciamento ambiental deve haver uma verdadeira discricionariedade pelo ente administrativo concedente, frente aos princípios da Prevenção e da Precaução, uma vez que ao Estado foi atribuído o dever constitucional de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Ressalta-se que para que haja uma verdadeira preocupação com o meio ambiente, estudos de impactos ambientais são importantes para a análise dos possíveis impactos e geração de danos ambientais, dessa forma, através destes é possível a estipulação de condicionantes ao particular e medidas mitigadoras dos prejuízos ao meio ambiente visando sempre o menor impacto ambiental possível, mas sempre ponderando a preservação como desenvolvimento econômico.

Com efeito, sendo dever de o Estado constituir um meio ambiente ecologicamente equilibrado, a figura do licenciamento de atividades pela Administração Pública acarreta sua responsabilidade pelos danos ambientais, de conformidade com a teoria objetiva, quando presentes os pressupostos da ação ou omissão, dano ambiental, nexa causal e qualidade do agente.

Portanto, levando em consideração que a regra é a responsabilidade objetiva, ao expedir licenças ambientais o Estado estará assumindo a responsabilidade pela reparação dos eventuais danos ambientais decorrentes, ainda que solidariamente

34 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL 604725 – PR. (2003/0195400-5). Relator Ministro CASTRO MEIRA. Segunda Turma. Julgado em 21/06/2005. DJe 22/08/2005. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200301954005&dt_publicacao=22/08/2005. Acesso em 21/02/2021.

com o poluidor direito, frente ao risco assumido na concessão da licença. A presença da legitimidade do ente público assumir o polo passivo para tal reparação do dano encontra-se ainda mais presente quando há a omissão estatal no seu dever de fiscalização e controle da atividade ou obra licenciada.

Assim, em análise a jurisprudência em matéria ambiental dos casos em que se observa a responsabilidade civil do Estado quando há omissão de cumprimento adequado do seu dever de fiscalizar, pode-se concluir que ela se dá de forma objetiva, solidária tendo ainda que demonstrar que a ausência da fiscalização foi determinante para a concretização ou agravamento do dano causado. Uma importante observação a se fazer, é que a execução deste dever reparatório se dá de forma subsidiária, deixando assim ao poluidor direito a execução primária a fim de concretizar a utilização do princípio do Poluidor-Pagador.

6. REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Política Nacional do Meio Ambiente- PNMA: Comentários sobre à lei 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BORGES, Guiomar Theodoro. **Responsabilidade do Estado por dano ambiental. Revista Amazônia Legal de estudos sócio-jurídico-ambientais.** Cuiabá. Ano 1, n. 1, jan/jun 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 5 de outubro de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL 604.725** – PR. (2003/0195400-5). Relator Ministro CASTRO MEIRA. Segunda Turma. Julgado em 21/06/2005. DJe 22/08/2005. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200301954005&dt_publicacao=22/08/2005. Acesso em 21 de fevereiro de 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL N° 1.071.741** – SP (2008/0146043-5). Relator Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma, julgado em 24/03/2009; DJe 16/12/2010; Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801460435&dt_publicacao=16/12/2010>. Acesso em: 21 de novembro de 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível N° 70052956109**, Relator: Luiz Felipe Silveira Difini. Primeira Câmara Cível, julgado em 24/04/2013, Dje 07/05/2013. Disponível em: <<https://tj->

rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112852304/apelacao-civel-ac-70052956109-rs> .
Acesso em 21 de fevereiro de 2021.

CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. **Resolução n. 237 de 22 de dezembro de 1997**. Regulamenta os aspectos de licenciamento ambiental na Política Nacional do Meio Ambiente. Diário Oficial da União n 247, de 22 de dezembro de 1997. Disponível em: <
https://www.icmbio.gov.br/cecav/images/download/CONAMA%20237_191297.pdf
> Acesso em: 21 de fevereiro de 2021.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. 2. ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MILARÉ, Édis **Direito do Ambiente** - 10 ed. rev. Atual e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

OECD. **O que é Licenciamento Ambiental**. Disponível em:
<<https://www.oeco.org.br/dicionario-ambiental/27321-o-que-e-licenciamento-ambiental/>> Acesso em 21 de fevereiro de 2021.

ZAPATER, Tiago C. Vaitekunas. **Princípio da Prevenção e Princípio da Precaução**. Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo VI (recurso eletrônico): direitos difusos e coletivos / coords. Nelson Nery Jr., Georges Abboud, André Luiz Freire- São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020. Disponível em: <
https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/principio-da-prevencao-e-principio-da-precaucao_5f1e37df9afc0.pdf> . Acesso em: 21 de fevereiro de 2021.

A COMPLEXIDADE DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

ALESSANDRO ROGÉRIO YOSHIDA:

Bacharelado em Direito pela
Universidade Brasil.

ADEMIR GASQUES SANCHES.

(orientador)

RESUMO: O presente artigo versa sobre o crime organizado, buscando debater seus atributos conceituais e avaliando-o do ponto de vista dos aspectos de segurança. O problema norteador do trabalho é compreender o fundamento e as consequências da interação entre autoridade e crime organizado, analisando, de um lado, as implicações da criminalidade organizada para a soberania e, de outro, as ações governamentais e internacionais para controlar essas organizações. Nesse sentido, argumentamos que as capacidades de poder acumuladas pelo crime, na medida em que o próprio processo de consolidação do Estado impede que as organizações criminosas possam almejar substituírem o Estado, são funcionais ao seu objetivo primário de enriquecimento ilícito. O desenvolvimento do crime organizado é parte constituinte da estrutura social, mantendo uma relação parasitária com a ordem estabelecida. Como o crime organizado tem implicações negativas sobre a capacidade de o Estado prover segurança e bem-estar para a sociedade, debatemos as ações policiais, judiciárias e de inteligência a que recorrem os governos como meio para controlar as organizações criminosas. No âmbito internacional, verifica-se que há cooperação na matéria, mas que essa agenda não configura um ambiente de cooperação irrestrita, visto que, assim como internamente, há interesses divergentes e assimetria na distribuição dos custos e dos benefícios da ação conjunta.

Palavras-chave: Crime Organizado – Segurança – Narcotráfico – Atores Não Estatais – Políticas de Segurança.

ABSTRACT: This article deals with organized crime, seeking to debate its conceptual attributes and evaluating it from the point of view of security aspects. The guiding problem of the work is to understand the basis and consequences of the interaction between authority and organized crime, analyzing, on the one hand, the implications of organized crime for sovereignty and, on the other, the government and international actions to control these organizations. In this sense, we argue that the capacities of power accumulated by crime, insofar as the state's consolidation process itself prevents criminal organizations from seeking to replace the state, are functional to their primary objective of illicit enrichment. The development of organized crime is a constituent part of the social structure, maintaining a parasitic relationship with the established order. As organized crime has negative implications

for the State's ability to provide security and well-being for society, we discussed the police, judicial and intelligence actions that governments use as a means of controlling criminal organizations. At the international level, it appears that there is cooperation in the matter, but that this agenda does not constitute an environment of unrestricted cooperation, since, as well as internally, there are divergent interests and asymmetry in the distribution of costs and benefits of joint action.

Keywords: Organized Crime - Security - Drug Trafficking - Non-State Actors - Security Policies

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. 2.1. Do Conceito aos Tipos de Organização Criminosa. 3 COMPLEXIDADE DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. 4 CRIME ORGANIZADO E O ESTADO. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 INTRODUÇÃO

A existência de criminalidade organizada não é uma particularidade dos “tempos modernos”. Como precursor da ideia de organizações criminosas, na França e na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII, os contrabandistas e os piratas que atuavam nos saques aos navios mercantes já dispunham de um grande esquema de trabalho, incluindo receptadores das mercadorias saqueadas (BALTAZAR, 2008, p. 11).

Este modo de agir foi “exportado” aos Estados Unidos do início do século XX, e copiado em vários outros países, na formação de grupos especializados como a Yakuza Japonesa, as Tríades Chinesas, os jovens turcos de Cingapura, os novos bandos do Leste Europeu (GOMES, 1997, p. 67).

No Brasil, citam-se como exemplo de organização criminosa os cangaceiros que se organizavam de forma hierárquica e tinham por atividades o saque às vilas, fazendas e pequenas cidades, na extorsão, de dinheiro, mediante a ameaça de ataques e pilhagem, ou o sequestro de pessoas importantes. Relacionavam-se com fazendeiros e chefes políticos influentes e contavam com a colaboração de policiais corruptos que lhes forneciam armas e munição (SILVA, 2003, p. 25). Para outros, teve início com o “jogo do bicho”, caracterizando-a como a primeira infração organizada do país (CAMPOS, 2004, p.7).

A associação é mafiosa quando os que fazem parte se valem da força de intimidação do vínculo associativo e da condição de submissão e de “omertà” (a lei do silêncio) que disso deriva para cometer delitos, para obter de modo direto ou indireto a gestão ou de qualquer modo o controle de atividades econômicas, de concessões, contrato e serviços públicos ou para tirar proveitos ou vantagens injustas

para si ou terceiros, relatando assim desde o século passado, na Itália, a alteração do Código Penal, em se tratando de Organização Criminosa.

Enquanto no Brasil a influência dessa orientação se deu pela relação político-ideológica. Originando a Lei nº 9.034/95.

A doutrina majoritária, bem como a jurisprudência é categórica em assegurar e elencar as dificuldades em se definir o instituto da organização criminosa mencionado na legislação brasileira.

A Organização Criminosa sob a pesquisa bibliográfica em 18 artigos e 3 livros atuais referem sobre a Complexidade do Assunto e sua discussão no Código Penal do Brasil, com muitas discussões no Senado Brasileiro, referindo a Projetos de Leis. Analisar a complexidade da Organização Criminosa em nosso país dentro da sua história e evolução é o objetivo deste trabalho, trazendo para discussão a mais atualidade para o combate da mesma.

2 ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

2.1. Do Conceito aos Tipos de Organização Criminosa

O conceito de organização criminosa é complexo e controverso, tal como a própria atividade do crime nesse cenário. Não se pretende obter uma definição tão abrangente quanto pacífica, mas um horizonte a perseguir, com bases seguras para identificar a atuação da delinquência estruturada, que visa ao combate de bens jurídicos fundamentais para o Estado Democrático de Direito (NUCCI, 2019).

Sendo de extrema importância a relevância da conceituação de organização criminosa, não somente para fins do emponderamento acadêmico, mas pelo fato de se ter criado um tipo penal específico para punir os integrantes dessa modalidade de associação.

No surgimento da Lei 12.694/12, definiu organização criminosa para o Direito Penal interno, anunciando no seu art. 2º:

Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena". máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

A Lei 12.850/13 definiu no § 1º organização criminosa como sendo a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional (Cunha et.al, 2020).

No Brasil as organizações criminosas ganharam novos rumos com a incorporação ao ordenamento pátrio da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida também por Convenção de Palermo, a qual foi citada internamente pelo Decreto Presidencial 5.015/2004, sendo seu conceito citado de “grupo criminoso organizado” (art. 2.º, “a”).

Acalorada discussão doutrinária surgiu a partir da vigência da Convenção, especialmente em razão de que a redação original do art. 1.º, VII, da Lei 9.613/19983 (Lavagem de Dinheiro) previa como crime a conduta de “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime: (...) VII – praticado por organização criminosa” (Marçal et al, 2018).

O Federal Bureau of Investigations (FBI) define crime organizado como qualquer grupo que tenha uma estrutura formalizada cujo objetivo seja a busca de lucros através de atividades ilegais. Esses grupos usam da violência e da corrupção de agentes públicos. Já a Academia Nacional de Polícia Federal do Brasil enumera 10 características do crime organizado: 1) planejamento empresarial; 2) antijuridicidade; 3) diversificação de área de atuação; 4) estabilidade dos seus integrantes; 5) cadeia de comando; 6) pluralidade de agentes; 7) compartimentação; 8) códigos de honra; 9) controle territorial; 10) fins lucrativos.

Winfried Hassemer afirma que dentre as características de atuação das organizações criminosas estão à corrupção do Judiciário e do aparelho político (Ziegler, 2003, p.63). Tokatlian (2000: p. 58 a 65) constata que na Colômbia as organizações criminosas atuam de modo empresarial, procuram construir redes de influência, inclusive com as instituições do Estado, e, conseqüentemente, estão sempre em busca de poder econômico e político.

Mingardin (1996: p. 69) aponta quinze características do crime organizado. São elas: 1) práticas de atividades ilícitas; 2) atividade clandestina; 3) hierarquia organizacional; 4) previsão de lucros; 5) divisão do trabalho; 6) uso da violência; 7) simbiose com o Estado; 8) mercadorias ilícitas; 9) planejamento empresarial; 10) uso da intimidação; 11) venda de serviços ilícitos; 12) relações clientelistas; 13) presença da lei do silêncio; 14) monopólio da violência; 15) controle territorial.

De todas as características aqui listadas, pode se observar, que, de todas as fontes, a única que não listou a conexão com o Poder Público como forte característica da criminalidade organizada foi a Polícia Federal Brasileira.

Podemos chegar à conclusão que de todas as características listadas, é de destacar, sem dúvida, a *conexão com o Poder Público* como aquela que mais evidencia os traços da criminalidade verdadeiramente organizada, inclusive com a capacidade de realização de fraudes difusas, o alto grau de operacionalidade e a constante mutação são características que ressaltam nas organizações criminosas.

Em 1995 o Brasil editou a Lei 9.034 a qual dispunha sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

Apesar de muito apresentável e memorável, a iniciativa veio acompanhada de falhas, chamando à atenção a ausência de definição do próprio objeto da Lei: organização criminosa.

Redigindo assim: "(...) grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concentradamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material" (CUNHA et al, 2020).

O tipo de organização criminosa está previsto nas seguintes condutas alternativas: promover, gerando ou originando, difundido, fomentando, constituir, formando, organizando ou compondo e financiar, custear, sustentar dar sustendo a algo ou integrar, tomando parte, juntando ou completando.

Há casos concretos de menores de 18 anos que são os líderes da quadrilha, enquanto os maiores não passam de subordinados. Aliás, na nova redação do art. 288, parágrafo único, do CP prevê-se, nitidamente, a participação de crianças e adolescentes. Igualmente, a previsão da causa de aumento do art. 2.º, § 4.º, I, da Lei 12.850/2013 (NUCCI, 2019).

Organização criminosa e quadrilha ou bando são institutos distintos.

A Organização Criminosa não foi definida penalmente e a quadrilha ou bando, constante, no Código Penal, Título IX - Dos Crimes Contra a Paz Pública.

A "Quadrilha ou Bando" (CP, art. 288) é Crime contra a Paz Pública. Sendo assim o Direito Penal está aberto ao mundo com suas definições de tipos legais de

crime, colocam-se como axioma jurídico. Politicamente, de conteúdo diverso de acordo com a orientação histórica dos Estados.

3 COMPLEXIDADE DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

A Lei 12.850/2013 modificada em sua redação do referido art. 288 do Código Penal, eliminou o título (quadrilha ou bando), que, de fato, há tempos era defasado e inapropriado, considerando a terminologia adequada como “associação criminosa”.

A criança não integra nem associação criminosa nem outra forma de organização, por completa falta de inteligência do que isso significa, porém muitas vezes vem sendo usada como instrumento para o cometimento de algum delito. Quanto ao agente infiltrado, não há como computá-lo para constituir o número mínimo de quatro integrantes, pois a sua intenção é eliminar a organização e não dela fazer parte.

O objetivo da Lei 12.850/2013 é a definição de organização criminosa. A partir disso, determinar tipos penais a ela relativos e como se dará a investigação e a captação de provas para eventual investigação e processo criminal.

A revogada Lei 9.034/1995, que cuidava do crime organizado, não trazia um tipo penal incriminador. Assim sendo, a única maneira de se criminalizar qualquer conduta associativa para a prática delituosa dava-se pelo tipo penal do art. 288 do Código Penal (quadrilha ou bando).

As penas previstas – reclusão, de 3 a 8 anos, e multa – são elevadas, não admitindo transação ou suspensão condicional do processo. Em caso de condenação, quando do delito não violento, é possível aplicar pena alternativa até 4 (quatro) anos de reclusão. Comporta os regimes: aberto, semiaberto e fechado, dependendo do caso concreto, conforme os elementos do art. 59 do Código Penal.

Fica expressa a adoção do sistema da acumulação material, punindo assim o integrante da organização criminosa, com base no delito previsto no art. 2.º da Lei 12.850/2013, juntamente com todos os demais delitos eventualmente praticados para a obtenção de vantagem ilícita, somando assim as penas.

O comportamento criminoso e a delinquência são frutos de um processo de aprendizagem:

O comportamento delituoso se aprende do mesmo modo que o indivíduo aprende também condutas e atividades lícitas, em sua interação com pessoas e grupos, e mediante um complexo

processo de comunicação. O indivíduo aprende não só a conduta delitiva, senão também os próprios valores criminais, as técnicas comissivas e os mecanismos subjetivos de racionalização (justificação ou autojustificação) do comportamento desviado (MOLINA, 2008, 306).

No contexto das facções penitenciárias, o Comando Vermelho, que surge a partir da Falange Vermelha, se ocupou, além de comandar os presídios no Rio de Janeiro, de dominar o tráfico de entorpecentes nos morros cariocas (AMORIN, 2003, p.101).

Somente após os episódios envolvendo o Primeiro Comando da Capital (PCC), em São Paulo, nova fórmula de combate ao crime organizado penitenciário tornou-se necessária.

O fato de estas organizações criminosas nascerem dentro do próprio sistema penitenciário demonstra que o modelo Panóptico, idealizado por Jeremy Bentham, perde a sua estruturação, posto que os próprios presos começam a deter o controle, relegando ao Estado a observação dos comportamentos ao invés de controlá-los (CAMPOS, 2004, p.17).

Contudo, quatro anos após a aprovação da Lei 7.210/84 (Lei de Execuções Penais) e da reforma do Direito Penal lastreado em pensamentos ligados as ressocializações (Lei 7.209/84), a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inc. XLIII apontaria à possibilidade de qualificar condutas, com a supressão de direitos, mediante lei ordinária. Em 1990 é publicada a Lei 8.072, nominada de Lei dos Crimes Hediondos, recrudescendo o tratamento a certos tipos penais pré-existentes, criando novas qualificadoras e causas especiais de aumento de pena, adotando, dentre outras restrições de garantias constitucionais, a impossibilidade de progressão de regime, seguindo à risca os ensinamentos do movimento “Lei e Ordem” (SILVA, 2003, p. 45/46).

A partir dos acontecimentos de 2001, na tentativa de assegurar a disciplina e a ordem do sistema prisional, a Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo edita duas resoluções: a Resolução 26, que estreia a experiência do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), sendo aplicada aos líderes e integrantes das facções criminosas, e a Resolução 49, cujo objetivo foi o de restringir o direito de visita e as entrevistas dos presos com seus advogados. (CARVALHO, 2007, p. 273).

No Estado do Rio de Janeiro, a primeira experiência de Regime Disciplinar Diferenciado ocorre em dezembro de 2002, por ocasião da rebelião no Presídio de Bangu I, liderada por Fernandinho Beira-Mar. (CARVALHO, 2007, p. 273).

De acordo com Paulo César Busato:

A imposição de uma fórmula de execução de pena diferenciada segundo características do autor relacionadas com “suspeitas” de sua participação na criminalidade de massa não é mais do que um “Direito Penal do Inimigo”, quer dizer, trata-se da desconsideração de determinada classe de cidadãos como portadores de direitos iguais aos demais a partir de uma classificação que se impõe desde as instâncias de controle. A adoção do Regime Disciplinar Diferenciado representa o tratamento desumano de determinado tipo de autor de delito, distinguindo evidentemente entre cidadãos e “inimigos” (BUSATO, 2004, p. 139).

A lógica do Direito Penal do Inimigo, conforme Busato revitaliza o modelo de Direito Penal Do Autor, estabelecendo a identificação do inimigo e sua neutralização ou contenção. Neste contexto, afirma, que o Regime Disciplinar Diferenciado:

Não é dirigido aos fatos e sim à determinada classe de autores. Busca-se claramente dificultar a vida destes condenados no interior do cárcere, mas não porque cometeram um delito, e sim porque, segundo o julgamento dos responsáveis pelas instâncias de controle penitenciário, representam um risco social ou administrativo ou são suspeitas de participação em bandos ou organizações criminosas (BUSATO, 2004, p. 140).

A constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado não foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Contudo o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem admitido como legítima a ação do Estado com o fim de efetivar a segurança nos estabelecimentos penais, podendo, para tanto, que os seus direitos possam ser restringidos em nome das liberdades públicas, atendido o princípio da proporcionalidade:

HABEAS CORPUS. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. ART. 52 DA LEP. CONSTITUCIONALIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. NULIDADE DO PROCEDIMENTO ESPECIAL. REEXAME DE PROVAS. IMPROPRIEDADE DO WRIT. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA NÃO RECONHECIDA.

1. Considerando-se que os princípios fundamentais consagrados na Carta Magna não são ilimitados (princípio da

relatividade ou convivência das liberdades públicas), vislumbra-se que o legislador, ao instituir o Regime Disciplinar Diferenciado, atendeu ao princípio da proporcionalidade. 2. Legítima a atuação estatal, tendo em vista que a Lei n.º 10.792/2003, que alterou a redação do art. 52 da LEP, busca dar efetividade à crescente necessidade de segurança nos estabelecimentos penais, bem como resguardar a ordem pública, que vem sendo ameaçada por criminosos que, mesmo encarcerados, continuam comandando ou integrando facções criminosas que atuam no interior do sistema prisional liderando rebeliões que não raro culminam com fugas e mortes de reféns, agentes penitenciários e/ou outros detentos e, também, no meio social. (HC 40300 / RJ; HABEAS CORPUS 2004/0176564-4, v.u., Ministro Relator. Arnaldo Esteves Lima, 22/08/2005, RT 843/549)

Portanto, conforme se depreende pelo atual texto do art. 52, § 2º da LEP para se enquadrar o preso no RDD sua conduta poderá estar tipificada como formação de quadrilha ou simplesmente que faça parte de organização criminosa. Ora, conforme anteriormente mencionado, enquanto a Lei de Crime Organizado cuida de procedimentos processuais a ser ministrado nas fases investigatórias, o caráter introduzido pelo regime diferenciado é sancionatório.

O Tribunal de Justiça de São Paulo tem entendido principalmente após os ataques orquestrados pelo PCC em maio de 2006 naquele estado, que o simples fato de o preso fazer parte de organização criminosa já o qualifica para ser enquadrado no RDD:

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - PRÁTICA DE FALTO PREVISTO COMO CRIME DOLOSO - FALTA GRAVE - FUNDADAS SUSPEITAS DE ENVOLVIMENTO OU PARTICIPAÇÃO DO REEDUCANDO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA - ALTO RISCO PARA A ORDEM E A SEGURANÇA DO ESTABELECIMENTO PENAL E PARA A SOCIEDADE - INCLUSÃO DO PRESO NO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO - CABIMENTO. Cabível a inclusão do custodiado em regime disciplinar diferenciado, quando há fundadas suspeitas de envolvimento ou participação do reeducando em organização criminosa, com a subversão coletiva da ordem e a prática de crimes dolosos, mesmo estando custodiado, representando ele alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento prisional e para a sociedade.

(Agravo de Execução Penal 990090224410. 4ª Câmara de Direito Criminal. Relator: Willian Campos, j. 16/06/2009)

As tendências em considerar como organização criminosa, as facções surgidas no interior do sistema penitenciário, de acordo com as características doutrinárias e jurisprudenciais apontadas no conceito de crime organizado, desde que inseridas no arcabouço do tipo penal estabelecido no art. 288 do CP. Em recente decisão o Tribunal de Justiça de São Paulo, em análise referente aos ataques do PCC ocorridos em maio de 2006 classificou a conduta dos agentes neste sentido:

ACORDAM, em do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL A FIM DE CONDENAR (...). A (DOZE) ANOS DE RECLUSÃO EM REGIME INICIAL FECHADO, COMO INCURSOS NO ARTIGO 8º, CAPUT, DA LEI Nº 8.072/90, COMBINADO COM O ARTIGO 288, PARÁ- GRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL; (...) Pela incursão no artigo 8º, caput, da Lei nº 8.072/90 (formação de quadrilha para os fins e cometimento de crimes hediondos e equiparados), fixadas penas basais no máximo, em 06 (seis) anos de reclusão. Com efeito, neste acórdão foram relatados diversos homicídios qualificados perpetrados pela facção, alguns inspirados em divergências internas, mas muito deles fazendo vítimas autoridades públicas, sobretudo policiais, o que pode levar o Estado Democrático à convulsão pelo irremediável abalo a um de seus pilares. Organizações como essa servem a projetos que em última análise aguilhoam a soberania do Estado brasileiro. Não se pode abrir espaço à desestabilização e ao aviltamento das instituições ligadas à Segurança Pública (por extensão, inclusive, as Forças Armadas, pois as Polícias Militares são "forças auxiliares e reserva do Exército" - Constituição Federal, artigo 144, § 6º), porque com o desmoronamento delas poderão fenecer a justiça, a liberdade, a igualdade e todos os atributos que, vigentes nos povos civilizados, são imensamente caros à nação esplêndida e ainda jovem que precisamos preservar a qualquer custo. Sob ótica similar também não pode ser tido como corriqueiro o ataque em massa realizado em maio de 2006, quando a capital de São Paulo, sacudida pelo caos, lançada ao horror, quase submergindo à guerra civil, assistiu a saques, depredações, suspensão de aulas e de jornadas laborais, "toque de recolher" e inclusive à eliminação de mais de trinta policiais militares. Apelação nº 993.07.026199-

4. 3ª Câmara de Direito Criminal. Relator: GERALDO WOFLRES, j. 25/05/2010).

Até aqui é possível observar que os métodos de integração e de interpretação das normas jurídicas admitem a doutrina e a jurisprudência como fontes do Direito Penal, à segurança jurídica é necessária à caracterização das organizações criminosas atentando-se ao Princípio da Legalidade no seu sentido mais amplo.

Aliado aos princípios constitucionais estar atendo à realidade apresentada em nosso país. É certo que, do contexto histórico dos crimes organizados vê-se características comuns à sua existência nas mais diversas regiões do mundo, porém cada local com suas particularidades.

4 CRIME ORGANIZADO E O ESTADO

A questão em tela é o liame das organizações criminosas com o Estado. E de modo indireto com a sociedade, a fim de pontuar em qual aspecto o desenvolvimento das organizações repercute na autoridade política do Estado.

O crime organizado está inserido em uma complexa e dinâmica matriz na qual a sociedade é vítima de suas demonstrações violentas de força e ainda beneficiária dos bens e serviços que dele se origina, por diversos motivos, entre eles a vulnerabilidade e necessidade das sociedades das quais possuem *"domínio"*.

Tokatlián (1994) aponta uma considerável ambivalência em relação a questão comercial a qual se verifica em diversos âmbitos, por exemplo: os fluxos monetários da lavagem de dinheiro são perseguidos pelo governo, mas garantem abundantes divisas que, em casos como a Bolívia nos anos 1980, podem ser decisivas para a balança de pagamentos. O amadurecimento econômico do crime organizado nutre-se dessa ambiguidade que media sua relação com o Estado, as empresas e outros setores da sociedade.

Estabelecido o tipo de ameaça representada pelo crime organizado para o Estado e o sistema de Estados, devem-se levar em consideração as ações das forças de segurança para controlar e desestruturar essa organização. Três observações se fazem necessárias. Primeiro, o imperativo de atuar contra o crime organizado não advém apenas da constatação abstrata de sua ilegalidade, mas consideravelmente da verificação prática de que ele gera insegurança às comunidades em que se perfaz, além de restringir serviços públicos e participação política nas mesmas. Segundo, da constatação de que as relações entre o crime organizado e a sociedade são de tipo parasitário, resultando em objeções contrárias a passividade.

O fato de entender o crime organizado como uma parte do sistema político e econômico não implica dizer que o mesmo se faz imutável ou benéfico. Quanto mais preparado o poder público estiver para lidar com as organizações criminosas e seus efeitos colaterais, proporcionalmente menor será o poder dessas organizações e mais o Estado e a sociedade poderão dedicar esforços a outros temas, sobretudo o provimento de bem-estar e o desenvolvimento, não deixando com que a preocupação com tais organizações tomem conta do topo da lista das agendas-públicas. Terceiro, a disposição em inserir o crime organizado nos estudos internacionais não pode conduzir a um viés disciplinar na avaliação das iniciativas necessárias à sua repressão.

Não há como falar em violência suburbana no Brasil hoje sem levar em consideração que parte significativa disso tudo é conectado ao tráfico de drogas, que por sua vez se liga ao tráfico de armas e a lavagem internacional de dinheiro que é financiadora dessa rede criminosa em quase toda sua dimensão.

A cooperação dos países para assegurar o bom funcionamento judicial deve ser mútua, a eficácia de suas decisões e as obrigações universais de direitos humanos reconhecidos por Tratados Internacionais e Constituições atuais é tema comum de tais ordenamentos.

A intensificação dos Tratados e Acordos Internacionais tem por o objetivo a troca de informações rápidas, e a execução de sentenças e mandados de prisão além de integrar agências investigativas, do Ministério Público e agências judiciais, de modo a superar claramente o conceito de território investigativo, perseguição e soberania processual, assim alcançar resultados com esforços nacionais em cooperação com a sociedade.

Portanto, esse tipo de sistema de cooperação internacional geralmente ocorre por meio do cumprimento de cartas rogatórias, do sistema de reconhecimento de sentenças estrangeiras (reconhecendo o princípio do respeito aos direitos adquiridos e das sentenças) e de solicitação de assistência judiciária, que permite executar por autoridades estrangeiras em certas jurisdições, como investigações ou instrução de ações legais em territórios estrangeiros, da extradição e transferência de prisioneiros.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise superficial do fenômeno da criminalidade organizada permite considerar que a sociedade atual agregou às sensações de insegurança isolada e individual as ameaças de fontes difusas, móveis, ágeis e penetrantes nas várias esferas da vida comum. Organização criminosa possui o mesmo caráter organizacional, já que possui um grande preparo e maestria que, em alguns casos,

conseguem passar por companhias legítimas, por meio da lavagem de dinheiro, empresas fantasmas, atividades ilícitas envolvendo pirataria, exploração humana, contrabando e sonegação, fraudes financeiras e correspondente trânsito ilícito de valores, investimentos suspeitos, atuações sociais duvidosas, financiamento de campanhas visando influências nos partidos políticos e seus representantes, além do patrocínio de candidatos a concursos públicos visando favorecimentos e infiltração nas instituições estatais, dentre outras atividades criminosas, tudo isso em uma complexa rede de inter-relações e fluxo intensos com características comuns.

A criminalidade organizada está, pois, presente no dia -a- dia de todos e através dos seus constantes e sutis mecanismos de fragilização do Estado, relacionando-se com qualquer atividade que possibilite a obtenção de lucro fácil e utilizando-se da corrupção, intimidação e violência para tanto, sendo tais características comuns a diversas manifestações criminosas organizadas na história.

Em contrapartida, algo que contribui para o aumento dessa adversidade é a gama de territórios, bem como o alto número de membros do exército do tráfico. Entretanto, essa não é a causa do narcotráfico, mas apenas uma consequência da negligência governamental brasileira, uma vez que excluídos, em boa parte, não dispõem de uma estrutura social para seu pleno desenvolvimento acadêmico e, posteriormente, profissional. Dessa forma, eles ficam tentados à proposta financeira do negócio ilegal, isto é, trata-se da incompetência das autoridades em cumprir as leis civis previstas na Constituição, logo, proporcionando maior qualidade de vida.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CUNHA R. S. et. al., **Crime Organizado**: comentários à lei 12.850/2013. Revista Ampliada, 2020.

CERNICCHIARO L. V., **Organização Criminosa**: Brasília; 2006.

MARÇAL V., MASSON C., **Crime Organizado**. Editora Forense, 2018.

NUCCI G. S., **Organização Criminosa**. Editora Forence, 2019.

POLIMENO D. C., **Organização Criminosa**: Controvérsias de Interpretação e Aplicabilidade na Execução Penal. 2011.

SALVADORI S. et. al., **Democracia e Crime Organizado**: os poderes fáticos das organizações criminosas e a sua relação com o Estado. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2019.

SILVA, C. D. M. **Lei de drogas comentada**. 2. ed. São Paulo: APMP- Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

TOKATLIÁN, Juan Gabriel. **Drogas, dilemas y dogmas: Estados Unidos y la narcocriminalidad organizada en Colombia.** Bogotá: Tercer Mundo, 1994.

PENSÃO ALIMENTÍCIA NA MAIORIDADE

INGRID DOMINGUES DE ANDRADE:

Estudante do curso de Direito pelo IESB-
Instituto de Ensino Superior de Bauru

ANDREA LUÍZA ESCARABELO SOTERO³⁵

(orientadora)

RESUMO: O objetivo desta pesquisa é apresentar as situações em que o alimentando, mesmo após atingir a maioridade, deve continuar a receber pensão alimentícia. O estudo foi realizado por meio de pesquisa epistemológica que tem como objetivo à investigação de conceitos sob um ponto de vista dogmático, tendo como base a investigação em *sites*, jurisprudências e artigos sobre o assunto. Para situar as questões envolvidas no assunto, foram apresentados os conceitos e tipos de alimento a que o menor tem direito. Em seguida foi estabelecido quem tem direito a receber e quem deve pagar a pensão alimentícia, bem como informado as circunstâncias em que ocorre a cessão da prestação de alimentos. Finalmente, discorreu-se sobre o foco deste artigo que é a prestação de alimentos para filhos maiores de 18 anos, as circunstâncias em que o familiar é exonerado da obrigação e situações em que deve permanecer o pagamento da pensão – estas últimas por apresentação de jurisprudências. Entendeu-se, por meio deste estudo, que a maioridade – por si só – não obriga findar a prestação de alimentos ao filho.

Palavras chave: Direito de Família. Guarda dos filhos. Pensão alimentícia. Alimentos para filhos maiores.

ABSTRACT: The objective of this research is to present the situations in which the person feeding, even after reaching the age of majority, should continue to receive alimony. The study was carried out through epistemological research that aims to investigate concepts from a dogmatic point of view, based on research on websites, jurisprudence and articles on the subject. To situate the issues involved in the subject, the concepts and types of food to which the minor has direct were presented. Then it was established who has the right to receive and who should pay the alimony, as well as informed the circumstances in which the provision of maintenance occurs. Finally, the focus of this article was discussed, which is the provision of food for children over 18 years of age, the circumstances in which the family member is released from the obligation and situations in which the payment of the pension must

35 Docente mestre do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru.

remain - the latter by presenting case law . It was understood, through this study, that adulthood - by itself - does not oblige the child to stop providing food.

Keywords: Family Law. Child custody. Alimony. Alimony for older children.

1 INTRODUÇÃO

O sustento de uma criança é dever dos pais, com isso entende-se que os pais devem satisfazer as necessidades vitais da criança, tais como alimentação, moradia, educação e saúde.

Os pais que vivem numa relação conjugal têm essa obrigação expressa no cotidiano dos filhos, provendo suas necessidades. Os pais que se separam acabam por dissociar a autoridade pelos filhos, ou seja, ela fica dividida. Nesse momento, o sustento passa a ser feito por meio de uma pensão alimentícia, que fica sob a responsabilidade do genitor não guardião.

Se, em algum momento, ocorre qualquer discussão sobre valores, forma de pagamento e quando esse dever é exonerado, faz-se necessário recorrer ao Poder Judiciário, através de ação própria.

O Direito de Família, responsável pelas premissas dessa responsabilidade, atualmente tem discutido se é oportuno ou não manter a pensão alimentícia para indivíduos que atingiram a maioridade. Assim, as circunstâncias em que esse dever deve ou não permanecer é o tema deste artigo.

Para melhor entendimento desse assunto, este estudo tem o objetivo de apresentar a opinião de diversos autores sobre a possibilidade de se manter os alimentos aos filhos maiores, bem como apresentar as situações em que isso é possível.

Inicialmente serão apresentados os conceitos e tipos de alimentos, seguido pelos pressupostos de quem tem o direito a eles e de quem é o dever de pagar. Para iniciar o foco deste estudo, serão abordados, superficialmente, casos em que o não guardião – ou parente direto – pode cessar a prestação de alimentos.

Finalmente, a análise dos autores pesquisados sobre a maioridade civil e o direito aos alimentos, demonstrando casos em que não se exonera o alimentante ao pagamento de pensão ao filho maior.

2 ALIMENTOS - CONCEITO E TIPOS DE ALIMENTOS

Marques (2007) conceitua alimentos como todos os aspectos que envolvam de sustento, englobando alimentação, vestuário, calçado e habitação, para

aqueles que não têm capacidade de satisfazer a estas necessidades por si mesmo, sendo que, normalmente, esse termo é associado à menores de idade.

Nas palavras do autor

Alimentos são obrigações de prestação de coisa (de dare, in casu, traduzidas em obrigações pecuniárias), ou de facto (de facere) que visam satisfazer o sustento, a habitação, o vestuário e, bem assim, se o alimentando for menor, a sua instrução e educação (MARQUES, 2007, p. 32).

Conforme os artigos 1874 e 1878 do CC, a assistência de um pai para com seu filho é a contribuição das despesas familiares e, caso não morem juntos, é necessária a prestação de alimentos. Afinal é dever dos pais zelar pela saúde, segurança, educação e sustento, além de representá-los mesmo antes de seu nascimento nos interesses dos filhos, bem como administrar seus bens (MARQUES, 2007).

Com relação a valores, o autor considera importante que o cálculo do pagamento mensal considere as necessidades da criança antes da separação dos cônjuges, a fim de proteger a qualidade de vida também do menor, pensando que a separação seria a causa da perda parcial da qualidade de vida e que o menor também sofreria parte dela.

Feres-Carneiro (2003) mencionam que na Grécia, o pai era responsável pelos alimentos, pois esse ato era visto como obrigação moral, levando em consideração a mulher viúva ou divorciada, esta que poderia receber o dote novamente na Grécia e na Idade Média, quando era o dever de alimentos associados também a noção de criação e educação dos filhos, e até de caridade em determinado momento, como era no direito romano, e não uma obrigação.

Leite (2003) informa que a Pensão Alimentícia (PA) se instalou no Brasil com a emenda constitucional 9, de 1977, quando foi introduzido o divórcio na sociedade - o que foi requisitado pela sociedade e contrária à Igreja que considera a união religiosa indissolúvel. Assim entende-se que a obrigação da PA refere-se ao processo de separação conjugal, independente do período em que o casal permaneceu junto.

O autor aponta que a denominação alimentos não se restringe à alimentação do menor, mas significa sustentar e cumprir com suas obrigações de pai, as quais são educar, assistir e criar os filhos menores. Portanto, as obrigações variam entre educação, sustento e guarda, sendo assim, os termos alimento e sustento têm grande diferença: a obrigação do sustento é a do fazer.

Carvalho e Paulo Neto (2007) corroboram que a pensão alimentícia é livre das relações conjugais, mas sim uma consequência da procriação, uma vez que é obrigação dos pais sustentar os filhos, englobando sua alimentação, educação, moradia e saúde.

Há mais de um entendimento sobre a natureza jurídica dos alimentos, já que não advém somente do direito de família, mas podendo ser por via de testamento, contrato ou até mesmo de forma ilícita (DIAS, 2011).

Autora menciona que os alimentos podem ser naturais ou civis, sendo que são considerados naturais são os imprescindíveis à subsistência, como saúde, alimentação, roupa. Já os civis englobam os considerados como necessidades intelectuais e morais, como a recreação e educação do beneficiário, ou seja, os necessários para a manutenção da condição social.

Gagliano e Pamplona Filho (2011) concordam conceituando os alimentos civis como os custos da manutenção da vida social alimentando, enquanto que os naturais visam prover suas necessidades básicas. Além disso, ambos podem provir de várias relações, mesmo que não de parentesco, como testamento, por exemplo.

Pereira (2018) conceitua os principais tipos de pensão alimentícia.

Compensatória: seu fundamento é eliminar a diferença econômico/financeira dos ex-cônjuges, causada pelo fim da conjugalidade. Esse equilíbrio tem finalidade compensatória e reparadora.

Avoenga: é a pensão paga pelos avós.

Alimentos gravídicos: Conforme sugere, o nome se refere às necessidades da mãe durante a gestação e também nas despesas do parto. A pensão deve considerar não só necessidades de saúde física, mas também psicológica, exames, medicamentos, internação, dentre outros, conforme o artigo 2º da Lei nº 11.804/08, abrangendo também necessidades pessoais e personalizadas. Este tipo de alimento irá perdurar até o nascimento da criança, sendo alterada para pensão alimentícia de menor até sua revisão, lembrando que, caso haja presunção de paternidade, estes alimentos poderão ser disponíveis em favor da criança, bem como seu requerimento aos supostos avós paterno.

Provisórios: Segundo a Lei de Alimentos – Lei nº 5.478/68 – são os alimentos que ficarão disponíveis temporariamente no início da ação, conforme as provas e argumentos dos requerentes e as condições deles, até que se finalize a ação e os alimentos possam ser definidos.

Naturais: naturais ou necessários são os alimentos que suprem o básico para a sobrevivência do alimentado, sem considerar condição social e padrão de vida do mesmo, abrangendo alimentação, moradia, saúde, transporte e educação e sendo estabelecidos após análise.

Transitórios: muito comum em casais separados, os alimentos transitórios são caracterizados por estarem disponíveis temporariamente, visto que os alimentados precisam dele apenas por um tempo pré-determinado ou até os cônjuges retornarem à estabilidade financeira.

Venosa (2006) corrobora que, de acordo com as finalidades, os alimentos dividem-se entre regulares e provisórios, sendo o segundo pagos de forma periódica, enquanto que o primeiro advém de um divórcio/separação/alimentos e é pago conforme comprovada a necessidade ao longo do processo e mesmo após um, através da Ação Revisional de Alimentos.

Pensando no tempo, os alimentos podem ser classificados conforme o momento de entrega, então caso tenham sido pagos após o início da ação, são classificados como futuros, e se forem antes são classificados como pretéritos, lembrando que apenas os futuros são considerados pela lei no momento da ação, pois é com ela que se identifica a necessidade da pensão.

Outra forma de classificar alimentos é a forma como são prestados, podendo ser através de pensão periódica ou providenciando sustento e hospedagem ao alimentado, sendo esta admitida somente envolvendo união estado ou casamento, sendo ambas definidas por um juiz (VENOSA, 2006).

O autor complementa e descreve as características legais dos alimentos, como segue:

- **Direito pessoal e intransferível:** em vista de defender a vida do alimentado, o direito de receber alimentos não pode ser transferido ou passado a terceiros.

- **Irrenunciabilidade:** apesar de poder não praticar o direito de receber os alimentos, conforme o artigo 1.707 do CC, ao alimentando não pode renunciar este direito, sendo permitido fazê-lo somente aos valores vencidos e não pagos.

- **Impossibilidade de restituição:** não há direito de restituir os alimentos, salvo em caso de erro sobre a pessoa, ou seja, o pagamento ter sido feito por indivíduo que não o devia.

- Incompensabilidade: como a finalidade dos alimentos são a sobrevivência do alimentado, não é permitida a compensação ao devedor.

- Impenhorabilidade: não pode penhorar os alimentos, pois são designados à sobrevivência do necessitado.

- Impossibilidade de transação: trata-se do caráter pessoal do direito de alimentos e por isso impede a transação dos mesmos, a menos que estes já estejam disponíveis.

- Imprescritibilidade: uma vez que o direito de receber alimentos se dá pela situação atual, não há uma prescrição para prestação alimentar, apesar do prazo de dois anos que o artigo 206, parágrafo 2º do CC redige.

- Variabilidade: baseando-se na questão econômica, o pagamento pode variar, pensando em ambos os lados da ação.

- Periodicidade: visa garantir a estabilidade através de um pagamento periódico, não podendo os alimentos serem pagos apenas uma vez ou que o tempo entre as datas seja longo.

- Divisibilidade: ato de dividir o valor estabelecido da pensão, ou seja, o repartir – entre mais de um parente do necessitado – a responsabilidade de alimentar, caso a situação financeira do responsável seja difícil.

3 O DIREITO A RECEBER ALIMENTOS E O DEVER DE PAGAR

Venosa (2006) indica que, segundo o artigo 1.695 do Código Civil, os alimentos são devidos quando quem o procura não pode se sustentar, mas quem se responsabiliza por fornecê-los deve poder fazê-lo sem se prejudicar financeiramente.

Com isso, entende-se que a Ação de Alimentos visa garantir que o alimentado tenha suas necessidades atendidas, mas de forma que não prejudique o fornecedor, ou seja, o alimentante não pode passar necessidade com intuito de dar continuidade no fornecimento de alimentos. Sendo assim, pode-se realizar uma Ação Revisional de Alimentos sempre que necessário.

Corroborando Madaleno (2005)

Em sua essência, os alimentos sempre tiveram e seguem projetando o único e inarredável propósito de assegurar a subsistência daquela pessoa que não tem condições de sobreviver por seus próprios meios, estando relacionados como um dos basilares direitos fundamentais contemplados

pela Constituição Federal Brasileira, e consubstanciados no direito à vida e na solidariedade familiar (MADALENO, 2005, p.234).

Apesar do artigo 229 da Constituição Federal de 1988 definir que os pais devem se responsabilizar pelos filhos através da educação, criação e assistência, o artigo 1694 do Código Civil de 2002 reza que os filhos por sua vez devem fazer o mesmo pelos pais quando velhos. Da mesma forma, parentes, cônjuges ou companheiros, podem requerer alimentos uns aos outros caso estejam em dificuldades financeiras.

Diniz (2006) defende que o Estado implica que é obrigação dos pais atender a todas as necessidades de seus filhos menores, independente da situação financeira dos pais. Dito isso, em caso de filhos maiores de 18 anos, é utilizado um parâmetro a relação de parentesco decorrente do dever alimentar, já que o mesmo não está envolto no poder familiar, uma vez que atingiu a maioridade.

Conforme o artigo 1694 do Código Civil, a obrigação de prestar alimentos varia entre ascendentes e descendentes, caso os familiares não possam pagar a pensão alimentícia, afim que possam também viver conforme sua condição social, também atendendo suas necessidades educativas, se for o caso. Vale lembrar que não são considerados parentes por afinidade.

Já os alimentos dos filhos adotivos são garantidos por lei, conforme art. 1.598 do Código Civil.

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (BRASIL, 2002).

Diniz (2006) defende que, conforme o artigo 2596 do CC, filhos adotivos são incluídos e recebem pensão alimentícia de mesma forma que filhos gerados pelos cônjuges. Sendo assim, o dever de prestar alimentos passa para os pais adotivos, livrando também o adotado à obrigação de prestar alimentos aos pais naturais mesmo se estes precisarem.

Conforme o artigo 1698 do CC de 2002, caso o primeiro a prestar alimentos não possa suprir totalmente, os parentes conforme decorre o grau de parentesco serão chamados e poderão dividir a responsabilidade, da mesma forma que, caso um dos parentes possa cumprir sozinho a prestação de alimentos, este pode prosseguir sozinho, mesmo com a responsabilidade dividida entre mais pessoas (BRASIL, 2002).

Sobre a prestação entre cônjuges, conforme o artigo 1708 do CC de 2002, caso a relação acabe - mesmo sendo de união estável – por motivo de concubinato, o alimentante não é mais obrigado a continuar a prestar alimentos, perdendo o alimentado este direito. Caso ambos sejam culpados, ambos perdem o direito, caso um deles seja inocente, pode requerer alimentos com base no art. 1694 do Código Civil (CAHALI, 2009).

O dever de alimentos é exigido, em grande parte, pelos filhos perante seus pais, mas em muitos casos esse pedido acontece entre ex-cônjuges, além de ser recíproco entre ascendentes e descendentes. , lembrando que a família tem dever de prestar alimentos, ou seja, prover necessidades básicas para o indivíduo. Ao ser calculado, a pensão alimentícia deve levar em consideração as necessidades de quem recebe e das possibilidades de quem paga (ALEXY, 2011).

Cahali (2009) sustenta que o filho menor está sob a tutela dos pais e dePende deles.

Quanto aos filhos, sendo menores e submetidos ao poder familiar, não há um direito autônomo de alimentos, mas sim uma obrigação genérica e mais ampla de assistência paterna, representada pelo dever de criar e sustentar a prole. O titular do poder familiar, ainda que não tenha o usufruto dos bens do filho, é obrigado a sustentá-lo, mesmo sem auxílio das rendas do menor e ainda que tais rendas suportem os encargos da alimentação: a obrigação subsiste enquanto menores os filhos, independentemente do estado de necessidade dele, como na hipótese, perfeitamente possível, de disporem ele de bens (por herança ou doação) (CAHALI, 2009, p. 339).

A prestação pode ocorrer de duas formas: *in natura* e regular. Na primeira, são fornecidas cestas básicas e outras formas de garantir a sobrevivência do alimentado enquanto que, na segunda, é pago um valor mensal para que as necessidades sejam satisfeitas de forma prática, já que evita subjetividades ao cumprir com a obrigação (FARIAS; ROSENVALD, 2011).

A Constituição Federal garante que o dever alimentar seja cumprido, sob pena de prisão civil, mas deve contribuir para o equilíbrio financeiro de quem paga a pensão. Portanto o Poder Jurídico atribui o valor suficiente para suprir a necessidade e para manter o menor, ponderando frente às possibilidades financeiras do responsável pelos alimentos (FARIAS; ROSENVALD, 2011).

Os autores alertam para o fato de que, caso o responsável esteja em situação precária os parentes com o mesmo grau de parentesco lidarão com o

sustento do filho. Por isso, de forma proporcional e caso não seja possível a entrega dos alimentos pelo pai, esse dever passará aos seus ascendentes.

Marques (2007) suscita que há igualdade jurídica dos progenitores em prestar condições e qualidade de vida aos filhos proporcionalmente, de acordo com suas possibilidades financeiras. E, da mesma forma, argumenta que nos artigos 1878, nº e 2009, nº1, alínea c dos dois do CC, estão contidas a regularização civil e obrigação da prestação de alimentos, além disso, no artigo 250º do CP, constitui a não prestação de alimentos como crime. Portanto, conforme o artigo 705º, alínea d, do CC, o credor dos alimentos terá penhor legal dos bens do devedor obrigado, conforme também estipulado no artigo 737º, nº.1, alínea c, do CC sobre o privilégio gozado.

Farias; Rosenvald, (2011) estipulam que essa obrigação é formada através do poder jurídico e se encerra com a maioria ou emancipação do menor, porém o dever dos pais de sustentar através da alimentação, habitação e aspectos de necessidades básicas já vistas antes continua caso o filho, mesmo atingindo maioria ou emancipado, ainda esteja no processo de sua formação acadêmica cuja finalidade seja qualificação profissional.

Farias (2005) analisa que segundo o artigo 1696 do Código Civil, o dever de prestar alimentos é baseado na solidariedade e dignidade humana a obrigação alimentar entre parentes é gerado pela incapacidade de manter a dignidade, através da impossibilidade laborativa. Lembrando ainda que o dever alimentício deve existir em todas as relações parentais, seja dentro ou fora do casamento, adoção ou através de relações socioafetivas.

Venosa (2006) considera que os sujeitos da obrigação de alimentar são os parentes, sendo que a obrigação é do mais próximo. No caso de vários parentes do mesmo grau, essa obrigação é divisível.

O autor cita o princípio da divisibilidade da obrigação alimentícia, conforme o artigo 1698 do CC: o cargo de alimentante pode ser dividido entre mais de um parente, caso o parente em primeiro lugar não tenha disponibilidade de arcar com os alimentos sozinho. Nesse caso, cada um poderá auxiliar conforme suas próprias condições financeiras, lembrando que caso não haja nenhum ascendente, os descendentes serão responsabilizados pela prestação de alimentos.

Venosa (2006) discorre sobre as espécies de alimentos prestados.

Aos filhos menores: conforme o artigo 1703 do CC, mesmo com a separação, os pais devem se responsabilizar pela sobrevivência e vida dos filhos menores, conforme a situação financeira. Se acaso houver um filho fora do

casamento, pode-se prosseguir com Segredo de Justiça, conforme comprovação do juiz e na maioria dos casos ocorre a investigação de paternidade juntamente ao pedido de alimentos.

Aos filhos maiores, pais e irmãos: neste caso a possibilidade existe na condição dos estudos não terminados em idade razoável, no caso de parentes, aqueles com desestabilidade financeira podem solicitar e para os irmãos, podem requisitar caso não haja ascendentes ou descendentes com condições de prestarem alimentos.

Em razão de casamento: conforme os artigos 1702 e 1704 do CC, quando casados, ambos os lados devem se amparar mutuamente e em caso de separação, o culpado por ela deverá prestar alimentos para o outro, conforme a necessidade. Caso o culpado não ser apto para trabalho e não possuir parentes que possam ampará-lo, poderá ocorrer o contrário, ou seja, o culpado recebe alimentos. Além disso, o pedido alimentos pode ocorrer mesmo sem a separação, caso se comprove que um dos cônjuges possa, mas não ampare o outro.

Na união estável: neste caso, os alimentos são colocados da mesma forma que em casamento, visto que no artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal, uma vez que a união estável é resguardada como entidade familiar.

Com isso, entende-se que o dever do sustento é primordial a ponto de não poder ser encerrado mesmo com a comprovação de recursos financeiros inexistentes e é encerrado, conforme o artigo 1.635, III, do Código Civil, quando o filho atinge a maioridade. Pensando nisso, o dever alimentar nasceu desse pressuposto, porém não é de natureza obrigatória e sim de solidariedade, podendo ser solicitado mutuamente – pelos filhos ou pelos pais.

3.1 Cessaçãõ da obrigaçãõ de alimentos

Dias (2011) analisa que, conforme o artigo 2013º, nº1, alínea a, e n.º 2 do CC, a obrigação alimentar pode ser encerrada pela morte do alimentado ou do obrigado, porém, conforme também o artigo 2009º do CC, o alimentado ainda pode exercer seu direito através de outro obrigado, o qual tomara lugar do anterior suposto falecido. Nesse caso, os obrigados à prestação de alimentos, são sucessivamente: cônjuge ou ex-cônjuge, descendentes, ascendentes, irmãos, tios (enquanto o alimentando for menor), padrasto e madrasta (idem).

Há, também, a possibilidade do encerramento da obrigação, conforme o artigo 2013, alínea b do nº 1 do CC, quando – e somente se – for comprovada a ausência total de recursos econômicos após o do rendimento para a própria subsistência (MARQUES, 2007).

O autor aponta outra forma de se encerrar o dever de alimentos: no caso o alimentado/filho não necessitar mais desta prestação, conforme o artigo 2013º, nº1, alínea b do CC, ou conforme a alínea c do mesmo parágrafo e artigo, o alimentado viole os deveres perante o prestador.

Da mesma forma, quando o alimentado/filho não necessitar mais da prestação de alimentos, ou seja, esteja exercendo trabalho remunerado e consiga se sustentar, conforme o artigo 2013º, nº.1, alínea b do CC. Ou, conforme a alínea c do mesmo parágrafo e artigo, o alimentado viole os deveres perante o prestador.

E, finalmente, Marques (2007) apresenta o artigo 1880 do CC, que reza que a obrigação de alimentos permanecerá até a maioridade, quando este encerrar sua formação acadêmica, quando não, a obrigação permanecerá até o término de sua formação ou até os 25 anos de idade.

Por sua vez, Gomes (2009) sugere duas formas em que se baseia o encerramento do dever alimentar: a morte do alimentário ou a mudança na realidade financeira de uma ou ambas as partes. No segundo caso, o autor refere-se à mudança do estado econômico, portanto se o alimentário comprovar sua incapacidade econômica o dever se encerrará, assim como se o alimentado demonstrar capacidade de se auto sustentar.

Cahali (2009) determina o fim da obrigação alimentar:

Quando a obrigação resulta do pátrio poder, cessando essa, aquela também cessa, não há obrigação sem causa. Desaparecendo a causa de pedir alimentos, cessam pleno júri os efeitos da sentença que os concedeu. Assim, a própria sentença concessiva de alimentos, nesses casos, traz consigo, ínsita a medida de sua duração, ou de seu dies ad quem: aquele em que o credor completar a sua maioridade. A sentença não subsiste à obrigação desaparecida. Daí a possibilidade de o obrigado suspender, incontinenter, os pagamentos ou requerer simples ofício ao juiz, ao empregador, para suspender os descontos (CAHALI, 2009, p 506).

Há que se ressaltar que, para a cessação da obrigação alimentar, é primordial averiguar os pressupostos maioridade e formação de curso superior: havendo maioridade e impossibilidade de o alimentando sustentar seus estudos, os alimentos devem permanecer. Por outro lado, caso haja condição financeira do alimentando maior pagar seus estudos, pode-se requerer a cessação da obrigação.

Cahali (2009) aponta que o pagamento de pensão para filhos maiores pode fomentar a ociosidade uma vez que os jovens, ao invés de buscar o próprio sustento, podem se acomodar mediante à quantia mensal a que fazem direito.

Em caso de matrimônio do alimentando maior de idade o alimentante é exonerado do dever, visto que o casamento é outra forma de se comprovar a autossuficiência do alimentado. Neste caso, supõe-se que o alimentante responsável cumpriu sua função de tornar seus filhos aptos para o mercado de trabalho.

4 A PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS PARA FILHOS MAIORES DE 18 ANOS

Conforme o artigo 5 caput e 1635, II do CC de 2002, o poder legal sobre os filhos se encerra com sua maioridade (quando atingem os 18 anos de vida), com isso entende-se que o dever alimentar se encerra também nesse momento, até porque eles, teoricamente, estão autossuficientes e podem garantir uma sociedade forte através do aprimoramento de cidadãos produtivos (ZULIANI, 2006).

O autor afirma que

Os filhos que atingem a maioridade e que são perfeitamente aptos ao trabalho figuram entre os credores de alimentos para conclusão de cursos universitários ou profissionalizantes, um enunciado que se afirma sem base legislativa; garantiram a eles esse direito os juízes, pela jurisprudência que criaram (ZULIAN, 2006, p.96).

Mas há que constar que a jurisprudência já pacificou em favor do credor quando, mesmo atingindo a maioridade, está ainda estudando. De acordo com os artigos 1695 e 1696 do Código Civil, a maioridade não é exigência para a extinção de alimentos.

Art. 1.695: 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

Art. 1696 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 (BRASIL, 2002).

Zuliani (2006) insiste que a maioria não garante a autossuficiência econômica e por isso, os indivíduos que atingem os 18 anos ainda precisam da prestação de alimentos por seus parentes mais próximos.

Venosa, (2006) corrobora que enquanto o filho tiver menos de 18 anos ele é ajuizado por seu responsável e alcançando, ou seja, este responde por suas apelações. Mas ultrapassando a maioria, o maior efetivará a proposição de permanência dos alimentos, visto que já tem competência civil. Pensando na árvore genealógica em linha reta, os pais são os ascendentes mais próximos, sendo os primeiros a quem recorrer legalmente, conforme o artigo 1696 do CC de 2002. Além disso. E, segundo esse mesmo artigo, a exoneração não vem, obrigatoriamente, com a maioria: ela deve sustentar-se enquanto o indivíduo não for capaz de sustentar-se.

Para que a pensão permaneça, é fundamental um exame profundo na situação do maior. Conforme prescrito no artigo 1695 é preciso analisar os pedidos de pensão alimentícia, visando tanto a necessidade do filho quanto a possibilidade do responsável, não só para equilíbrio entre eles, mas também para atender àqueles que realmente precisam desse alimento (VENOSA, 2006).

O autor analisa que os parentes em situação econômica precária também podem requerer alimentos, assim pagar pensão ao filho maior não é obrigação somente do pai. Assim, conclui venosa (2006):

Nesse diapasão, o Projeto nº 6.960/2002 acrescenta o § 3º com a seguinte redação: A obrigação de prestar alimentos entre parentes independe de ter cessado a menoridade, se comprovado o alimentando não tem rendimentos ou meios próprios de subsistência, necessitando de recursos, especialmente para sua educação(...). Não podemos esquecer, também, que os filhos adotivos estão em tudo equiparados aos filhos biológicos (VENOSA, 2006, p. 391).

Cahali (2009) alerta para o fato de, mesmo tendo concluído os estudos, o alimentando pode não estar preparado para iniciar sua carreira profissional e, em alguns casos, inclusive apresentar algum distúrbio de comportamento, o que implicaria na permanência da pensão.

O autor apresenta a impossibilidade – comprovada, fique claro – de exercício de atividade remunerada devido ao horário de aula (cursos em período integral) como outra hipótese para a permanência dos alimentos. O fato é que, em muitos casos, os horários de aula não interferem numa atividade autônoma, com horários flexíveis, e isso exonera o pai da obrigação alimentar.

Welter (2006, p.99) apresenta um caso do Tribunal de Justiça de São Paulo:

A jurisprudência, com sabedoria, prolonga o encargo alimentar para possibilitar que o filho maior e responsável complete, com a ajuda do pai, o curso universitário, uma questão de dignidade humana, afinada com o dever de solidariedade; enunciado que criou costume jurídico e que reclama ação de exoneração ou processo justo (art. 5º, LV, da CF) para excluir do alimentando a fruição do direito básico. (AgIn. 129.876-4, 09.11.1999, CD Juris Síntese 23, jun. 2000, rel. Ênio Santarelli Zuliani).

Assim, pode haver um acordo sobre os alimentos exigidos entre as partes e este homologado pelo juiz; lembrando que para o encerramento da pensão é necessária a análise também de ambas as partes através do binômio de necessidade e possibilidade.

Leite (2005, p.387) defende que a obrigação alimentar “pode provir de várias fontes: pode decorrer da vontade das partes; pode decorrer do parentesco; pode derivar do casamento ou da união estável; pode se originar da prática de ato ilícito”.

Portanto, a obrigação alimentar, também conforme a lei, os pais devem assistir os filhos, ou seja, se responsabilizar pela educação, vestimenta e alimentação deles, assim como os filhos pelos pais quando estes chegam à velhice. Lembrando que o dever de alimentar segue uma linha reta pela árvore cronológica, ou seja, primeiramente aos pais, e passando para outros parentes. Para tanto é fundamental se comprovar que o alimentando tem relação direta com o alimentante e que este pode sustentar a ele e a si mesmo. Ademais, deve haver a certeza de que o indivíduo realmente necessita da pensão (LEITE, 2005).

Da mesma forma, o autor afirma que os alimentos são devidos quando que os require não tem bens e não podem se sustentar pelo seu trabalho sem que o seu fornecedor fique desfalcado do seu sustento.

Gonçalves (2011) disserta que, apenas pelo fato de atingir a maioridade, a obrigação alimentar não é encerrada, pois há casos em que o filho poderá continuar a receber alimentos com legitimidade. E reforça que não é uma obrigação exclusiva dos pais, visto que ela se estende a outras relações existentes no Direito de Família.

O autor aponta que, nesse sentido, os alimentos são regidos pelos seguintes pressupostos: vínculo de parentesco, necessidade do reclamante, possibilidade do obrigado e a proporcionalidade.

Cahali (2009) ressalta que há diferenças entre o dever de sustentação e o dever de alimentos, sendo a primeira decorrente do poder familiar e a segunda do vínculo do parentesco. Porém, o poder familiar pode ser exonerado, conforme o artigo 1635 do CC de 2002: “Extingue-se o poder familiar: I - pela morte dos pais ou do filho; II - pela emancipação, nos termos do art. 5o, parágrafo único; III - pela maioridade; IV - pela adoção; V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638”, lembrando que a importância é a verificação dessa exoneração.

O alimento do filho incapaz não deve ser interrompido, pois o primeiro requisito para o direito da prestação alimentar é a incapacidade, conforme o artigo 1590 do CC e o artigo 16 da lei 6515/77: “As disposições relativas à guarda e prestação de alimentos aos filhos menores estendem-se aos maiores incapazes”.

Bettio (2006) afirma que em jurisprudências e doutrinas há a defesa de que a prestação de alimentos deve estender-se até os 24 anos. Normalmente, como alimentante deve declarar em seu imposto de renda seus dependentes de até 24 anos, conforme a Lei do Imposto de Renda (Lei nº 9.250 de 1995), esta também é a idade defendida como maioridade.

Como a lei do Imposto de Renda permite abater, com limite, valor para sustento de filho até 24 anos, se este cursa escola superior, uma corrente admitia que o dever alimentar se mantinha até esta idade. Logo, a boa tese é a da necessidade e a possibilidade dos devedores, pouco importando a idade[...] (BETTIO, 2006, p 24).

Dias (2009, p. 570) defende que a maioridade não deve ser o único fator a se levar em conta para se definir se a pensão deve ou não ser extinta, uma vez que o Código Civil não a condiciona unicamente ao poder familiar. O autor menciona que, com muita frequência, as jurisprudências beneficiam o alimentando com a pensão até a conclusão dos estudos.

Cabem aqui algumas análises de jurisprudência para defesa de alimentos na maioridade.

Ementa: ALIMENTOS. PEDIDO DE EXONERAÇÃO. FILHA MAIOR, CAPAZ, APTA AO TRABALHO E CURSANDO ENSINO SUPERIOR. 1. Os alimentos decorrentes do dever de sustento e inerentes ao poder familiar cessam quando o filho atinge a maioridade civil, embora persista a relação parental, que pode justificar, em situação excepcional, a permanência do encargo alimentar. 2. Se a filha, embora maior e capaz, com 22 anos, está cursando faculdade, que é necessária à sua formação

profissional, deve ser mantido o encargo alimentar do pai. 3. Cabível estabelecer pequena redução no quantum da pensão alimentícia quando o alimentante possui outro filho menor que depende plenamente do seu sustento, mas não de forma a prejudicar o sustento da filha estudante. Recurso parcialmente provido. (Apelação Cível Nº 70056041122, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 18/09/2013).

A reclamante não concordou com a redução de seus alimentos para apenas 20% do salário mínimo, pois estava estudando e ainda sem condições de entrar no mercado de trabalho. Assim, ela solicitou que fossem mantidos 66% do salário mínimo ou, ao menos, a porcentagem de 33% caso o pai não tenha condição de contribuir com mais. Neste caso especificamente, como ocorreu o nascimento de um filho no novo núcleo familiar, o Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves (relator), defendeu que poderia permanecer o pagamento da pensão, mas foi fixada em 30% do salário mínimo nacional.

Em 2013 outro caso de solicitação ocorreu com a seguinte ementa:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL E ALIMENTOS. EXONERAÇÃO. MAIORIDADE. PROVA DA NECESSIDADE. ÔNUS. PRORROGAÇÃO DA OBRIGAÇÃO. CONDIÇÃO DE ESTUDANTE. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. READEQUAÇÃO DO QUANTUM. A maioria civil, por si só, não é suficiente para eximir o alimentante da obrigação de prestar alimentos, sendo necessária prova cabal da necessidade, a qual deixa de ser presumida. Caso concreto quem que as filhas (alimentandas) são jovens e exercem atividades laborais remuneradas, muito embora ainda curse o ensino superior buscando qualificação profissional para sua inserção no mercado de trabalho, necessitando do auxílio financeiro de seus genitores. Recomendável, além da limitação da obrigação no tempo, estimado termo final de cada curso de graduação, a readequação do quantum em face da nova realidade acerca da necessidade de cada uma das alimentandas e da comprovada diminuição da capacidade do alimentante, atentando-se para os princípios da proporcionalidade e isonomia entre os filhos. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 7005555262, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 23/10/2013).

No caso acima, a ação foi declarada improcedente. O pai solicitou a exoneração dos alimentos de filhas de 22 e 26 anos, mas ambas ainda não haviam concluído os estudos e, mesmo trabalhando, não conseguindo sustentar-se e à escola embora o pai tenha-se declarado sem condições de permanecer com os alimentos por ter despesas maiores, como aluguel (que, na verdade, nem estava em seu nome). Juntados os comprovantes de rendimento das filhas e os calores gastos com estudo, a relatora Des^a Sandra Brisolara Medeiros procedeu com a readequação dos alimentos até o final dos cursos. Para a filha de 22 anos, 12% até o final do ano letivo de 2016 e à filha que terminaria o curso em 2013, o valor de 8%, ambas as porcentagens a serem calculadas sobre os rendimentos líquidos do alimentante.

5 METODOLOGIA

Para atender aos objetivos propostos este estudo foi realizado por meio de padrões textuais encontrados em estudos constantes de livros, *websites*, revistas, periódicos e jornais e demais estudos que abordem o tema proposto e contribuam para a delimitação e aprofundamento do assunto estudado. Posteriormente, foi elaborada a redação do projeto segundo normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo informou a importância do direito de família no ordenamento jurídico brasileiro que a instituição familiar, pois regulamenta as relações familiares desde que o indivíduo firma esse contrato até o momento em que o dissolve. Ou seja, desde o casamento até o divórcio que caso ocorra, ainda tem a questão da guarda e alimentos aos filhos.

Foi observado que sustento e prestação alimentar são coisas distintas, sendo que o primeiro está sujeito ao poder familiar, enquanto que o outro começa quando o poder familiar cessa.

Este artigo mostrou que a prestação de alimentos é uma obrigação do genitor não guardião e que, deve perdurar mesmo depois da maioridade do alimentando, e que os alimentos são personalíssimos, irrenunciáveis, intransmissíveis, impenhoráveis, incompensáveis, não transacionáveis, imprescritíveis, variáveis, recíprocos, periódicos, divisíveis e irrestituíveis.

Foi possível observar que, em caso de maioridade e o filho não possuir condição de auto sustento, ou quando o filho possuir alguma deficiência, deve o alimentante continuar a pagar a pensão, sempre levando em conta o equilíbrio necessidade/possibilidade.

Nos casos em que o maior ainda é estudante, a pensão deve ser prestada até os 24 anos, uma vez que – teoricamente – já estará formado. Em alguns casos, o filho já tem emprego e, nesse caso, de acordo com a situação que for exposta ao juiz, a pensão pode ou não ser extinta.

Assim, a maioria não impede o jovem de pedir alimentos e nem exonera os pais de sua prestação, mas é necessária a observância dos pressupostos que podem mantê-los, como o vínculo de parentesco, a necessidade do alimentado e a possibilidade do alimentante.

É importante frisar que este estudo não tem a intenção de ser conclusivo no assunto, mas de contribuir para o entendimento do assunto demonstrando o pensamento dos diversos autores aqui mencionados.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiro, 2011. Tradução de Virgílio Afonso da Silva.

BETTIO, Ana Paula Engrazia. **Obrigação alimentar dos pais aos filhos maiores**. Disponível em [:http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006_2/ana_paula.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006_2/ana_paula.pdf). Acesso em 30 mai 2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

Acesso em 12 mai 2020.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 10 mar 2020.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CARVALHO, M. C. B.; PAULO NETTO, J. **Cotidiano**: conhecimento e crítica. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

DIAS, M. B.D. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: RT, 2011.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro: **Direito de família**. 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006

FARIAS, C. C.de. ROSENVALD, N. **Direito das famílias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

FÉRES-CARNEIRO, T. (Org.). **Família e casal**: arranjos e demandas contemporâneas. Rio de Janeiro: Ed. PUC Rio; São Paulo: Loyola, 2003.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil**: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 6.

GOMES, A. S. **Responsabilidades Parentais**. 2ª Ed. Lisboa: Quid Juris; 2009.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 6.

LEITE, E. O. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

MADALENO, R. **A execução de alimentos pela via da dignidade humana**. In: CAHALI, F. J.; PEREIRA, R. C. (coord.). Alimentos no código civil. São Paulo: Saraiva. 2005.

MARQUES, J. P. R. **Algumas notas sobre alimentos** (Devidos a Menores), 2ª Ed. revista. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito da Família, Coimbra: Coimbra Editora. 2007.

PEREIRA, R. C. **O que é pensão alimentícia? Quais são os tipos mais comuns?** 2018 Disponível em

<http://www.rodrigodacunha.adv.br/conheca-os-principais-tipos-de-pensao-alimenticia/> Acesso em 14 abr 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: **Direito de Família**, 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

WELTER, Belmiro Pedro Marx. **Alimentos no código civil**. Porto Alegre: Síntese, 2003.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Alimentos para filhos maiores. In LEITE, Eduardo de Oliveira (org.). **Grandes temas da atualidade**, v.5: alimentos no Novo Código Civil: aspectos polêmicos. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

A RESPONSABILIDADE CIVIL EM DECORRÊNCIA DAS FAKE NEWS.

MICHAEL DE BRITO CORRÊA:

Acadêmico de Direito na Universidade de Gurupi UnirG.

FERNANDO PALMA PIMENTA FURLAN

(orientador)³⁶

Resumo: A Constituição Federal de 1988 enumera uma série de direitos fundamentais de todo ser humano, e dentre eles está o direito à honra e a imagem do cidadão, que não devem ser objeto de falsas acusações que atentem contra a verdade ou lhes cause consequências negativas perante a sociedade. É com base nessa proteção legal que surgiu os questionamentos acerca da possibilidade de responsabilização pela criação de *fake news*, conduta esta que não está expressamente regulamentada em Lei e tem ganhado proporções enormes em razão da propagação na internet. Nesse contexto, a pesquisa objetivou discutir, com base no Código Civil e Código de Processo Civil, a possibilidade jurídica de responsabilização civil do agente pela criação ou propagação de *fake news*. O trabalho científico, que foi elaborado através de pesquisa bibliográfica e exploratória, com análise qualitativa dos materiais coletados, comprovou que a responsabilização civil pela disseminação de *fake news* é perfeitamente possível quando comprovada a presença dos requisitos gerais de responsabilização previstos nas normas cíveis em vigor.

Palavras chave: *Fake news*. Responsabilização civil. Interpretação jurisprudencial.

Abstract: The Federal Constitution of 1988 lists a series of fundamental rights of every human being, and among them is the right to honor and the image of the citizen, which should not be the object of false accusations that violate the truth or cause them negative consequences before the society. It is based on this legal protection that questions arose about the possibility of accountability for the creation of fake news, conduct that is not expressly regulated by law and has gained enormous proportions due to the spread on the internet. In this context, the research aimed to discuss, based on the Civil Code and Code of Civil Procedure, the legal possibility of civil liability of the agent for the creation or propagation of fake News. The scientific work, which was elaborated through bibliographical and exploratory research, with qualitative analysis of the collected materials, proved that civil liability for the

³⁶ Professor Especialista em Supervisão e Orientação Educacional pela Faculdade de Educação e Ciências Humanas de Anicuns – GO e em Direito e Processo Civil pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Marabá

dissemination of fake News is perfectly possible when proven the presence of the general accountability requirements foreseen in the current civil rules.

Keywords: Fake news. Civil responsibility. Jurisprudential interpretation.

Sumário: Introdução. Materiais e Métodos. 1. Os direitos fundamentais à honra e imagem. 2. Fake News: definição e configuração. 3. A Responsabilização Civil no Brasil. 4. A configuração da responsabilidade civil em decorrência de fake news. 5. Interpretação jurisprudencial majoritária. Considerações finais. Referências.

Introdução

Existe uma crescente preocupação com a propagação de *fake news*, isto é, notícias falsas que ofendem a honra das pessoas e podem causar danos a longo prazo em razão da dificuldade em desfazer suas consequências.

Verifica-se que essa prática tem atingido a cada dia um maior número de pessoas em razão da utilização de redes sociais e internet, que permite que um fato ocorrido de uma pequena cidade torne-se notícia em todo o país em questão de minutos.

É comum o compartilhamento de informações sem verificar sua origem e veracidade, situação que pode ensejar a responsabilização dos envolvidos. Por isso se faz essencial a discussão acerca do tema proposto. Nessa linha de pensamento, é necessário conhecer as consequências que a criação de *fake news* causa à vítima da notícia falsa e também ao agente, que pode ser responsabilizado pela Lei.

O fato é que não existe expressa previsão legal cível acerca das *fake news* no ordenamento em vigor, do modo que é importante conhecer qual tem sido o posicionamento adotado pela doutrina e jurisprudência para solucionar essa lacuna, ante o princípio da inafastabilidade jurisdicional.

Nesse contexto, a pesquisa objetiva discutir a possibilidade jurídica de responsabilização do indivíduo por propagação de *fake News*, tendo como base as leis cíveis em vigor.

Para que tal objetivo fosse alcançado, o estudo foi elaborado por meio de pesquisa bibliográfica, através de doutrinas e jurisprudências; com a análise dos conteúdos coletados recentemente que tratem da matéria e que tenham sido publicadas no Brasil.

Após discutida a proteção legal aos direitos fundamentais do cidadão e a caracterização de conduta ofensiva, a pesquisa irá demonstrar como as normas materiais (Código Civil) e processuais (CPC) em vigor são suficientes para a

responsabilização cível do agente em decorrência de *fake news*, a qual pode ser tanto material como moral.

Materiais e métodos

Esta pesquisa foi elaborada no município de Gurupi-TO, no primeiro semestre do ano de 2021 e teve como objeto de estudo as pessoas físicas e jurídicas envolvidas na propagação de falsas notícias.

A pesquisa é classificada como bibliográfica, ao passo que ela é desenvolvida tendo como base materiais elaborados por outros autores que já foram publicados, seja em livros ou trabalhos científicos que tenham sido publicados no Brasil nos últimos anos, adquiridos e coletados de forma não onerosa.

Quanto ao seu objetivo, a pesquisa é exploratória, uma vez que ela tem como propósito levar ao conhecimento do leitor as disposições legais sobre a caracterização das *fake news* e as consequências cíveis que ela enseja para quem dissemina falsas notícias (GIL, 2002). Os dados coletados foram analisados através da técnica de análise qualitativa do texto, com apresentação do resultado de forma textual.

Não houve prévia submissão e aprovação do Comitê de Ética em Pesquisa da Universidade conforme determina a resolução CNS 466/2012 ante a sua natureza bibliográfica, com a exposição de informações coletas em material já publicado e disponibilizado na literatura.

1 Os direitos fundamentais à honra e imagem

A Constituição Federal de 1988, promulgada após a assinatura da Declaração Universal dos Direitos Humanos, tem como característica a ampla proteção legal aos direitos fundamentais de todo ser humano, que "são os direitos considerados indispensáveis à manutenção da dignidade da pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual" (PADILHA, 2018, p.237).

O *caput* artigo 5º da Carta Magna, que versa sobre os direitos e deveres individuais e coletivos, dispõe que:

"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:

[...]

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;[...] (BRASIL, 1988)“.

O Código Civil Brasileiro os denominam direitos da personalidade, que são intransmissíveis e irrenunciáveis em razão de sua essencialidade para a dignidade humana (BRASIL, 2002). A personalidade é definida por Carlos Roberto Gonçalves como “aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil” (GONÇALVES, 2016, p.125).

Nesta linha do raciocínio, Flávio Tartuce define os direitos da personalidade nos seguintes termos:

“os direitos da personalidade são, em suma, aquelas qualidades que se agregam ao homem, sendo intransmissíveis, irrenunciáveis, extrapatrimoniais e vitalícios, comuns da própria existência da pessoa e cuja norma jurídica permite sua defesa contra qualquer ameaça. O direito objetivo autoriza a defesa dos direitos da personalidade, que, por sua vez, são direitos subjetivos da pessoa de usar e dispor daquilo que lhe é próprio, ou seja, um poder da vontade do sujeito somado ao dever jurídico de respeitar aquele poder por parte de outrem” (TARTUCE, 2017, p.144).

Nesse contexto, o direito personalíssimo à honra é assim definido e classificado por Pablo Solze:

“Consiste em um conceito valorativo, que pode se manifestar sob duas formas: honra objetiva (correspondente à reputação da pessoa, compreendendo o seu bom nome e a fama de que desfruta no seio da sociedade); e honra subjetiva (correspondente ao sentimento pessoal de estima ou à consciência da própria dignidade)” (STOLZE, 2018, p. 70).

Por sua vez o direito à imagem se refere ao “elo que junte a pessoa à sua expressão externa, tanto no seu conjunto quanto em componentes desmembrados, como olhos, rosto, pernas, boca, nádegas, etc.; é o direito que incide sobre a conformação física da pessoa” (AMARANTE apud PEREIRA, 2010, p. 5).

São esses os principais direitos fundamentais atingidos com a propagação de *fake news*, já que a sua disseminação ofendem tanto o íntimo do indivíduo quanto a sua postura social, isto é, a percepção que os demais fazem acerca do ofendido.

2 Fake News: definição e configuração

Antes de adentrar a discussão acerca de seus efeitos no âmbito jurídico, é fundamental conhecer o significado da expressão inglesa "fake news", pois só assim será possível discutir a sua caracterização e responsabilização segundo as normas jurídicas em vigor.

A expressão "Fake news" é originária da língua inglesa, que na tradução livre para o idioma português significa notícias falsas.

Em uma definição mais completa, Cristiano Sobral ensina que "são notícias falsas em que são utilizados artifícios que lhe conferem aparência de verdade. São geradas pelos meios de comunicação em massa, publicadas com o intuito de enganar, obter ganhos financeiros ou políticos (SOBRAL, 2018, p.1)".

A divulgação de notícias falsas é um tema que ganhou uma maior visibilidade na atualidade, principalmente durante os períodos eleitorais, com a propagação de fake news de candidatos, que tem grande repercussão em razão da facilidade de propagação na internet, principal ferramenta de divulgação de falsas notícias, justamente pela velocidade em que são divulgadas.

Todavia, estudos apontam que as fake News surgiram Estados Unidos ainda no século XIX, quando começaram a utilizar mentiras com o intuito de atingir finalidades diversas.

"Compreendia, naquele contexto como uma deliberada "desinformação" ou imprecisão jornalística mediante jornal impresso, rádio, e televisão com o objetivo de enganar, persuadir ou confundir determinadas pessoas, a fim de alcançar ganhos financeiros ou políticos. Diversas vezes, vinham acompanhadas de títulos sensacionalistas, excessivos ou claramente falsos para atrair a atenção, e se tornam singularmente perigosas quando empregadas com o propósito de manipular a opinião pública, especialmente em anos eleitorais (CORREA, 2019, p.1)".

Atualmente, as fake news exigem para a sua configuração a disseminação de fatos que não condizem com a realidade, isto é, a distorção da realidade com o intuito de prejudicar a vítima da notícia e, com isso, favorecer o criador da mentira.

Ela pode ocorrer com a criação da mentira ou com a ausência do zelo em verificar se os fatos são de fato condizentes com a realidade, conforme explica Glayder Guimarães e Michael Silva:

“Fake News representam informações falsas, normalmente sensacionalistas, disseminadas sob o disfarce de reportagens de notícias. Deduz-se, portanto, que a dissimulação realizada quanto a veracidade da informação, isto é, o falseamento do conteúdo propagado, qualifica-se como culpa lato sensu. Outrossim, é possível vislumbrar a culpa stricto sensu, na modalidade imprudência, no que se refere à propagação das Fake News, no caso de replicação das mesmas, isto é, inobservância do dever de verificação da notícia (GUIMARÃES; SILVA, 2019, p. 10)”.[

Essas notícias falsas se desdobram em danos às vítimas, que são julgadas por condutas e ideais que não compactuam, motivo pelo qual surgiram discussões legislativas quanto à necessidade de sua previsão legal no ordenamento brasileiro.

Diante da proteção constitucional citada anteriormente, questiona-se a possibilidade jurídica de frear a transmissão de falsas notícias, mesmo que não exista até o momento a expressa regulamentação das *fake News* no direito brasileiro, já que o princípio da inafastabilidade jurisdicional impede que a afronta a direitos permaneçam sem a apreciação do Judiciário.

3 A Responsabilização Civil no Brasil

Para que alguma pessoa, física ou jurídica, seja responsabilizada civilmente por causar dano à outra pessoa é necessário que sua conduta se encaixe dentro as disposições legais em vigor no Brasil.

A responsabilidade civil pode surgir de vários fatores, tal qual ensina Flávio Tartuce:

“A responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida. Neste sentido, fala-se, respectivamente, em responsabilidade civil contratual ou negocial e em responsabilidade civil extracontratual, também denominada responsabilidade civil aquiliana, diante da Lex Aquilia de Damno, do final do século III a.C., e que fixou os parâmetros da responsabilidade civil extracontratual (TARTUCE, 2018, p. 594)”.[

No ordenamento jurídico nacional, a responsabilidade civil está disciplinada no Código Civil em seu artigo 927, que tem a seguinte redação:

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, 2002)”.

O ato ilícito de que trata o artigo supramencionado está definido pelo artigo 186 do Código Civil que determina que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho destacam que a responsabilidade civil nos remete à ideia de atribuição das consequências danosas da conduta ao agente, sendo lógico que, para a sua configuração, a referida atuação lesiva deva ser contrária ao direito, ilícita ou antijurídica (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018).

Os dispositivos legais admitem, portanto, que um indivíduo seja responsabilizado por qualquer conduta que causar o dano a outra pessoa, quando comprovada a sua ocorrência.

De acordo com a doutrina majoritária, essa responsabilização somente é admitida quando comprovada a existência dos seguintes elementos: a conduta (comissiva ou omissiva); a culpa; o nexo causal e o prejuízo suportado pela parte ofendida (TARTUCE, 2017).

Esses elementos são indispensáveis para que um indivíduo seja responsabilizado pelo fato e arque com a reparação pelo dano causado, seja ele moral ou material. Assim decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Amapá:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – OFENSA À HONRA E À IMAGEM – NOTÍCIAS VEICULADAS EM MEIOS DE COMUNICAÇÃO ÔNUS DA PROVA – AUTOR – FATO CONSTITUTIVO – ART. 373, INCISO I, DO NCPC – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL – IMPROCEDÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. 1) A teor do disposto no art. 373, inciso I, do NCPC, incumbe ao autor fazer prova dos fatos consecutivos do seu direito, com a demonstração dos

requisitos indispensáveis à configuração da responsabilidade civil, inexistindo, no caso, prova da conduta do agente, suficiente para excluir o nexo de causalidade. 2) Apelo conhecido e desprovido. (TJ-AP – APL: 00311444320148030001 AP, Relator: Desembargador AGOSTINHO SILVÉRIO, Data de Julgamento: 18/17/2017, Tribunal)“.

As disposições legais e jurisprudenciais apontam os fundamentos que ensejam a discussão sobre a possibilidade de se responsabilizar o agente que cria falsas notícias, por isso a relevância do tema, que pretende demonstrar quais as condições legais para que responsabilização civil em decorrência de *fake news*.

4 A configuração da responsabilidade civil em decorrência de *fake news*

Conforme já dito, a utilização de *fake news* consiste na disseminação de notícias inverídicas sobre determinado indivíduo. Assim, a partir do que se tem previsto acerca da responsabilização civil no Brasil, tal conduta também pode ser passível de condenação.

Diante dessas situações, houve significativo crescimento de demandas dessa natureza.

“No âmbito legal e jurídico, observa-se uma crescente demanda referente aos problemas oriundos deste livre acesso e geração dessas informações nas quais os atores sociais ora se apresentam com emissores, ora receptores, ou vice-versa, e cujo conteúdo não se tem controle tendo em vista que pode ser alterado inúmeras vezes pelos usuários devido à velocidade de sua propagação, ensejando não apenas insegurança sobre sua a veracidade, bem como o seu uso indevido com cometimento de abusos que podem violar e atingir os direitos da personalidade gerando responsabilidade para aquele que comete o ilícito (SOBRAL, 2018, p.1)“.

Sobre o dano nessas situações, o destaque advém da proporção que tais fatos podem alcançar no dia a dia da vítima das notícias, haja vista a facilidade do seu acesso por qualquer usuário das redes sociais e sites de notícias responsáveis pela divulgação (SOBRAL, 2018).

Cíntia Lima ressalta que “o sistema jurídico da responsabilidade civil está fundado na ideia de dano local ou dano regional mas, tendo em vista a comunicação em massa transfronteiriça das redes sociais, a extensão do dano é muito maior” nas *fake News* (LIMA, 2015, p. 157).

Além do dano, é preciso analisar também a conduta do agente causador do mencionado dano, que se modifica quando há um propagador de notícias falsas e aquele que expõe em seu provedor tais informações.

“Ademais, a disseminação de Fake News, evidencia uma conduta, via de regra comissiva. De modo que, a publicação de uma notícia falsa ou que contenha elementos falsos é uma conduta humana comissiva. Vislumbra-se, também, a hipótese de conduta omissiva no caso de responsabilidade civil jornalística pelo descumprimento do dever de verificação das Fake News, quando veículos jornalísticos replicam Fake News de outras mídias. (GUIMARAES e SILVA, 2019, p. 1)”.

Por envolver, não raras vezes, a atuação jornalística, é indispensável a análise da conduta também sob a ótica da liberdade de manifestação dos indivíduos.

Quando se trata do direito constitucional de liberdade de expressão, há que se analisar o limite de utilização dessa prerrogativa legal, posto que, por outro lado, tem-se a dignidade humana da vítima das condutas. No caso das *fake news*, a caracterização do ilícito também se enquadra nas situações de abuso de direito.

“Logo, atrelada a questão da internet e das redes sociais, depreende-se que os sujeitos têm o direito de expressar suas opiniões no ambiente digital e de realizar publicações em tal ambiente uma vez que não extrapolem os limites impostos pela lei. Nesse sentido, na hipótese que o façam surgirá a responsabilidade pelos danos causados advindos das ações que pratiquem, de forma a reparar o dano sofrido e restaurar a normalidade das relações sociais. [...] Nessa esteira, a lei civil estabelece que para além do ato ilícito constata no art. 186, uma nova modalidade é elencada no art. 187, a figura do abuso de direito. Tal hipótese é verificada quando determinado sujeito, titular de um direito subjetivo ou potestativo, o exerce para além dos limites impostos pela lei, os bons costumes, fins econômico-sociais para a qual aquela situação jurídica lhe fora concedida e especialmente, a boa-fé. (GUIMARAES e SILVA, 2019, p. 1)”.

A partir de tais entendimentos doutrinários, o manejo de demandas judiciais com fins de reparação civil por divulgação das *fake news* se tornou realidade perante o Poder Judiciário brasileiro, cujas mais relevantes decisões passam a ser analisadas.

5 Interpretação jurisprudencial majoritária

A partir das ideias expressadas por doutrinadores, bem como a ocorrência de situações fáticas com significativo abalo emocional e impacto social, o protocolo de

ações indenizatórias em decorrência das notícias falsas ocasionaram uma série de entendimentos jurisprudenciais relevantes.

As notícias falsas passíveis de responsabilização não se limitam àquelas cujo teor são divulgados por sites de forma indiscriminada, mas compreendem também as situações em que as fontes possam ter levado a conclusões inverídicas. No caso a seguir, fora reconhecida a responsabilidade civil por informação de prisão jamais ocorrida, notícia esta que ofendeu significativamente a honra e imagem da vítima, se sobrepondo ao direito à informação.

“APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. DIREITO À INFORMAÇÃO VERSUS DIREITO À IMAGEM. CONCORDÂNCIA PRÁTICA DE DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS. NOTÍCIA FALSA. FAKE NEWS. ATO ILÍCITO CONFIGURADO. RESPONSABILIDADE CIVIL RECONHECIDA. QUANTUM INDENIZATÓRIO CONSENTÂNEO À GRAVIDADE DA LESÃO. RECURSO IMPROVIDO. Como é sabido, dentre os princípios que orientam a interpretação constitucional inclui-se o princípio da Concordância Prática, que afirma que a aplicação de uma norma constitucional deve realizar-se em harmonia com a totalidade do ordenamento constitucional. É justamente com base neste entendimento que o Poder Judiciário pátrio vem enfrentando a problemática das notícias falsas, ou fake News, como popularmente vêm-se a estas se referindo. A Constituição Federal assegura o direito à informação sem, contudo, descurar do, tão importante quanto, direito à informação. Justamente por isto traz disposição expressa no sentido de ser devida a indenização por danos morais pela veiculação falsa, em proteção aos direitos da personalidade. Muito embora da reportagem aqui discutida não se vislumbre juízo de valor acerca do apelado, não existem dúvidas de que se trata de uma notícia falsa o que poderia ter sido evitado por um pouco mais de cautela por parte da apelante. É que, conforme se extrai do termo de interrogatório de fls. 25/26, documento público, o apelado nunca foi preso, mas conduzido para prestar esclarecimentos acerca da sua comercialização de distintivos da corporação. Muito embora sustente o apelante que a informação acerca da prisão lhe tenha sido passada por policiais civis e que a captação das imagens tivesse se dado com autorização do delegado, tais razões são pouco fidedignas uma vez que, além de o demandado não trazer aos autos mínima prova das suas afirmações, dificilmente se crê que um delegado de polícia reputaria por preso uma

peessoa que acabara de ser ouvido por si na condição de conduzido. Na hipótese dos autos restou clara a extensão do dano sofrido, a permitir a fixação do quantum indenizatório no patamar de R\$ 25.000,00. Como afirmado pelo próprio preposto da empresa ré ouvido como testemunha, a notícia falsa foi veiculada não somente na cidade de Itabuna, mas também nas cidades do entorno. Ademais, o vídeo da matéria discutida nos autos revela que o apresentador, além da exibição da imagem do apelado, divulga o seu nome completo e hipocorístico, bem como mostra a sua loja, de modo que todos que assistissem a reportagem pudessem identificar o autor, potencializando o dano por si sofrido, de modo que todos assistissem a reportagem pudesse identificar o autor, potencializando o dano por si sofrido, de modo que não há razões para redução da indenização. Recurso improvido. (TJ-BA – APL: 00124778028050113, Relator: Mário Augusto Albiane Alves Júnior, Primeira Camara Cível, Data de Publicação: 18/08/2020)“.

Em caso semelhante, o Estado fora responsabilizado subjetivamente pela ausência de cuidado na guarda de dados, que levou à divulgação de *fake news* no Facebook, exigindo-se do Autor a comprovação de dolo ou culpa da entidade estatal:

“APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS – DIVULGAÇÃO DE FAKE NEWS EM FACEBOOK – FOTOGRAFIA TIRADA DE DELEGACIA DE POLÍCIA – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO – OMISSÃO OU NEGLIGÊNCIA NA GUARDA DE DADOS – NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE DOLO OU CULPA – DESATENDIMENTO DO DEVER LEGAL – ÔNUS DO AUTOR – PUBLICAÇÃO COM IMPUTAÇÃO FALSA DE CRIME – DANO MORAL IN RE IPSA – INDENIZAÇÃO MANTIDA – JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA – VEDAÇÃO À REFORMATIO IN PEJUS E JULGAMENTO EXTRA PETITA – RECURSO DO ESTADO PROVIDO – RECURSO DO CORRÉU DESPROVIDO – RECURSO DO AUTOR DESPROVIDO. 1. Tratando-se de ato omissivo do Estado, a responsabilidade civil por tal evento é subjetiva, exigindo a demonstração de dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la. 2. Na responsabilidade por omissão, subjetiva por natureza, cabe ao autor demonstrar qual dever legal foi desobedecido ou desatendido pelo requerido, que conduza ao dever de indenizar. Dessa forma, não havendo, no caso concreto, nexos entre a

conduta dita omissiva do Poder Público, que justifique sua condenação, haja vista que a publicação foi realizada por terceiro, mostra-se incabível sua condenação à reparação por dano moral. 3. Quanto ao corréu, evidente o ato ilícito pela divulgação de fake news em post público de seu perfil no Facebook, com a atribuição ao autor de grave crime de assassinato acompanhado de fotografia. 4. A liberdade de expressão, invocada pelo réu em seu apelo, não constitui direito absoluto e encontra limites em outros direitos também constitucionais, como honra, vida privada e imagem das pessoas. 5. Tratam-se de condutas independentes, de modo que não há que se falar em condenação solidária do Estado e do corréu, a qual não se presume, mas depende da lei ou do contrato, que não regulam o presente caso especificamente. 6. Mantém-se o valor da indenização ao qual foi condenado o corréu, pessoa física, quantia capaz de compensar os efeitos do prejuízo sofrido pelo autor e de evitar reincidência do requerido a praticar ações que possam causar grave lesão a direitos fundamentais de outrem. 7. Em relação ao corréu, pessoa física, não se aplica o disposto na Lei n. 9.494/97, porém deixa-se de alterar a sentença por não ter sido interposto recurso a respeito, devendo ser evitado o julgamento extra petita e reformatio in pejus. (TJ-MS – AC: 08003632720178120008 MS 0800363-27.2017.8.12.0008, Relator: Des. Vladimir Abreu da Silva, Data de Julgamento: 07/10/2020, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 13/10/2020)“.

Diante da coexistência de direitos da personalidade, de um lado o da livre manifestação e expressão e de outro a honra e imagem, entende o Supremo Tribunal Federal (STF) que ambos devem ser assegurados, um em cada momento. Em síntese, é assegurada a divulgação de informações, mas também é devida a responsabilização em caso de excesso.

Para exemplificar esse entendimento, um trecho do julgado proferido pelo STF a seguir:

“[...] MECANISMO CONSTITUCIONAL DE CALIBRAÇÃO DE PRINCÍPIOS. O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma Constituição Federal:

vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV). Lógica diretamente constitucional de calibração temporal ou cronológica na empírica incidência desses dois blocos de dispositivos constitucionais (o art. 220 e os mencionados incisos do art. 5º). Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a 'livre' e 'plena' manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana. Determinação constitucional de momentânea paralisia à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação de pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo ou o veículo de comunicação social. Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis. Penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando a posteriori, infletem sobre as causas para inibir abusos o desfrute da plenitude de liberdade de imprensa. [...] (ADPF nº 130/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe 5/11/09) [...] (STF – Rcl: 43110 PE 0101922-97.2020.1.00.0000, Relator: Dias Toffoli, Data de Julgamento: 28/10/2020, Data de Publicação: 03/11/2020)".

Portando, não há como impedir que qualquer indivíduo ou noticiário se expresse sobre determinado assunto ou divulgue notícias sobre fatos; todavia, havendo comprovação de inveracidade ou excesso, poderá haver a sua responsabilização civil, desde que devidamente comprovada.

Considerações Finais

A honra e imagem são direitos da personalidade protegidos pelo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que correspondem a um grupo de direitos subjetivos entendidos como fundamentais para que todo ser humano viva em plenitude.

Atualmente, a internet e a utilização de redes sociais fazem parte do dia a dia de grande parte da população e, por isso, tem sido uma importante ferramenta de propagação das *fake news*, permitindo que um fato mentiroso se espalhe em poucos minutos e cause danos, muitas vezes irreparáveis. Portanto, as *fake news* são falácias mentirosas que podem causar danos à honra e a imagem daquele que é vítima dessa notícia.

De acordo com o disposto no inciso X do artigo 5º da Constituição que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988).

Para garantia destes direitos, os artigos 186 e 927 do Código Civil permitem a responsabilização moral e material decorrente de qualquer conduta que causar comprovado dano a outra pessoa.

Deste modo, se estiverem presentes os quatro requisitos da responsabilidade civil (conduta, culpa,nexo causal e dano) estará o autor obrigado a reparar civilmente a vítima de *fake news*.

Conforme demonstrado na pesquisa, essa responsabilidade pode alcançar tanto o criador da falsa notícia quanto o responsável por sua propagação sem prévia verificação da realidade, interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal.

Contudo, é necessário respeito também à liberdade de expressão garantida pela Constituição, de modo que não será toda a conduta passível de responsabilização civil.

O fator essencial para a caracterização da responsabilidade civil em decorrência de fake News é a constatação dos requisitos legais somado à má-fé, imprudência ou excesso na conduta do agente.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 15 fev. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF – Rcl: 43110 PE 0101922-97.2020.1.00.0000, Relator: Dias Toffoli, Data de Julgamento: 28/10/2020, Data de Publicação: 03/11/2020.

_____. Tribunal de Justiça do Amapá. TJ-AP – APL: 00311444320148030001 AP, Relator: Desembargador AGOSTINHO SILVÉRIO, Data de Julgamento: 18/17/2017, Tribunal.

_____, Tribunal de Justiça da Bahia. TJ-BA – APL: 00124778028050113, Relator: Mário Augusto Albiane Alves Júnior, Primeira Camara Cível, Data de Publicação: 18/08/2020.

_____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. TJ-MS – AC: 08003632720178120008 MS 0800363-27.2017.8.12.0008, Relator: Des. Vladimir Abreu da Silva, Data de Julgamento: 07/10/2020, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 13/10/2020.

CORREA, Iasmin Queiroz. Fake news: análise acerca da necessidade de responsabilização criminal pela conduta da divulgação de notícias falsas. **Conteúdo Jurídico**, 2019. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53567/fake-news-anlise-acerca-da-necessidade-de-responsabilizao-criminal-pela-conduta-da-divulgao-de-notcias-falsas>>. Acesso em: 13 fev. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil; volume único**. – 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. – 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil 1: esquematizado: parte geral: obrigações e contratos**. Coordenador Pedro Lenza. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Maurício Gonçalves Pereira. **Direito à honra e a (in)justiça do valor das indenizações por danos morais**. Trabalho publicado no XIX Encontro Nacional do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito) realizado em Fortaleza-CE, em junho de 2010. Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3505.pdf>>. Acesso em: 09 fev. 2021.

GUIMARÃES, Glayhder Daywerth Pereira; SILVA, Michael César. **Fake News à Luz da Responsabilidade Civil Digital: O surgimento de um novo dano social**. 2019. Disponível em: <<https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/940/775>>. Acesso em 12 fev. 2021.

LIMA, Cintia Rosa Pereira de. A reponsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (lei nº 12.965/14). **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 110, p. 155-176, 2015.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. – 5. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018.

SOBRAL, Cristiano. A responsabilidade civil dos provedores e de terceiros pelas fake news. **Revista Consultor Jurídico**, 27 de outubro de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-out-27/cristiano-sobral-responsabilidade-civil-provedores-fake-news>>. Acesso em: 8 fev. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v.1: Lei de Introdução e Parte Geral**. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____, Flávio. **Direito civil, v.2: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 12 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. – 8. ed. rev, atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

REVOGAÇÃO DAS RESOLUÇÕES 284/2001, 302/2002 E 303/2002 DO CONAMA: UMA ANÁLISE DA ÉTICA ESTATAL FRENTE AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO AMBIENTAL

ANDREZA ALBUQUERQUE AMORE:

Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas. Ocupa o cargo efetivo de técnico previdenciário (especialidade administrativa) da MANAUSPREV. Pós graduada em Direito Público pela Universidade do Estado do Amazonas. Pós graduada em Direito Ambiental e Sustentabilidade pela FAEL - Faculdade Educacional da Lapa.

Resumo: O Estado, como sujeito responsável pelas tomadas de decisões que regem o progresso de uma sociedade por ele administrada, tem o dever de assumir perante à coletividade uma postura ética que atenda aos valores e padrões que foram construídos na evolução de pensamentos e posicionamentos daquele povo. Neste diapasão, surgiu a necessidade de preservação cada vez maior do meio ambiente, por se tratar de um recurso natural esgotável e alvo cada vez maior da sociedade capitalista que visa o desenvolvimento econômico a qualquer custo. Com o progresso do pensamento protecionista, um importante princípio ambiental a ser considerado nas decisões do Estado é o Princípio da Vedação ao Retrocesso Ambiental. Assim, medidas estatais devem acompanhar o ideário do avanço protecionista, evitando o efeito *cliquet* em relação ao direito ambiental. Dessa forma, a revogação das Resoluções 284/2001, 302/2002 E 303/2002 do CONAMA gerou forte repercussão e reação da sociedade com a propositura de ADPF's (747, 748 e 749) frente à insatisfação com tal medida. Não há dúvidas de que esse efeito ricochete foi gerado devido o descontentamento com uma postura Estatal considerada "antiética" na seara do direito ambiental, uma verdadeira manifestação social em busca da ética estatal em suas tomadas de decisões.

Palavras-chaves: Ética Estatal; Princípio da Vedação ao Retrocesso Ambiental; Manifestação Social.

Abstract: The State, as a subject responsible for the decision-making that governs the progress of a society administered by it, has the duty to assume before the collective an ethical posture that meets the values and standards that were built in the evolution of the thoughts and positions of that people. In this tuning point, the need for increasing preservation of the environment arose, because it is an exhaustible natural resource and an increasing target of capitalist society that aims

at economic development at any cost. With the progress of protectionist thinking, an important environmental principle to be considered in state decisions is the Principle of Sealing environmental retrogression. Thus, state measures must accompany the realm of protectionist advancement, avoiding the cliquet effect in relation to environmental law. Thus, the repeal of CONAMA Resolutions 284/2001, 302/2002 E 303/2002 generated strong repercussion and reaction of society with the purpose of ADPF's (747, 748 and 749) in the face of dissatisfaction with such measure. There is no doubt that this ricochet effect was generated due to discontent with a State posture considered "unethical" in the field of environmental law, a true social manifestation in search of state ethics in its decision-making.

Keywords: State Ethics; Principle of Ban to Environmental Regression; Social Manifestation.

Sumário: 1. Introdução. 2. A Construção da ética na esfera pública. 3. O princípio da Vedação ao Retrocesso e sua correlação com a revogação das Resoluções 284/2001, 302/2002 E 303/2002 do CONAMA. 4. Consequências à sociedade resultantes de medidas tomadas pelo Poder Público em dissonância com os valores e padrões impostos pela sociedade. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo apresenta um estudo acerca da importância de se observar a ética estatal na tomada de decisões do Poder Público. A análise procedeu a partir de uma situação concreta de manifestação social, através da proposituras das ADPF's (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) de números 747, 748 e 749 pela sociedade em reação à medida adotada pelo governo que revogou as Resoluções 284/2001, 302/2002 e 303/2002 do CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente).

O problema central está em: Quais são as ofensas à ética estatal com a revogação das resoluções protetivas ambientais em observância ao ideal construído a partir do princípio da vedação ao retrocesso ambiental?

Em relação aos objetivos a serem alcançados, podemos citar a análise da construção da ética na esfera pública; o estudo do princípio da vedação ao retrocesso e sua correlação com a revogação das resoluções do CONAMA (284/2001, 302/2002 e 303/2002), bem como analisar as consequências à sociedade resultantes de medidas tomadas pelo Poder Público em dissonância com os valores e padrões éticos esperados pelo coletivo. Passamos agora à introdução ao tema.

Com o crescimento e desenvolvimento das atividades humanas na nossa sociedade capitalista, o usufruto da matéria prima fornecida pela natureza se torna

alvo para a manutenção dos agentes econômicos, gerando como prioridade uma constante evolução no pensamento estatal protecionista ao meio ambiente, com a finalidade de cumprir a preservação ambiental constitucional definida pelo legislador. O equilíbrio entre os direitos ao desenvolvimento econômico e social e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado se torna prioridade para as tomadas de decisões do Poder Público, é a ideia defendida como desenvolvimento sustentável que busca harmonizar tais princípios.

É certo que o tema de proteção ambiental está em constante evolução e, junto com essa mudança, as medidas adotadas pelos governantes devem sempre procurar atender às necessidades e expectativas da sociedade. Isso ocorre porque o Estado assume a postura delegada pela sociedade como sendo o principal personagem no processo da proteção ambiental. A sociedade enxerga como sendo a figura capaz de limitar a exploração do meio ambiente, criar regras de proteção ambiental, definir as permissões de usufruto da natureza, entre outras importantes funções deste ente.

Em decorrência do papel que o Estado assume perante à sociedade, este tem o dever de avocar para si uma postura ética, que atenda aos valores e padrões que foram construídos nessa evolução de pensamentos e posicionamentos, corrobora com esse entendimento a autora Sônia Naves David Amorim "A ele [Estado] cabe a responsabilidade, intransferível, de assegurar a prevalência do interesse de todos e do bem-estar geral, sobre interesses privados" (AMORIM, 2014, p. 94). Recai sobre ele, então, o ofício de ostentar compromissos que estejam caminhando em paralelo com aquilo que a sociedade espera e acredita ser o melhor para o coletivo.

É certo que, além de uma postura ética, o Poder Público em suas tomadas de decisões possui como dever observar também as imposições normativas em determinada matéria. Não há dúvidas de que princípios possuem o mesmo patamar normativo das regras determinadas pelas legislações. Logo, não há hierarquia entre regras e princípios, sendo estes últimos verdadeiras normas jurídicas a serem observados nas condutas estatais.

O estudo através das revogações das Resoluções do CONAMA e a rápida insatisfação e proposituras de ADPF's de inconformidade com a tomada de decisão estatal é um cenário real da manifestação social frente ao descontentamento com uma postura Estatal considerada "antiética" na seara do direito ambiental. A mudança na composição do Conselho Nacional do Meio Ambiente que alterou a participação social nas suas tomadas de decisões, notoriamente já resultou em impactos de aquiescência pela sociedade das políticas executadas.

Com esta perspectiva, será possível observar as repercussões sociais que foram geradas através da postura estatal na revogação de normas protetivas ambientais, justamente por ir em sentidos opostos àqueles em que a sociedade acredita e considera como sendo éticos em relação à proteção ambiental. Tal cenário é que justifica o presente estudo, buscando dar maior visibilidade ao tema de uma forma concreta, o que torna visível uma correlação prática entre a postura ética a ser assumida pelo Poder Público e as repercussões sociais quando o Estado atua de forma contrária aos valores e padrões estipulados como éticos pela sociedade.

Isto posto, o presente trabalho foi desenvolvido através da pesquisa bibliográfica, por meio da análise legislativa, teórica e bibliográfica acerca do tema da ética estatal e conceitos relativos ao princípio da vedação ao retrocesso ambiental. Bem como a análise concreta da revogação das resoluções do CONAMA e as ADPF's propostas pela sociedade contra tal decisão do Poder Público.

2 A CONSTRUÇÃO DA ÉTICA NA ESFERA PÚBLICA

O Poder Público é o responsável pela tarefa de administrar as diretrizes de um Estado através de suas legislações e imposições jurisdicionais. Como toda relação humana, a evolução de pensamentos e padrões éticos da sociedade estão em constante mutação, a sociedade sempre está acompanhada com o ideal de progresso. É claro que a atuação estatal não pode se distanciar desses valores morais construídos em uma sociedade, seus valores estão diretamente ligados à cultura de um povo, ao caráter, a consciência do indivíduo e questões socioeconômicas, devendo sempre andar em paralelo com essa construção da ética coletiva.

Segundo Antônio Pereira Cândido (2011, p. 31), “[...]poderíamos afirmar que ética é o conjunto de valores e regras, partilhados pelos membros da sociedade, que permite a felicidade de todos”. Logo, o atendimento aos ideais compartilhados pela sociedade e as normas que a regem faria com que a atuação Estatal fosse considerada dentro dos padrões éticos coletivos, alcançando assim, o bem comum.

As tomadas de decisões pelo Poder Público, responsáveis por moldar os comportamentos sociais de seus administrados, tem o fito de evoluir em consonância com o pensamento da coletividade sobre determinada matéria. “A ética impõe um caminho natural. O servidor público em seu caminho natural deve servir ao público.” (CÂNDIDO, 2011, p.73). Ao longo da história, portando, o Estado deve acompanhar o avanço e mudanças daquilo que se considera mais ou menos viável para a sua tomada de decisões, nas palavras de Sônia Naves David Amorim (2014, p. 94), observamos:

“[...] o Estado constitui um ente cujas características e formas de ação representam a cristalização de valores e padrões

historicamente produzidos em um espaço social determinado, o resultado de um tipo de relação entre detentores do poder político e os segmentos da sociedade.”

Isso se dar porque a sociedade legitima seus governantes para essa tarefa de representá-la nas tomadas de decisões. “O gestor ocupa um cargo representativo e sua ação é em nome do Estado que representa toda a população” é a ideia retirada da obra de Vieira trazida no trabalho de Tiago Botan (2018, p. 15). Corroborando com a ideia, Antônio Pereira Cândido (p. 38, 2011) afirma que “os líderes têm que assumir um compromisso para a melhoria da vida social.” Dessa forma, suas medidas devem sempre velar pelo bem estar social.

Bem resume Tiago Botan a visão de José Matias Pereira (2018, p. 12):

A ética na administração pública está relacionada com a conduta dos gestores que ocupam seus cargos, sendo que esses gestores devem agir conforme normas éticas, exibindo valores morais para o atendimento da sociedade. Estas atividades não podem distorcer as finalidades dos órgãos estatais na administração pública, que estão submetidas às leis que são constitucionais. Todo esse aparato de normas objetiva uma conduta ética e moral por parte de todos os agentes públicos que servem ao Estado.

Logo, atuando os gestores fora dos padrões, seus atos estariam sujeitos a rejeição e até mesmo invalidade, é o que afirma Tiago Botan (2018, p. 16), quando expõe o pensamento de Felipe Vieira: “os atos da Administração Pública devem estar inteiramente dentro dos padrões éticos, e os bens e interesses públicos devem ser resguardados, sob pena de invalidade jurídica.” Portanto, é de suma importância que a postura do Estado, e seus representantes enquanto agentes públicos, tomem pra si essa função de visar o coletivo em detrimento de opiniões minoritárias, e além disso, acompanhar a evolução do tratamento das matérias que lhes cabem administrar. Resume Sônia Naves David Amorim (2014, p. 94):

O Estado constitui — enquanto ente delegado da sociedade, para em seu nome garantir a vida coletiva — um ator de alta relevância em uma esfera que representa o espaço do interesse coletivo: a pública. A ele cabe a responsabilidade, intransferível, de assegurar a prevalência do interesse de todos e do bem-estar geral, sobre os interesses privados.

Em se tratando do ramo do direito ambiental, podemos ressaltar a mudança da ideia de uma exploração que visa apenas o desenvolvimento econômico cedendo

lugar ao desenvolvimento sustentável, que busca a harmonização do desenvolvimento capitalista com a proteção ambiental. Padrões e ideias protecionistas passaram a ter maior impacto em todos os ramos do direito e das políticas públicas em virtude da nova concepção de que os recursos ambientais não são inesgotáveis e que o meio ambiente em observância à determinação constitucional do artigo 225, deve ser defendido e preservado não só pelo Poder Público, mas por toda a coletividade. Assim, o Estado cria métodos para alcançar essa atribuição, observa-se:

A Política Nacional de Educação Ambiental veio reforçar que o meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e indispensável à sadia qualidade de vida, deve ser *defendido e preservado* pelo Poder Público e pela coletividade (o que importa dizer que é um dever de todos, pessoas físicas e jurídicas), por intermédio da construção de valores sociais, de conhecimentos, habilidades e atitudes voltadas à preservação desse bem pela implementação da educação ambiental (FIORILLO, 2020, p. 119).

Com isto, o Estado assume a tarefa de, através do seu poder-dever, definir as normas e atuações protecionistas do meio ambiente, e cada vez mais ampliar a salvaguarda ambiental. Atuar sempre de forma que se aproxime dos valores considerados éticos com os padrões estabelecidos pela sociedade e em conformidade com as normas e princípios adotados em matéria, especificamente neste estudo, ambiental. É a íntima ligação com a aplicação do princípio ambiental da vedação ao retrocesso nas políticas públicas governamentais.

3 O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO E SUA CORRELAÇÃO COM A REVOGAÇÃO DAS RESOLUÇÕES 284/2001, 302/2002 E 303/2002 DO CONAMA

Conforme afirma Paulo Affonso Leme Machado (2018, p. 145):

O princípio da não regressão foi definido, no plano legislativo, de forma inovadora, na França, com a seguinte redação: “a proteção do meio ambiente, assegurada pelas disposições legislativas e regulamentares relativas ao meio ambiente, só pode ser objeto de uma melhoria constante, levando-se em conta os conhecimentos científicos e técnico do momento.”

Na passagem do autor, vislumbra-se desde logo que o princípio da vedação ao retrocesso não é sinônimo de barreira ao desenvolvimento. Ele caminha junto com as evoluções e transformações dos conhecimentos técnicos e científicos, o que propicia o desenvolvimento econômico de forma segura ao meio ambiente. Gerando

dessa forma a harmonização entre os dois ideias, aproximando-se do conceito de desenvolvimento sustentável. Sustentou-se também o princípio na Decisão que referendou a Medida Cautelar proferida na ADPF 747 citou-se Antonio Herman Benjamin (2012, p. 62):

É seguro afirmar que a proibição de retrocesso, apesar de não se encontrar, com o nome e sobrenome, consagrada na nossa Constituição, nem em normas infraconstitucionais, e não obstante sua relativa imprecisão – compreensível em institutos de formulação recente e ainda em pleno processo de consolidação –, transformou-se em princípio geral do Direito Ambiental, a ser invocado na avaliação de legitimidade de iniciativas legislativas destinadas a reduzir o patamar de tutela legal do meio ambiente [...]

O conceito então deste princípio é extravasado por Paulo Affonso Leme Machado (2018, p. 147):

O princípio de não regressão significa que a legislação e a regulamentação relativas ao meio ambiente só podem ser melhoradas e não pioradas. É o aperfeiçoamento do “bom ambiental”. O “bom ambiental” é uma situação indispensável a ser encontrada em todos os elementos do meio ambiente – águas, ar, flora e fauna-, para que haja o equilíbrio ecológico. O “bom ambiental” só pode ser alterado para transformá-lo em “ótimo ambiental”. A regressão das normas ambientais traduz a ocorrência do “pior ambiental”, isto é, do desequilíbrio ecológico.

Ingo W. Sarlet e Tiago Fensterseifer (2014, p. 195), em sua obra Princípios do Direito Ambiental também conceituam de forma imponente o princípio, vejamos:

A garantia da proteção de retrocesso (socio)ambiental seria concebida no sentido de que a tutela jurídica ambiental – tanto sob a perspectiva constitucional quanto infraconstitucional – deve operar de modo progressivo do âmbito das relações socioambientais, a fim de ampliar a qualidade de vida existente hoje e atender a padrões cada vez mais rigorosos de tutela da dignidade da pessoa humana, não admitindo o retrocesso, em termos fáticos e normativos, a um nível de proteção inferior àquele verificado hoje.

No direito brasileiro, “o princípio da vedação do retrocesso decorre implicitamente do ordenamento constitucional brasileiro.” (SARLET, 2004, p. 35), ele não consta explicitamente, entretanto coaduna com o aparato legislativo e principiológico do ordenamento pátrio. Corrobora com esta visão, Maria Luiza Machado Granziera, em seu livro *Direito Ambiental*, quando ressalta a visão do Princípio exarada por Prieur (2019, p. 62):

[...] esse princípio encontra amparo em todos os outros princípios já consagrados do direito ambiental: a prevenção impede o recuo das proteções; [...] a precaução permite que a irreversibilidade seja evitada; a participação e a informação do público permite a garantia de um nível de proteção suficiente, graças a um controle cidadão permanente.”

É nessa visão da autora acima mencionada, que podemos relacionar a importante participação da sociedade, efetivando seu papel de controle sobre as políticas públicas, decisões tomadas pelos governantes e mudanças na legislação protetiva. Foi nessa diapasão de participação da sociedade que pudemos ver no caso concreto (objeto deste estudo) a insatisfação social materializada através das ADFP's (747, 748 e 749) propostas pelos membros da coletividade em reação à medida adotada pelo CONAMA (Revogação das Resoluções 284/2001, 302/2002 E 303/2002), aqui tratando tal medida representado a tomada de decisão pelo Poder Público. A revogação das medidas foi para a sociedade uma clara violação aos mandamentos de proteção ambiental, onde foi possível observar grave violação ao Princípio da Vedação ao Retrocesso.

“A proibição do retrocesso vem exatamente no sentido de garantir que no evoluir do tempo, e da edição de novas normas e de sua aplicação, também se mantenha o piso de garantias constitucionalmente postas ou se avance na proteção do meio ambiente.” (MILARÉ, 2015, p. 277).

O princípio do não retrocesso em matéria ambiental, significa verdadeira proteção ao bem estar social, visto que se aproxima da preocupação com a sadia qualidade de vida e com o meio ambiente ecologicamente equilibrado, ambos previstos no art. 225, da Carta Magna. Sirvinskas acentua a conexão do princípio com a sobrevivência de todas as formas de vida:

O princípio do não retrocesso ou da proibição do retrocesso constitui um importante instrumento para o jusambientalista. Este princípio impede que novas leis ou atos venham a desconstruir conquistas ambientais. Após atingir certos *status* ambiental, o princípio veda que se retorne a estágios

anteriores, prejudicando e alterando a proteção dos recursos naturais, por exemplo.

No nosso entender, este princípio não admite qualquer excludente, já que a higidez ambiental é importante à sobrevivência de todas as formas de vida. Abrir exceção é permitir a degradação e a destruição do ambiente e das conquistas que levaram décadas para ser alcançadas. (SIRVINSKAS, 2020, p. 149)

Na parte final da visão do autor, é importante salientar o destaque acerca da evolução das conquistas, quando ele cita “conquistas que levaram décadas para ser alcançadas”. Assim, é claro que os padrões e evoluções de proteção ambiental foram sofrendo mutações (e continuam sofrendo), e com isto os valores tidos como corretos e éticos pela sociedade nesta matéria também foram passando (e passam) por esta evolução, sendo assim necessário que as decisões políticas acompanhem tais mutações. É por isso que, quando da revogação das Resoluções 284/2001, 302/2002 E 303/2002 do CONAMA, houve forte insatisfação social, que repercutiu na propositura das ADPF’s (747, 748 e 749), em busca de invalidar tais ações tomadas pelo Estado com fulcro no princípio da vedação ao retrocesso ambiental. Passamos a análise então da correlação desta revogação e violação do princípio.

Primeiramente, vale explicitar que o CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente- é um órgão consultivo e deliberativo do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), instituído pela Lei. 6.938/81. Suas competências estão previstas no art. 8º da Lei 6.938/8137. O CONAMA foi o órgão responsável pela

37 Art. 8º. Compete ao CONAMA:(Redação dada pela Lei nº 8.028, de 1990); I - estabelecer, mediante proposta do IBAMA, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pelos Estados e supervisionado pelo IBAMA;(Redação dada pela Lei nº 7.804, de 1989); II - determinar, quando julgar necessário, a realização de estudos das alternativas e das possíveis conseqüências ambientais de projetos públicos ou privados, requisitando aos órgãos federais, estaduais e municipais, bem assim a entidades privadas, as informações indispensáveis para apreciação dos estudos de impacto ambiental, e respectivos relatórios, no caso de obras ou atividades de significativa degradação ambiental, especialmente nas áreas consideradas patrimônio nacional. (Redação dada pela Lei nº 8.028, de 1990); III - (Revogado pela Lei nº 11.941, de 2009); IV - homologar acordos visando à transformação de penalidades pecuniárias na obrigação de executar medidas de interesse para a proteção ambiental; (VETADO); V - determinar, mediante representação do IBAMA, a perda ou restrição de benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público, em caráter geral ou condicional, e a perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;(Redação dada pela Lei nº 7.804, de 1989); VI - estabelecer, privativamente, normas e padrões nacionais de controle da poluição por veículos automotores, aeronaves e embarcações, mediante audiência dos Ministérios competentes; VII - estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos.

revogação das normas protecionistas ambientais, gerando assim violação ao princípio abordado no presente estudo. A revogação das resoluções gerou grande polêmica visto que: 1) A resolução 284/2001 exige o licenciamento ambiental para irrigação; 2) A resolução 302/2002 trata sobre o estabelecimento de parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente de reservatórios artificiais e o regime de uso do entorno, como por exemplo, uma faixa mínima de preservação permanente nas margens de represas artificiais; 3) A resolução 303/2002 trata sobre parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente, como por exemplo, uma proteção a restingas com faixas de 300 metros da linha preamar.

Observa-se, portanto, que as três Resoluções tratam de medidas de limitação à utilização dos recursos naturais, previam desde logo limites e parâmetros de preservação e proteção ao meio ambiente. Frente ao conteúdo das resoluções, não restam dúvidas que sua revogação e não substituição por qualquer regramento mais protetivo, causou evidente violação ao princípio da vedação ao retrocesso em matéria ambiental. Não restam dúvidas de que esta providência estatal foi defronte aos valores e princípios que regem o Direito Ambiental. Não foram observados os padrões éticos que coadunam com a evolução protecionista e muito menos com as determinações normativas adotadas em nosso ordenamento pátrio. Foi esta Nítida violação que repercutiu ligeira objeção e a propositura das ADPF's 747, 748 e 749.

O pedido de revogação da Resolução 500/2020 que revogou as Resoluções protecionistas citadas foi atendido em Liminar deferida ad referendum, pela Ministra ROSA WEBER e posteriormente referendada pelos Ministros do STF. Sintetizou-se o posicionamento da Corte através da ementa dos julgados, emitidos nas três ADPF's38 de forma similar, a qual colaciono:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. PEDIDO DE LIMINAR. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AOS ARTS. 5º, XXXVI, 37, CAPUT, E 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RESOLUÇÃO CONAMA Nº 500/2020. REVOGAÇÃO DAS RESOLUÇÕES NºS 84/2001, 302/2002 E 303/2002. LICENCIAMENTO DE EMPREENDIMENTOS DE IRRIGAÇÃO PARÂMETROS, DEFINIÇÕES E LIMITES DE ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE DE RESERVATÓRIOS ARTIFICIAIS E REGIME DE USO DO ENTORNO. PARÂMETROS, DEFINIÇÕES E LIMITES DE ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE EM GERAL.

38 STF – ADPF: 748 MC- REF/ DF 0104549-74.2020.1.00.0000, Rel. Ministra Rosa Weber, Plenário, Data de Julgamento: 30/11/2020, Dje n. 289 de 10/12/2020 / ADPF: 749 MC- REF/ DF 0104651-96.2020.1.00.0000, Rel. Ministra Rosa Weber, Plenário, Data de Julgamento: 30/11/2020, Dje n. 289 de 10/12/2020

SUPRESSÃO DE MARCOS REGULATÓRIOS AMBIENTAIS. APARENTE RETROCESSO. FUMUS BONI JURIS E PERICULUM IN MORA DEMONSTRADOS. RESOLUÇÃO CONAMA Nº 499/2020. COPROCESSAMENTO DE RESÍDUOS EM FORNOS ROTATIVOS DE PRODUÇÃO DE CLÍNQUER. FUMUS BONI JURIS NÃO DEMONSTRADO. MEDIDA LIMINAR DEFERIDA EM PARTE. REFERENDO.

1. A **mera revogação** de normas operacionais fixadoras de parâmetros mensuráveis necessários ao cumprimento da legislação ambiental, **sem sua substituição ou atualização, compromete a observância da Constituição, da legislação vigente e de compromissos internacionais.**

2. A revogação da Resolução CONAMA nº 284/2001 sinaliza dispensa de licenciamento para empreendimentos de irrigação, mesmo que potencialmente causadores de modificações ambientais significativas, a evidenciar graves e imediatos riscos para a preservação dos recursos hídricos, sem prejuízo da qualidade de vida das presentes e futuras gerações (art. 225, caput e § 1º, I, da CF). **A revogação das Resoluções nºs 302/2002 e 303/2002 distancia-se dos objetivos definidos no art. 225 da CF, baliza material da atividade normativa do CONAMA.** Aparente estado de anomia e descontrole regulatório, **a configurar material retrocesso no tocante à satisfação do dever de proteger e preservar o equilíbrio do meio ambiente, incompatível com a ordem constitucional e o princípio da precaução.** Precedentes. **Aparente retrocesso na proteção e defesa dos direitos fundamentais à vida** (art. 5º, caput, da CF), à saúde (art. 6º da CF) **e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado** (art. 225, caput, da CF).

Fumus boni juris demonstrado.

3. **Elevado risco de degradação** de ecossistemas essenciais à preservação da vida sadia, comprometimento da integridade de processos ecológicos essenciais e perda de biodiversidade, a evidenciar o periculum in mora.

4. Ao disciplinar condições, critérios, procedimentos e limites a serem observados licenciamento de fornos rotativos de

produção de clínquer para a atividade de coprocessamento de resíduos, a Resolução CONAMA nº 499/2020 atende ao disposto no art. 225, § 1º, IV e V, da CF, que exige estudo prévio de impacto ambiental para a instalação de atividade potencialmente causadora de degradação do meio ambiente e impõe ao Poder Público o controle do emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente. Mostra-se consistente, ainda, com o marco jurídico convencional e os critérios setoriais de razoabilidade e proporcionalidade da Política Nacional de Resíduos Sólidos (art. 6º, XI, da Lei nº 12.305/2010), a afastar o *fumus boni juris*.

5. Liminar parcialmente deferida, ad referendum do Plenário, para suspender os efeitos da Resolução CONAMA nº 500/2020, com a imediata restauração da vigência e eficácia das Resoluções CONAMA nºs 284/2001, 302/2002 e 303/2002.

6. Medida liminar referendada. (*Grifos nossos*)

(STF – ADPF: 747 MC- REF/ DF 0104368-73.2020.1.00.0000, Rel. Ministra Rosa Weber, Plenário, Data de Julgamento: 30/11/2020, Dje n. 289 de 10/12/2020)

Dessa forma, fica aparente a violação ao princípio da vedação ao retrocesso ambiental com a revogação das resoluções protetivas do meio ambiente. A atitude estatal de revogação e não substituição por norma mais protetiva atingiu de forma retrógrada as normas ambientais e afetou, sem dúvidas, o núcleo protecionista ambiental, acarretando dessa forma, uma reação social, qual seja, a propositura das ADPF's.

4 CONSEQUÊNCIAS À SOCIEDADE RESULTANTES DE MEDIDAS TOMADAS PELO PODER PÚBLICO EM DISSONÂNCIA COM OS VALORES E PADRÕES IMPOSTOS PELA SOCIEDADE

Na obra de João Batista Moreira Pinto e Samuel Santos Felisbino (p. 2-3), os autores ressaltam importante visão, vejamos:

[...] a efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um processo, marcado por seus **vários atores**, cada qual com seus interesses diversos, o que conseqüentemente, gera conflitos e ambigüidades.

[...]Estas diferentes concepções sobre o tema decorrem dos diferentes atores envolvidos no processo de efetivação, contemplando principalmente: agentes econômicos, a sociedade civil e o Estado. Os agentes econômicos, majoritariamente vinculados a uma lógica liberal de acumulação de capital, baseada na propriedade privada e na apropriação de bens ambientais, buscam impor a força do capital sobre os demais interesses socioambientais, sendo necessária sua conformação aos ditames constitucionais de equidade socioambiental.

Daí decorre **a importância da participação da sociedade civil**, de forma organizada em movimentos ou grupos sociais, ou através da participação direta dos cidadãos. Como principais meios de participação podemos mencionar as audiências públicas e a participação em órgãos colegiados.

[... Já O Estado, seja pelo modelo liberal, típico da modernidade, seja pelo modelo do Estado intervencionista, embora devesse atuar como mediador, atua concretamente de forma ambígua, alinhando em cada momento com interesses diversos.

A partir desta abordagem inicial, é possível observar três grupos distintos que atuam de forma ativa na efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Em destaque para este estudo, focaremos na atuação estatal e da sociedade civil. De acordo com o entendimento, a sociedade civil pode atuar através da sua participação em órgãos colegiados, no caso em questão, destacamos o CONAMA.

O CONAMA passou por recente reestruturação de seus componentes, por meio do Decreto 9.806/ 2019, reduzindo drasticamente a quantidade dos membros conselheiros. Desta decisão já se causou grande repercussão entre os ambientalistas, isto porque se trata de um órgão que exige alto nível de especialização frente as grandes responsabilidades que possui. Assim, para atuar de forma eficiente nas políticas públicas ambientais em nível nacional, nada mais necessário do que um corpo de representantes que efetivamente são capazes de conhecer a verdadeira realidade de cada "cantinho" do país, visto que o Brasil possui limites continentais. Uma maior participação dos grupos sociais está ligada com a democracia e até mesmo com o exercício da cidadania. Sônia Naves David Amorim (2000, p. 102) ressalta:

No atual processo de globalização, que representa a hegemonia dos valores liberais, a democracia insere-se como um dos valores universais e, mesmo em sua concepção mais simplificada, está relacionada à capacidade do povo de dirigir o Estado, visando o bem comum e o interesse de todos. (2000, p. 95)

[...] Neste sentido, tem como condição básica, uma democratização do Estado, que inclua a criação de canais efetivos de participação dos atores sociais nas decisões públicas, a ampliação dos controles sociais e a transparência dos atos públicos; medidas estas, potencializadoras da organização social e do exercício da cidadania. Encontra também ambiente favorável para desenvolver-se em instituições públicas que distinguem claramente o interesse público do privado, que preocupam-se mais com o controle dos resultados do que dos procedimentos, e investem tanto na eficiência quanto na efetividade de suas ações.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, consagrou na defesa do meio ambiente a atuação presente do *Estado* e da *sociedade civil* na proteção e preservação do meio ambiente, ao impor à coletividade e ao Poder Público tais deveres. (FIORILLO, 2020, p. 115). A democracia na gestão ambiental abre espaço para a efetividade da participação. (MACHADO, 2018, p. 143). Desta feita, em uma visão crítica, a redução do colegiado no CONAMA gerou impactos nas decisões do órgão, tanto é que pouco tempo depois houve a revogações das resoluções objeto do presente estudo. Não há dúvidas de que um maior número de conselheiros, geraria um maior debate sobre o assunto, e talvez, uma maior cautela na tomada de decisões. Com isto, o arcabouço decisório se aproximaria cada vez mais daqueles ideais esperados pela coletividade. Uma maior representatividade aproxima a sociedade do poder decisório.

Colaboram com esse entendimento:

O princípio da participação constitui ainda *um dos elementos do Estado Social de Direito* (que também poderia ser denominado Estado Ambiental de Direito), porquanto todos os direitos sociais são a estrutura essencial de uma saudável qualidade de vida, que, como sabemos, é um dos pontos cardeais da tutela ambiental. (FIORILLO, 2020, p. 116).

A participação em órgãos colegiados é considerada uma conquista democrática da sociedade, possibilitando de maneira virtuosa a sensibilização e mobilização da sociedade, bem como uma maior visibilidade das organizações socioambientais. (AGRA FILHO, 2010, p. 353). Extrai-se que a sociedade deve agir de forma ativa com o objetivo de buscar cumprir a determinação constitucional de proteger e preservar o meio ambiente, necessita exigir o cumprimento por parte do Poder Público de políticas públicas que caminham juntos com a evolução e desenvolvimento da ideia protecionista ambiental, acompanhando os padrões e valores éticos ambientais, criando assim uma esfera positivista protetora à sadia qualidade de vida, ao bem estar social, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, oportunizando, por conseguinte, a asseguarção do direito à vida e da dignidade da pessoa humana. Se não assim o fizer, estaria comprometendo o seu próprio direito ao meio ambiente. Fiorillo (2020, p. 116) rechaça a postura de omissão social:

Outrossim, oportuno considerar que o resultado dessa omissão participativa é um prejuízo a ser *suportado pela própria coletividade*, porquanto o direito ao meio ambiente possui *natureza difusa*. Além disso, o fato de a administração desse bem ficar sob custódia do Poder Público não elide o dever de o povo atuar na conservação e preservação do direito o qual é titular.

É claro que além da cobrança social, o gestor da *res pública* deve agir conforme os princípios e normas que regem o Estado. E ainda, observar os valores e padrões éticos para que suas decisões sejam legitimadas pela sociedade. Trata-se do beneplácito da sociedade contar com gestores centrados e com posições que representem de forma efetiva o posicionamento ético e moral do coletivo. Na verdade, trata-se de um dever do administrador para com seus administrados, pois aquele toma pra si uma tarefa de dirigir e conduzir a utilização de um patrimônio público, qual seja, o meio ambiente.

O Poder Público passa a figurar não como proprietário dos bens ambientais – águas, ar e solo, fauna e florestas, patrimônio histórico -, mas como gestor ou gerente, que administra bens que não são dele e, por isso, deve explicar convincentemente sua gestão. A aceitação dessa concepção jurídica vai conduzir o Poder Público a ter que prestar contas sobre a utilização dos “bens de uso comum do povo”. (MACHADO, 2018, p. 142/143)

É o que chamamos de função gestora do Estado. Tornando cada vez mais necessário que o Estado na sua administração do bem público observe aquilo que a

sociedade intenta, sob pena de grande descontentamento e repercussões jurídicas. Bem resume Marcelo Abelha Rodrigues (2020, p. 395) quando afirma:

[Atuação da sociedade civil] atua de forma a pressionar as decisões políticas do Estado, de modo a fazer com que o Poder Público assumira uma postura ética, social e comprometida com os valores e as funções que deve respeitar e realizar: no caso que ora estudamos, um comportamento de comprometimento com a preservação do meio ambiente.

Desta forma, as medidas tomadas pelo Poder Público devem buscar atender aos padrões e valores éticos de uma sociedade, principalmente de seus administrados. Além disso, deve observar a evolução normativa e principiológica, em especial neste estudo, as de matéria ambiental para que não haja prejuízo à coletividade. Decisões tomadas pelo Estado em dissonância com tais padrões estão sujeitas à reação social, que age amparada pelo exercício da cidadania e da democracia. No presente caso, em resumo, observamos que uma decisão adotada pelo Estado que foi de frente com os valores e padrões de preservação do meio ambiente, que contrariou o entendimento acerca da vedação ao retrocesso em matéria ambiental gerou rápida indignação que resultou na propositura das ADPFs, representando assim a indignação com as políticas adotadas pelo órgão responsável pela proteção ambiental. Portanto, no processo de dirigir e administrar a política decisória, se faz estritamente necessária a observância da ética estatal.

5 CONCLUSÃO

O conceito de ética abordado no presente estudo foi aquele que considera-se como sendo o conjunto de valores e regras, partilhados pelos membros de uma sociedade. Resultado das relações humanas e suas evoluções de pensamentos criam padrões éticos a serem observados pelos gestores da *res pública* quando da sua atividade de gerir e direcionar a atividade administrativa.

O gestor ocupa um cargo representativo e sua ação é em nome do Estado que representa toda a população, logo, este deve atuar de forma que coaduna com a visão de ética social, sob pena de invalidade da sua atuação e forte rejeição pela coletividade.

O princípio ambiental da vedação ao retrocesso foi construído a partir da ideia de preservação do meio ambiente como um dever não só do Estado mas também de toda a coletividade. Restam estes sujeitos velarem pela proteção do meio ambiente em busca do bem estar da sociedade, obedecendo assim mandamento constitucional trazido no art. 225 da CF.

Tal princípio abarca a ideia de que a legislação e a regulamentação relativas ao meio ambiente não podem ser pioradas, devendo sempre significar uma evolução protetiva. Qualquer alteração deve sempre visar aumentar o patamar protecionista ambiental. A edição de novas normas precisam sempre manter o piso de garantias que já foram alcançados, sendo vedada a regressão da proteção. Não se trata de um congelamento normativo, mas da necessidade, com o passar do tempo, do desenvolvimento econômico se dar de forma harmoniosa com a conservação e preservação do meio ambiente.

Em análise ao caso concreto trazido pelo presente estudo, no que tange a revogação das Resoluções 284/2001, 302/2002 E 303/ do CONAMA, foi possível observar consequências sociais frente à tomada de decisão em dissonância com padrões e valores esperados pela coletividade. As três Resoluções do CONAMA, as quais tratam de medidas de limitação à utilização dos recursos naturais, previam desde logo limites e parâmetros de preservação e proteção ao meio ambiente. Frente ao conteúdo das resoluções, não restam dúvidas que sua revogação e não substituição por qualquer regramento mais protetivo, causou evidente violação ao princípio da vedação ao retrocesso em matéria ambiental.

Ressalta-se que a CF/88 consagrou em seu texto uma atuação positiva da sociedade para que o direito ao meio ambiente fosse alcançado. A participação em órgãos colegiados através de membros que representam as parcelas que compõe a sociedade é considerada uma conquista democrática, que possibilita de maneira virtuosa sua participação direta na tomada de decisões.

Constatou-se que a redução da composição do CONAMA já distanciou a tomada de decisão daqueles ideias esperados pela sociedade. Em curto período de tempo, como se pôde observar, medidas adotadas pelo órgão já gerou grande reação social frente seu decisório que não coaduna com os princípios e regras que regem o Direito Ambiental Brasileiro. De certo que os representantes devem sempre se alinhar com as normas que amparam tal matéria. É o que chamamos de função gestora do Estado. Tornando cada vez mais necessário que o Estado na sua administração do bem público observe aquilo que a sociedade intenta, sob pena de grande descontentamento e repercussões jurídicas.

Esse descontentamento foi o que gerou, no presente caso, as proposituras das ADPF's (747, 748 e 749), propostas por representantes da sociedade civil descontentes com medidas adotadas pelo CONAMA na sua função estatal. Ficou claro que quando a atuação do Poder Público se distancia do padrões éticos, ideais, valores e princípios de uma coletividade, a reação desta se dá de forma rápida e amparada pelo direito.

Dessa forma, busca-se que os representantes honrem com a função estatal que lhes é atribuída. Devendo estes agir em conformidade com ética. Cabe à sociedade fiscalizar a atuação do Estado, de modo a garantir seus direitos. Assim, ficou portanto verificada que a revogação das Resoluções protetivas foi uma atuação estatal em desconforme com os padrões e valores da sociedade.

6 REFERÊNCIAS

AGRA FILHO, Severino Soares. Os conflitos ambientais e os instrumentos da política nacional do meio ambiente. In: ZHOURI, Andréa; LASCHEFSKI, Klemens (Orgs). **Desenvolvimento e conflitos ambientais**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 351-359.

AMORIM, S. N. D. Ética na esfera pública: a busca de novas relações Estado/Sociedade. **Revista do Serviço Público**, [S. I.], v. 51, n. 2, p. p. 94-104, 2014. DOI: 10.21874/resp.v51i2.327. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/327>. Acesso em: 01 de dezembro de 2020.

BENJAMIN, Antonio Herman. **Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental In Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental**. Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242559>> Acesso em 10 de dezembro de 2020.

BOTAN, Tiago. **A importância da Ética na Gestão Pública**. Dspace, 2018. Disponível em: <<http://dspace.nead.ufsj.edu.br/trabalhospublicos/bitstream/handle/123456789/229/VERS%c3%83O%20P%c3%93S%20BANCA%20-%20Tiago%20Botan.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em 16 de fevereiro de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 30 de janeiro de 2021.

_____. Decreto 9.806/ 2019, de 28 de maio de 2019. **Altera o Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, para dispor sobre a composição e o funcionamento do Conselho Nacional do Meio Ambiente - Conama**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9806.htm> Acesso em: 16 de fevereiro de 202.

_____. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. **Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá**

_____. Resolução 500 de 19 de outubro de 2020. **Declara a revogação das resoluções discriminadas neste ato.** DOU N° 202, de 21/10/20, Seção 01, Pág. 88. Disponível em: < <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=751> > Acesso em 30 de janeiro de 2021.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** 20. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental.** 5. ed. Indaiatuba. SP: Editora Foco, 2019.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro.** 26.ed., rev., e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

MATIAS-PEREIRA, José. **Manual de gestão pública contemporânea.** 3.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente.** 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PINTO, João Batista Moreira; MENDES, Samuel Santos Felisbino. **O processo de efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: atores e conflitos.** Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d8d31bd778da8bdd> > Acesso em: 16 de fevereiro de 2021.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental esquematizado.** 7.ed. – São Paulo: Educação Saraiva, 2020.

SARLET, Ingo. **A eficácia do direito fundamental da segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro.**n. 4. Porto Alegre: Notadez, 2004.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental.** 18.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

VIEIRA, Felipe. **Ética na Administração em face dos princípios constitucionais de administração pública.** 2002. Disponível em: < <https://admpublicaufpr.wordpress.com/2010/05/11/etica-na-administracao-em-face-dosprincipios-constitucionais-de-administracao-publica/>. > Acesso em: 29 de janeiro de 2021.

A TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL EM CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEIS: ANÁLISE À LUZ DA RESP Nº 1.643.070 – PR

VITOR LIMA ALMEIDA: Acadêmico do Curso de Direito da Unidade de ensino superior do Sul do Maranhão- UNISULMA

THIAGO VALE PESTANA

(Orientador)³⁹

RESUMO: O presente trabalho teve como objetivo analisar sob o enfoque do direito o instituto jurídico da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, a controvérsia acerca do uso da teoria do adimplemento, observando o conceito, princípios e caracterização do instituto nos tribunais brasileiros, usando-se a análise da RESP Nº 1.643.070 – PR em conjunto com a submissão aos princípios e valores que regem o nosso ordenamento jurídico, tais como os da boa-fé objetiva e da função social do contrato. Em que se verificou a existência de jurisprudência no STJ que demonstra a aplicabilidade da teoria do adimplemento no instituto da alienação fiduciária, bem como a uniformidade das decisões, em que ocorre o pagamento de 80% das parcelas devidas.

Palavras-chave: Alienação fiduciária; Garantia de Bens imóveis; Princípios; Teoria do Adimplemento.

ABSTRACT: The present work aimed to analyze under the focus of law the legal institute of fiduciary alienation in real estate guarantee, the controversy about the use of the theory of adoption, observing the concept, principles and characterization of the institute in the courts brasileiro, using the analysis of RESP No. 1.643.070 - PR together with the submission to the principles and values that govern our legal order , such as objective good faith and the social function of the contract. In which there was the existence of jurisprudence in the Supreme Court that demonstrates the applicability of the theory of implementation in the institute of fiduciary alienation, as well as the uniformity of decisions, in which 80% of the portions due occur.

39 Orientador. Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP/SP, 2018). Mestre em Ambiente e Desenvolvimento pela Universidade do Vale do Taquari (UNIVATES/RS, 2013). Especialista em Direito Tributário pela Universidade da Amazônia (UNAMA, 2007). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA/IMPERATRIZ, 2005). Professor Efetivo da Universidade Federal do Maranhão (UFMA), atuando nas disciplinas de Direito Civil. Professor da Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão (UNISULMA).

Keyword: Fiduciary alienation; Real estate guarantee; Principles; Theory of Payment.

1 INTRODUÇÃO

O cerne do artigo consiste em realizar uma análise da recente decisão proferida pelo STJ, em julgamento da RESP Nº 1.643.070 - PR, que determinou, o afastamento do instituto da Teoria do Adimplemento Substancial às contratações realizadas por meio de alienação fiduciária de bens imóveis.

Na ampla seara do direito civil, este trabalho tem o objetivo de delimitar o tema da alienação fiduciária de bens imóveis, discorrendo sobre a pertinência do instituto, frente à aplicabilidade da teoria do adimplemento.

Com o objetivo de proporcionar uma melhor compreensão, este trabalho estrutura-se em três partes, partindo dos contratos com alienação fiduciária em garantia como forma de aquisição da propriedade privada e garantia de dívidas, o seu conceito e a caracterização geral do instituto; a possibilidade da aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial sobre o quanto referido; e a análise decisão proferida e julgada pelo Superior Tribunal de Justiça pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça.

O enfoque principal deste artigo, é a alienação fiduciária, desmistificando a ação de busca e apreensão na alienação sobre imóveis.

A segunda parte tratará da alienação fiduciária em sua forma mais ampla, tratando os efeitos do inadimplemento nos contratos de alienação fiduciária à luz do Decreto-Lei de nº 911/1969.

Seguindo no assunto verificar-se-á a instituição da alienação fiduciária no direito pátrio e a aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial e os contratos de alienação fiduciária de imóveis: caracterização e princípios. Nessa parte ainda, a propriedade fiduciária será conceituada de acordo com própria definição do Código Civil de 2002 em conjunto com a Lei nº 9.514/1997.

Por derradeiro este trabalho dará destaque à alienação fiduciária de bens imóveis, especificando o tema a partir de sua pertinência no âmbito do mercado imobiliário brasileiro, quando da criação da Lei nº 9.514/1997 que veio trazer maior segurança para os investidores no mercado imobiliário. Mostrar-se-á também polêmicas relacionadas à execução do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária de imóveis e a descrição geral do RESP Nº 1.643.070 – PR e a incidência da teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária de bens imóveis.

Este estudo monográfico utilizou o método científico dedutivo, tendo em vista sua elaboração com base em reiterados posicionamentos doutrinários, jurisprudenciais, e na legislação, com o objetivo de elucidar as questões estabelecidas.

Importante ressaltar que o presente artigo não pretende exaurir o tema ora tratado, visando tão somente abordar o mesmo sob uma nova ótica, trazendo enfoques diferenciados com base em fontes diversas.

2 A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA COMO FORMA DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE PRIVADA E GARANTIA DE DÍVIDAS: CONCEITO E CARACTERIZAÇÃO GERAL DO INSTITUTO

Neste tópico é realizado o estudo da alienação fiduciária com o objeto de sua compreensão geral, o que se faz a partir da análise do contexto histórico e também a evolução alcançada pelo instituto jurídico, considerando ainda o dissenso doutrinário existente e também foram utilizados autores como Otto de Sousa Lima, Navarro Martorell, Orlando Gomes, Silvio Rodrigues.

A origem histórica dos negócios fiduciários deita raiz no Direito Romano, fato este que para Otto de Sousa Lima⁴⁰ "O primeiro vestígio da alienação fiduciária em geral, se encontra nas XII Tábuas (Século V d.C.)". Da mesma forma também são localizados pressupostos de origem no Direito Germano conforme destaca Navarro Martorell⁴¹, "apresentava-se um tanto mais pura, portanto, era baseada exclusivamente na base extrajurídica da boa-fé, assim como sua posterior consolidação no direito anglo-saxônico", Para Orlando Gomes⁴², o surgimento do *trust* explica-se com base na distinção de *common law* e *equity* no direito inglês.

Em suma, a alienação fiduciária se conceitualiza na contemporaneidade em um instituto pelo qual o penhorado por um encargo, se garante de que realmente que irá honrar sua dívida, como método a transferência da propriedade de um determinado bem, sob exigência expressa que após resolvida a dívida perante o credor, a propriedade retorna ao devedor.

Feito o exame da evolução histórica e do conceito contemporâneo de negócio fiduciário, restam identificados os institutos jurídicos que serviram de base para a concepção da Alienação Fiduciária em Garantia no sistema jurídico brasileiro.

⁴⁰ LIMA, Otto de Sousa. **Negócio Fiduciário**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1962, p. 12-13.

⁴¹ MARTORELL NAVARRO, Mariano. **La propiedad fiduciaria**. ed. Bosch, Barcelona, 1950. p.40.

⁴² GOMES, Orlando. Contrato de fidúcia (trust). **In.** Revista Forense, Rio de Janeiro, ano 62, v. 211, p.12, jul/set 1965.

No Brasil, a alienação fiduciária foi instituída no nosso ordenamento jurídico através da Lei de Mercado de Capitais, Lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965, como estratégia de fomento aos bancos para que estes disponibilizassem crédito ao consumidor para a compra bens móveis. Isto ocorreu em um período histórico no qual o país atravessava uma grande recessão econômica a qual ocasionou severa desaceleração na produção da indústria nacional.

Sobre esta situação, destaca Flávio Tartuce⁴³ que a premissa da lei 4.728/65 era garantir liquidez em caso de inadimplemento do consumidor para que as instituições financeiras concordassem em disponibilizar o crédito, dessa forma sendo constituída como legítimo plano governamental para desenvolvimento econômico.

Foi então que no artigo 66 da lei em comento se criou no ordenamento jurídico brasileiro a figura da Alienação Fiduciária em Garantia. Deste modo, a fundação da propriedade fiduciária em garantia consiste, segundo aponta Orlando Gomes⁴⁴ "do recebimento de um encargo cardinal habitualmente bilateral, restrito e resolvível, capaz de prover garantia jurídica essencial para o consumidor, o qual uma vez tendo solvida toda a dívida, torna-se proprietário pleno da coisa outrora alienada em fidúcia".

Isto posto, as disposições do Código Civil a respeito da matéria, usualmente, aplicam-se apenas de maneira subsidiária, sendo nulo a divergência, aos contratos de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, baseado na legislação especial (Lei n. 9.514/97), a seguir comentada.

2.1 A alienação fiduciária incidente sobre bens imóveis

Nesta Seção se apresenta a caracterização da alienação fiduciária sobre bens imóveis enquanto direito real e instituto de garantia a partir das ideias de Melhim Chalhub, Frederico Henrique Viegas de Lima e Ricardo Jacomino. Também são demonstrados a extinção da obrigação através do adimplemento da dívida.

A alienação fiduciária de bens imóveis é regulada pela Lei 9514 de 1997, que conceitua tal negócio nos termos de seu artigo 22 como sendo "o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a

⁴³ TARTUCE, Flávio - **Direito civil**. v. 4: direito das coisas / Flávio Tartuce. – 6. ed. 2020.

⁴⁴ GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p.18.

transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.” Melhim Chalhub⁴⁵ refere à alienação fiduciária de bens imóveis como:

Instrumento que poderá propiciar rápida recomposição de situações de inadimplemento, em prazos compatíveis com os compromissos perante os investidores. À medida que se mostre eficaz, essa garantia poderá contribuir para a regularidade dos fluxos financeiros necessários ao atendimento da demanda por novos financiamentos, a partir do desenvolvimento de um mercado secundário capaz de funcionar como permanente fonte geradora de recursos para o financiamento imobiliário.

A alienação fiduciária é um instituto da classe dos direitos reais em que existe a possibilidade do uso para a garantia e atividades de financiamento imobiliário, além da hipoteca, cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação imobiliária, caução de direitos creditórios ou aquisitivos em contratos de venda ou promessa de imóveis, segundo o artigo 17 da mencionada lei.

A lei nº 9.514/97 trata sobre as formas de extinção do contrato de alienação fiduciária. Conforme Dip e Jacomino⁴⁶ “A extinção do contrato pode decorrer da transmissão da propriedade resolúvel do imóvel para o credor; da reversão da propriedade ao devedor; pela dação em pagamento e pela consolidação da propriedade”.

Na hipótese de acordo de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel possuir requisito para a cessação do adimplemento, esse pagamento será o comprovante da liquidação da dívida. Assim, o credor deve precisa apresentar o termo da desobrigação dentre 30 dias para o devedor, perante a possibilidade de penalidade em caso de atraso ao prazo.

No entanto, diante do pagamento a obrigação será classificada como adimplida e garantida a restituição da propriedade pelo devedor, porém, o adimplemento da dívida não ocorre em todas as situações. Dessa maneira, a lei apresenta que, na situação de inadimplemento, o fiduciante é constituído em mora e o fiduciário pode executá-lo extrajudicialmente.

⁴⁵ CHALHUB, Melhim Namem. Alienação Fiduciária de Bens Imóveis. Adequação da Cláusula Penal aos Princípios do Código de Defesa do Consumidor. **In Revista de Direito Imobiliário**. n.45. São Paulo: IRIB, 1998, p. 8.

⁴⁶ DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio. **Registro Imobiliário**: Propriedade e Direitos Reais Limitados. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 800. (Coleção doutrinas essenciais: direito registral; vol. V).

Diante do que se verifica a alienação fiduciária é um negócio pelo qual o obrigado, com desígnio de garantia, admite a alienação da propriedade do bem imóvel ao credor. Se trata de importante instrumento de incentivo ao crédito imobiliário, sendo considerado assim na opinião de Frederico Henrique Viegas de Lima⁴⁷, “como consolidador da crença do agente financiador pelo adimplemento do débito, expandindo a oferta de empréstimo e simplificando os encargos nesses tipos de contrato”.

De fato, nem todo devedor tem a vontade de infringir o pagamento do contrato, no entanto quando acontece esse fato, algumas medidas são tomadas, para que se faça cumprir a obrigação, sendo assim, o devedor sofre os efeitos do inadimplemento, sendo as ações em busca da resolução do contrato de alienação baseada na Lei nº 9.514/97, tema que será abordado no próximo tópico.

2.2 Os efeitos do inadimplemento nos contratos de alienação fiduciária à luz da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997

Neste tópico é realizado o estudo dos efeitos do inadimplemento nos contratos alienação fiduciária com o objetivo de sua compreensão geral, o que se faz, a partir da análise da Lei n.9514/97 e também a sua aplicação no atual instituto jurídico, sendo assim, foram utilizados autores como Melhim Chalhub, Paulo Restiffe Neto, Afrânio Carlos Camargo Dantzger.

Os casos de inadimplemento nos contratos de alienação fiduciária de bens imóveis situam-se no artigo 26 da Lei nº 9.514/97, o qual estabelece que por ocasião do vencimento da dívida e não tendo sido esta paga, quer na sua totalidade ou em parcelas, o fiduciante é constituído em mora, resguardando-se a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

Sobre este aspecto, verifica-se nos estudos de o Melhim Chalhub⁴⁸ que “havendo o inadimplemento das obrigações por parte do devedor, cabe ao credor fiduciário, optar por recuperar seu crédito pela via da execução judicial ou pelo procedimento de consolidação da propriedade fiduciária em seu nome”.

Entretanto, a Lei nº 9.514/97 foi inserida no ordenamento jurídico pátrio para proporcionar eficácia e celeridade na recuperação do crédito, e assim, não é provável que o credor opte por outro procedimento que não o da consolidação da

⁴⁷ LIMA, Frederico Henrique Viegas de. **Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel**. Curitiba: Juruá, 2004, p.21-22.

⁴⁸ CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária: negócio fiduciário**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 104-105.

propriedade fiduciária em seu benefício, em privilégio da execução judicial, ademais sendo considerada a morosidade deste procedimento (DANTZGER)⁴⁹.

Havendo o inadimplemento das obrigações por parte do devedor, cabe ao credor fiduciário, optar por recuperar seu crédito pela via da execução judicial ou pelo procedimento de consolidação da propriedade fiduciária em seu nome. Porém, a Lei nº 9.514/97 foi inserida em nosso ordenamento jurídico exatamente para proporcionar eficácia e celeridade na recuperação do crédito, assim, parece claro que o credor sempre optará pelo procedimento de consolidação da propriedade fiduciária em seu nome e não pela execução judicial, já que esta última, atualmente, não oferece a celeridade desejada (DANTZGER)⁵⁰.

O doutrinador Paulo Restiffe Neto⁵¹ destaca:

Na falta de pagamento no vencimento, deve o credor arguir o devedor e oferecer-lhe a oportunidade de exercer a escolha alternativa da manutenção ou não do contrato, sendo que em resposta negativa ou a inércia do devedor serão fundamentos suficientes para a caracterização e comprovação da mora, para todos os fins de direito.

Dessa maneira, expirada e não paga o débito no todo ou em parte, será o devedor constituído em mora e intimado a pagar o débito, redigido o processo pelo o art. 26 da Lei nº 9.514/97.

Como vimos neste item, o procedimento no caso de inadimplemento se resolve de maneira rápida e eficiente, sem que o credor fiduciante tenha que requerer judicialmente a execução. No entanto, resta ao devedor o emprego da teoria do adimplemento da dívida, que resolve a dívida de maneira menos prejudicial ao mau pagador, assunto esse que será abordado no próximo tópico.

2.3 A teoria do adimplemento substancial e os contratos de alienação fiduciária de imóveis: caracterização e princípios

Nesta Seção se apresenta a análise da teoria do adimplemento substancial, expondo o estudo da caracterização desta teoria no ordenamento jurídico pátrio,

⁴⁹ DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. **Alienação Fiduciária de Bens Imóveis**. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

⁵⁰ Id., 2007.p.73.

⁵¹ RESTIFFE NETO, Paulo. **Garantia Fiduciária**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 671.

assim como as consequências jurídicas de sua adoção, além disso será abordado também os princípios relacionados a teoria do adimplemento, dessa maneira foram utilizados os seguintes doutrinadores: Maria Helena Diniz, Aguiar Júnior, Sérgio Cavalieri Filho, dentre outros.

Segundo Maria Helena Diniz⁵² o contrato nasce do acordo de vontade entre as partes, com finalidade de atingir seus interesses: "Contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial".

Diante disso, no negócio fiduciário eventualmente ocorre incumprimento do acordo, vez que resta contratualmente comprovado o inadimplemento da dívida, surge para o credor a possibilidade de resolver o vínculo jurídico através do instituto da resolução. No preceito de Aguiar Júnior⁵³ "a resolução tem efeito retroativo na medida em que repõe as partes nas circunstâncias que estavam antes do momento da celebração, acarretando ainda o dever de restituir a propriedade ao dono originário daquilo que eventualmente tenha sido transferido".

Acontece que as consequências da resolução podem ser profundamente danosas ao devedor. Inalteradamente poderá penar com a indenização pelos danos causados ao credor em motivo do descumprimento do acordo e com o recaimento da cláusula penal. A resolução poderá ocasionar ainda a restauração e a reintegração de bens móveis e imóveis.

Por essa razão constantemente deve se levar em consideração que a resolução não é uma via ímpar para o credor liquidar a dívida, por isso, este não pode causar perdas ao devedor por meio da resolução quando esta não for adequada a lhe trazer maiores benefícios.

Nesta medida é que a teoria do adimplemento substancial ganha relevância em razão de impor certos limites ao direito à resolução. O adimplemento substancial se caracteriza por "um adimplemento tão próximo ao resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo tão somente o pedido de indenização" (SILVA)⁵⁴.

⁵² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 18. Ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 27.

⁵³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2003, p. 257-260.

⁵⁴ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.p.45.

O adimplemento substancial comunica que se o devedor saldou uma parcela considerável da sua dívida, e não conseguiu pagar as últimas, não estará suscetível à rejeição do fornecimento de serviço ou uma ação de busca e apreensão do bem, a cobrança terá que acontecer, sem que haja uma ação para reintegração do bem. O método em conformidade com a predominância doutrinária seria procurar a forma alternativa de alcançar o adimplemento da dívida, por exemplo, por meio de uma ação de cobrança.

Todavia, no ordenamento jurídico brasileiro não há nenhuma norma que presuma a teoria do adimplemento substancial, sendo sua aplicação baseada em princípios. Dentre eles cabe destacar a boa-fé objetiva, função social do contrato, vedação ao abuso de direito, enriquecimento sem causa e segurança jurídica e conservação contratual.

3 METODOLOGIA

3.1 Tipo de pesquisa

Este estudo caracteriza-se como uma pesquisa explicativa com abordagem descritiva, pois além de registrar e analisar fenômenos estudados, buscou identificar suas causas, através da interpretação possibilitada pelos métodos qualitativos.

“Esse conjunto de dados considerados qualitativos corresponde a um espaço mais profundo das relações, não podendo reduzir os processos e os fenômenos à operacionalização de variáveis” (MINAYO)⁵⁵.

Dessa forma, no presente artigo apresenta-se a análise do fenômeno da alienação fiduciária de imóveis, desde a sua evolução histórica até o conceito e as características do instituto aplicado no sistema judiciário Brasileiro.

3.2 Procedimentos técnicos

3.2.1 Pesquisa Bibliográfica

Todo tipo de estudo deve, primeiramente, ter o apoio e o respaldo da pesquisa bibliográfica, mesmo que esse se baseie em outro tipo de pesquisa, seja de campo, de laboratório, documental ou pura, pois, a pesquisa bibliográfica tanto pode

⁵⁵ MINAYO, Maria Cecília de Souza. **O desafio do conhecimento**: pesquisa qualitativa em saúde. 8. ed. São Paulo: HUCITEC, 2004, p. 28.

conduzir um estudo em si mesmo quanto constituir-se em uma pesquisa preparatória para outro tipo de pesquisa (FACHIN)⁵⁶.

Segundo Gil⁵⁷, a pesquisa bibliográfica é elaborada com base em material já publicado. Dessa maneira, através de autores como Otto de Sousa Lima, Navarro Martorell, Orlando Gomes, Silvio Rodrigues, Melhim Chalhub, Frederico Henrique Viegas de Lima e Ricardo Jacomino, foi de suma importância à revisão da literatura das principais teorias que norteiam este trabalho científico.

Nesse esforço de descobrir o que já foi produzido cientificamente em uma nessa área do conhecimento, a pesquisa bibliográfica assume importância fundamental, diante disso procurou-se demonstrar a importância da criação da alienação fiduciária de bens imóveis, estabelecida pela Lei nº 911/1969, pois, ao reduzir os riscos do negócio para o credor, facilitou o acesso ao crédito imobiliário ao devedor, como exemplo jurisprudencial a RESP Nº 1.643.070 – PR.

3.3 Métodos de abordagem

O método dedutivo é o oposto do indutivo. Ele parte de uma generalização para uma questão particularizada (BONNAT)⁵⁸.

De fato, esses argumentos apresentam-se como verdadeiros, pois já foram verificados pela ciência. Posto isto, a alienação fiduciária de imóveis é analisada através do modo indutivo, neste artigo de maneira genérica e partindo para o específico através do estudo da RESP Nº 1.643.070 – PR aplicada ao instituto.

3.4 Métodos de procedimento

O presente artigo utilizou-se do método monográfico, através de pesquisas bibliográficas em obras literárias e busca em sites especializados.

3.5 Análise dos dados

3.5.1 Análise qualitativa

A pesquisa qualitativa “trabalha com o universo de significados, motivos, aspirações, crenças, valores e atitudes, o que corresponde a um espaço mais

⁵⁶ FACHIN, Odília. **Fundamentos da Metodologia Científica**: noções básicas em pesquisa científica. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁵⁷ GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

⁵⁸ BONAT, Débora. **Metodologia da pesquisa**. IESDE BRASIL SA, 2009.

profundo das relações, dos processos e dos fenômenos que não podem ser reduzidos à operacionalização de variáveis” (MINAYO)⁵⁹.

Deste modo, pesquisas que utilizam métodos qualitativos buscam explicar o porquê das coisas. Para não quantificarem os valores e as trocas simbólicas, ou se submetem à prova de fatos. Então, os dados analisados são não-métricos, podendo se valer de diferentes abordagens.

O presente artigo buscou revisar a literatura de maneira qualitativa, em que através da análise dos conceitos e significados do instituto fiduciário trazendo aspectos da realidade que não podem ser quantificados.

3.5.2 Resultados

Diversos contratos de compra da casa própria, são provenientes dos negócios de alienação fiduciária, em virtude das taxas de juros pequenos que são oferecidos, dentre outras viabilidades, afinal de conta o respectivo bem é a garantia do adimplemento do contrato. Em compensação, as garantias que superprotegem as instituições financeiras fazem com que a única forma de se financiar um bem hoje em dia seja através do sistema de alienação fiduciária.

Dessa maneira, estuda-se acuradamente para solucionar os casos de inadimplemento, pois não pode se aplicar a mesma porcentagem para caracterizar o adimplemento substancial nos contratos de financiamento, digamos, de uma moto, para utilizarmos o mesmo critério para os contratos de financiamento de um imóvel.

Esse entendimento se ampara em frente ao fato de que a moradia é um direito fundamental. Localizar-se protegido pelo art. 6^o⁶⁰ da Constituição Federal, que privilegia o direito à moradia, da mesma forma prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos, desde 1948.

A preciosa lição de Sérgio Iglesias Nunes de Souza⁶¹ merece destaque:

A moradia consiste em bem irrenunciável da pessoa natural, indissociável de sua vontade e indisponível, que permite a

59 MINAYO, Maria Cecília de Souza. **O desafio do conhecimento**: pesquisa qualitativa em saúde. 8. ed. São Paulo: HUCITEC, 2004, p. 14.

60 São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

61 SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habitação**: Análise Comparativa e suas Implicações Teóricas e Práticas com os Direitos da Personalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 45.

fixação em lugar determinado, Não só físico, como também à fixação dos seus interesses naturais da vida cotidiana, exercendo-se de forma definitiva pelo indivíduo, e, secundariamente, recai o seu exercício em qualquer pouso ou local, mas sendo objeto de direito e protegido juridicamente. O bem da "moradia" é inerente à pessoa e independente de objeto físico para a sua existência e proteção jurídica. Para nós, "moradia" é elemento essencial do ser humano e um bem extrapatrimonial. "Residência" é o simples local onde se encontraria o indivíduo. E a habitação é o exercício efetivo da "moradia" sobre determinado bem imóvel. Assim, a "moradia" é uma situação de direito reconhecida pelo ordenamento jurídico [...].

À vista disso, em julgado pelo STJ, que analisou o caso de compra e venda de imóvel na Resp Nº 1.643.070 - PR⁶², onde o devedor alegou que cumpriu 89 (oitenta e nove) parcelas oriundas do contrato de financiamento imobiliário celebrado com a recorrente, de um total de 138 (cento e trinta e oito) prestações, houve o entendimento do juízo de 1º de que havia condições de aplicar-se a teoria do adimplemento substancial por haver no mínimo 80% do cumprimento do contrato, ou seja, o Tribunal entendeu e estipulou que há a necessidade de atingir no mínimo 80% da obrigação para fazer jus a teoria do adimplemento substancial.

Assim, indaga-se sobre qual a possibilidade de aplicação da teoria do adimplemento substancial no procedimento de execução previsto na lei de alienação fiduciária de bens imóveis descrita na lei 9.514/97. A problemática surge na medida em que, no procedimento da alienação fiduciária, será cabível ou não a aplicação da teoria do adimplemento substancial.

A utilização do instituto da alienação fiduciária é de grande valia para os credores, na medida em que facilita a satisfação do crédito. Ocorre que tal instituto não pode ser utilizado com a intenção de locupletamento em face de devedores, principalmente nas hipóteses em que o devedor já efetuou o pagamento de boa parcela da dívida.

Diante disso, é de suma importância a análise da jurisprudência dos tribunais, sendo assim para melhor entendimento de tal divergência, a análise da Resp Nº 1.643.070 – PR elucidando controvérsias e estudando similitudes

⁶² STJ - **Recurso Especial Nº 1.643.070 - PR (2016/0319706-3)**, Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ministro Moura Ribeiro, Julgado em 12/09/2019.

3.5.3 Discussão

Na Resp. Nº 1.643.070 – PR, a COMPANHIA DE HABITAÇÃO DO PARANÁ (COHAPAR) ajuizou ação declaratória de rescisão contratual cumulada com reintegração de posse contra **JORGE ITIAKI YAMATO**, que cedeu os direitos incidentes sobre o imóvel controvertido para **VALDIR JOSÉ AMIGONI (VALDIR)**, o qual passou a integrar o polo passivo da demanda ao lado de **FRANCISCA FRANCINE FERREIRA DA COSTA YAMATO, LISIANE YAMATO e GISLAINE YAMATO (FRANCISCA e outras)**, esposa e filhas do falecido, respectivamente, sob alegação de que o de cujus acordou trato de financiamento habitacional com a COHAPAR, tendo permanecido inadimplente quanto ao empréstimo tendo por garantia o bem imóvel, ocasionando a propositura da ação, na qual requereu a rescisão do acordo, a perda integral das parcelas pagas e a reintegração de posse do imóvel.

Em primeiro grau, o processo foi extinto com julgamento de mérito, a teor do artigo 269, I, do CPC/73, tendo sido julgado improcedente o pedido autoral ao fundamento de que o adimplemento superior a 80% (oitenta por cento) do débito contraído não autoriza a rescisão do contrato nem a reintegração de posse pela parte autora, que deve se valer de ação de cobrança para resgatar o relíquo, além de ser condenada ao pagamento das custas e honorários advocatícios no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais) em favor dos réus (e-STJ, fls. 165/170).

Inconformada, a COHAPAR interpôs apelação, que foi improvida pelo Tribunal de origem. Os embargos de declaração opostos pela **COHAPAR** foram rejeitados (e-STJ, fls. 243/245).

Descontentada, **COHAPAR** interpôs recurso especial com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, apontando a violação aos arts. 421, 422 e 475 do Código Civil, por considerar que houve erro na aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial do Contrato, pois durante o trâmite do processo não houve pagamento de nenhuma das parcelas atrasadas ou das que venceram no decorrer da demanda, do que se conclui o desrespeito aos princípios que regem os contratos, como boa-fé, probidade e observância da sua função social, requisito para a incidência da mencionada teoria, além do adimplemento limitar-se a 65% (sessenta e cinco por cento) do valor da dívida, circunstância que não teria a capacidade de afastar as cláusulas de rescisão do ajuste com reintegração de posse.

Diante disso, o Tribunal a quo firmou categoricamente ser fato incontestável que o devedor realizou o pagamento de 89 (oitenta e nove) parcelas provenientes do contrato de financiamento imobiliário celebrado com a recorrente, de um total

de 138 (cento e trinta e oito) prestações, tendo considerado o saldo devedor como de valor diminuto e aplicado a Teoria do Adimplemento Substancial.

Em face disso, a apelante buscou que fosse afastada a aplicação da teoria do adimplemento contratual pois, das 138 (cento e trinta e oito) parcelas contratadas, 49 (quarenta e nove) não foram pagas pelo devedor.

O instituto em apreço, como o próprio nome diz, somente tem cabimento quando há reputado adimplemento substancial, ou seja, quando ocorre o pagamento de grande parte do preço do contrato, conforme visto anteriormente, pelo menos 80% das parcelas.

Dessa forma, da análise dos autos, subtraindo-se as parcelas inadimplidas do total contratado, constato que foram pagas 89 (oitenta e nove) parcelas (138 - 49 = 89), ou seja, aproximadamente 65% (sessenta e cinco por cento) do preço.

Portanto, constatado o adimplemento substancial da dívida, torna-se inviável a resolução do contrato, pois, além de o débito apresentar diminuta significância relativamente às parcelas regularmente cumpridas, a rescisão poderia causar desequilíbrio contratual.

Assim, o acórdão recorrido decidiu em desconformidade com precedentes da Corte Superior na medida em que, existente saldo devedor em patamar bastante considerável, aproximadamente 35% (trinta e cinco por cento) do total, é de rigor o afastamento da incidência da Teoria do Adimplemento Substancial

Nessas condições, o **MINISTRO MOURA RIBEIRO** deu provimento ao recurso especial para, ao afastar a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial do Contrato, determinar o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau para que julgue a demanda como de direito.

Diante da análise da conclusão do julgado, compreende-se a soberania de um procedimento mais legalista ao caso modelo tratado, em virtude da existência de um regimento próprio sobre a matéria. Esta compreensão possui expressivo fundamento, visto que verifica o desejo do legislador e o anseio das instituições bancárias, na finalidade de conceder um maior grau de certeza e segurança na execução deste gênero específico (alienação fiduciária em garantia).

A lei ainda assegura um retorno mais célere à situação de inadimplemento da parte, de modo que isso beneficia a livre circulação de bens e serviços no mercado, em virtude da crença depositada nesta contratação particular, que estimula à formalização de novos instrumentos.

A eficácia da Teoria do Adimplemento Substancial, por conseguinte, explicar-se em encargo de trazer uma resolução mais comedida à lide, salientando, desta forma, a relevância e a imprescindibilidade da submissão aos princípios e valores que regem o nosso ordenamento jurídico, tais como os da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

O direito não se preocupa na aplicação rústica da lei, mas na execução dos princípios legais à procura por um mínimo ideal de justiça. Dessa forma, existe a particularidade de cada caso, assim como executada no julgamento trabalhado, dado que, mero tratamento isonômico de todas as ocorrências levadas ao Judiciário, não é digno progredir, pois cada fenômeno é único e necessitam de uma análise e atenção particulares.

O processo é simples e banal; os fundamentos exclusivamente esposados pela parte Recorrido/Recorrente habitualmente empregados nas peças uniformizadas e formalizadas por esta e outras instituições bancárias, com a assessoria dos seus representantes legais.

À vista disso, considerando-se as mais idôneas decisões já decretadas por este Tribunal, e, sobretudo, pela Terceira Turma desta Corte, que fluem em sentido antagônico, nota-se a prática em favor da não aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial.

4 CONCLUSÃO

O presente artigo teve, como objeto, a realização de uma análise acerca: 1) dos contratos com alienação fiduciária em garantia como forma de aquisição da propriedade privada e garantia de dívidas, o seu conceito e a caracterização geral do instituto; 2) da possibilidade ou não de aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial sobre o quanto referido; e 3) da análise decisão proferida e julgada, pelo Superior Tribunal de Justiça pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ministro Moura Ribeiro, em que afastou a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial do Contrato.

Na primeira parte deste estudo, foi efetuado um exame sobre o instituto da alienação fiduciária em garantia, destacando-se a existência de um regramento próprio quando a celebração da avença é realizada com desígnio um bem imóvel: Lei 9.514/97

No tocante a este diploma legislativo, vigente desde o período do regime militar, destacou-se o episódio de que, em caso de inadimplemento da obrigação pela parte, ficaria a credor/fiduciário habilitado a empregar a ação de busca e apreensão do bem alienado, com o deferimento liminar e vincutivo desta medida,

condicionando o devedor/fiduciante ao pagamento integral de toda o débito, , no prazo de 05 (cinco) dias, sob pena de voltar a posse e a propriedade plena e definitiva do bem ao patrimônio da outra parte.

Á vista disso, salientou-se a fundamentação teórica e a pertinência prática da Teoria do Adimplemento Substancial, a impossibilitar o uso desmedido e arbitrário da medida (ação de busca e apreensão) pelo credor/fiduciário, quando verificado o incumprimento diminuto da obrigação pela parte contratante, amparado, nesse sentido, por diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, sobretudo do próprio STJ.

A segunda parte deste trabalho cuidou de conduzir uma investigação acerca do, do Recurso Especial interposto pela Companhia de Habitação do Paraná Acionante/Recorrente de nº 1.643.070 - PR, cerne da controvérsia, com a extração de algumas conclusões nesse sentido.

Executou-se uma apreciação mais assídua acerca dos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e, em menor escala, da vedação do abuso de direito e do enriquecimento sem causa, da segurança jurídica e da conservação do contrato.

O análise do presente caso, desde a aurora, proporcionou uma análise acerca dos principais argumentos trazidos à baila: pela parte interessada, por juízes de origem e desembargadores pertencentes ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, quando em diversas decisões prolatadas, mas, principalmente, pelos ministros julgadores integrantes da Terceira Turma deste STJ, que, ao final, decidiram por ignorar a aplicação da tese comedida do adimplemento substancial.

A decisão proferida em sede de RESP Nº 1.643.070 - PR foi unânime, verificando-se, nesse sentido, através de decisão monocrática do Ministro Moura Ribeiro. Diante da análise da conclusão do julgado, entende-se a soberania de um procedimento mais legalista ao caso modelo tratado, em virtude da existência de um regimento próprio sobre a matéria.

Ao final deste trabalho, realizou-se uma breve explanação pessoal acerca da decisão, e, como o objetivo principal deste estudo consistiu em obter dele algumas experiências e tecer breves pressuposições acerca da matéria.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**: resolução. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2003, p. 257-260.

BONAT, Débora. **Metodologia da pesquisa**. IESDE BRASIL SA, 2009.

BRASIL. Lei nº 9.514/97, de 20 de novembro de 1997. **Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm>. Acesso em: 30 jul. 2020.

CHALHUB, Melhim Namem. Alienação Fiduciária de Bens Imóveis. Adequação da Cláusula Penal aos Princípios do Código de Defesa do Consumidor. **In Revista de Direito Imobiliário**. n.45. São Paulo: IRIB, 1998, p. 8.

CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária**: negócio fiduciário. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 104-105.

DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. **Alienação Fiduciária de Bens Imóveis**. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 18. Ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 27.

DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio. **Registro Imobiliário**: Propriedade e Direitos Reais Limitados. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 800. (Coleção doutrinas essenciais: direito registral; vol. V).

FACHIN, Odília. **Fundamentos da Metodologia Científica**: noções básicas em pesquisa científica. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p.18.

GOMES, Orlando. Contrato de fidúcia (trust). **In**. Revista Forense, Rio de Janeiro, ano 62, v. 211, p.12, jul/set 1965.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. **Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel**. Curitiba: Juruá, 2004, p.21-22.

LIMA, Otto de Sousa. **Negócio Fiduciário**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1962, p. 12-13.

MARTORELL NAVARRO, Mariano. **La propiedad fiduciaria**. ed. Bosch, Barcelona, 1950. p.40.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. **O desafio do conhecimento:** pesquisa qualitativa em saúde. 8. ed. São Paulo: HUCITEC, 2004, p. 28.

RESTIFFE NETO, Paulo. **Garantia Fiduciária.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 671.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. **In:** FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.p.45.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habitação:** Análise Comparativa e suas Implicações Teóricas e Práticas com os Direitos da Personalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 45.

STJ - **Recurso Especial Nº 1.643.070 - PR (2016/0319706-3)**, Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ministro Moura Ribeiro, Julgado em 12/09/2019.

STJ. **REsp: 1743801 AM 2018/0127747-7**, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Publicação: DJ 29/06/2018 p. 184. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 04 Ago. 2020.

TARTUCE, Flávio - **Direito civil.** v. 4: direito das coisas / Flávio Tartuce. – 6. ed. 2020.

LIMITES AO PODER DO STF PARA INVALIDAR MATÉRIA E DECISÃO DE NATUREZA POLÍTICA DOS OUTROS PODERES DO ESTADO

DYNISSON CONCEIÇÃO DA SILVA: Bacharel em Direito pela Universidade Luterana do Brasil (CEULP/ULBRA). Fundação Universidade Federal do Tocantins (UFT) - Concluindo a pós-graduação em Direito e Processo Constitucional.

RESUMO: O presente artigo científico insere-se no debate sobre limites ao Poder do Supremo Tribunal Federal (STF) para invalidar matéria e decisão de natureza política dos outros poderes do Estado. Considerando que o mesmo é o zimbório do Poder Judiciário, por ser ele aquele que interpreta e reinterpreta a Constituição da República Federativa do Brasil, e a sua interpretação prevalece e se torna horizonte para todo o corpo jurídico do País. Por isso, este trabalho tem por objetivo geral: compreender qual é o limite ao poder do STF, para invalidar matéria e decisão de natureza política de outros poderes do Estado. O trabalho está fundado na percepção, derivada da leitura de doutrinas, teses, artigos científicos e Leis, por meio do método qualitativo, evidentemente pesquisa bibliográfica e documental. Em termos de estratégias, a investigação desenvolve-se especificamente pelos seguintes objetivos: identificar, distinguir e verificar os limites ao poder do STF como sendo, a representação do Judiciário imiscuindo-se nos outros poderes do Estado. Portanto, percebe-se ao longo do trabalho, que toda questão política que venha ameaçar direito individual, poderá ser judicializado pelo princípio da inafastabilidade da Jurisdição, presente no artigo 5º, inciso XXXV da CRFB/88. Desta forma, requer providências. Primeiro, sensatez por parte do STF para não se intrometer em questões primordialmente políticas, que possam ser decididas no âmbito político. Por fim, que sejam criados freios a Suprema Corte para que pare com sua ingerência no Poder Legislativo e Executivo.

PALAVRAS-CHAVE: Poder; Judiciário; STF; Limites; Político.

ABSTRACT: The present scientific article is part of the debate on limits to the Power of the Supreme Federal Court to invalidate matters and decisions of a political nature of the other powers of the State. Considering that it is the dome of the Judiciary Power, as it is the one that interprets and reinterprets the Constitution of the Federative Republic of Brazil, and its interpretation prevails and becomes a horizon for the entire legal body of the country. Therefore, this work has for general purpose: to understand the limit to the power of the supreme court, to invalidate matters and decisions of a political nature from other State powers. The work is based on perception, derived from the reading of doctrines, theses, scientific articles and laws, through the qualitative method, evidently bibliographical and documentary research.

In terms of strategies, the investigation is developed specifically for the following objectives: to identify, distinguish and verify the limits to the power of the supreme as being, the representation of the Judiciary intermingling with the other powers of the State. Therefore, it is perceived throughout the work, that any political issue that may threaten individual rights, can be judicialized by the principle of non-avoidability of the Jurisdiction, present in article 5, item XXXV of CRFB / 88. Thus, it requires action. First, it is wise for the Federal Supreme Court not to meddle in matters that are primarily political, which can be decided in the political sphere. Finally, that the Supreme Court be stopped to stop its interference in the Legislative and Executive Branch.

KEYWORDS: Power; Judiciary; Limits; Political, Supreme Federal Court.

Sumário: 1. Introdução. 2. Limites aos poderes do Estado. 3. Distinção entre matéria e decisão de natureza política da de natureza jurídica. 4. Limites à competência do STF para invalidar matérias e decisões de natureza política dos outros poderes do Estado. 5. Considerações finais. 6. Referências.

INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário brasileiro, em especial a cúpula do poder judiciário, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem adquirido muito protagonismo, em meio a conturbação do cenário político brasileiro. Tamanho protagonismo tem levado muitos autores a questionarem a roupagem do ativismo judicial, e de forma delimitados a competência do STF para invalidar matérias e decisões de natureza política dos outros poderes do Estado, a exemplo o Poder Legislativo e o Poder Executivo.

O real impacto social da interferência de um poder no outro, pode ser percebido ao tentar separar o que é de matéria do judiciário e o que é competência do legislativo, sendo matéria política, coisa da democracia, soberania do povo que elegeu seus representantes.

Tendo em vista a relevância dos impactos causados pela atuação do STF, é que se estabelece como problema de pesquisa: existem limites, se sim, quais são os limites à competência do Supremo Tribunal Federal para invalidar matérias e decisões de natureza política dos outros poderes do Estado?

Assim, o objetivo geral passa a ser compreender se há limites e quais são os limites à competência do Supremo Tribunal Federal para invalidar matérias e decisões de natureza política dos outros Poderes do Estado.

O presente trabalho adota como processo metodológico uma abordagem objetiva e qualitativa, com base em um estudo comparativo do conteúdo das obras de diferentes autores, em uma revisão bibliográfica e documental, bem como por intermédio de artigos científicos, e doutrinas.

Para alcançar o objetivo central, este artigo encontra-se organizado em quatro capítulos, a considerar a introdução como o primeiro deles. No Capítulo 2, são identificados os limites de cada Poder do Estado, sendo eles o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, conforme o que dispõe a constituição e o entendimento doutrinário prevaiente. No capítulo 3, busca-se a distinção entre matéria-decisão de natureza Política da matéria-decisão de natureza Jurídica. Por fim, no capítulo 4, será verificado se existem limites, e quais os limites à competência do Supremo Tribunal Federal para invalidar matérias e decisões de natureza política dos outros poderes do Estado.

2 LIMITES AOS PODERES DO ESTADO.

Antes que se inicie a apresentação dos referenciais teóricos associados ao tema e conceitos deste trabalho, é importante destacar que a Teoria do Estado é tema central da Ciência Política, no que confere a formação do Estado, as formas de governo, e as relações de poder. Contudo neste trabalho o foco é o Supremo Tribunal Federal e o seu poder de decidir sobre questões políticas, tema do ambiente do congresso nacional, e até matérias pertinentes ao executivo.

Até onde vai o poder da suprema corte? Por essa e outras questões é que se explanou a respeito do limite de cada poder do Estado Democrático de Direito.

O Poder é algo muito desejado pelo Homem. A capacidade de dominar sobre o outro, exercer influência ou exercer a força para conquistar e sobrepujar o outro faz parte de sua natureza.

No entanto, a vida em sociedade requer atitudes diferentes, que ultrapassem os interesses individuais, em prol do bem comum, do interesse coletivo e do interesse público. Desta forma, dispõe a Constituição Federal de 1988: "Artigo 60, § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III - a separação dos Poderes". O artigo supracitado é cláusula pétrea, ele estrutura o Estado Democrático, consequentemente nem mesmo pode ser objeto de emenda constitucional.

O poder é algo muito perigoso caso seja centralizado na mão de um indivíduo ou de um pequeno grupo, pois o egoísmo e orgulho do ser humano mostram, historicamente que quando "O poder uno ou centralizado em uma pessoa ou órgão abria espaço para abusos, desmandos, descontrole. Sem um poder ou função da mesma estatura a lhe conferir equilíbrio, poderia se converter em arma contra

aqueles que lhe alçaram à condição poder” (BENEDETTI, 2011, P. 57). A teoria da separação dos poderes cumpre esse objetivo, quando de fato não há hierarquia entre os poderes, quando eles são harmônicos entre si, e interdependentes. O ruim é quando a balança pesa mais para um lado.

A separação dos Poderes é para que cada um cumpra sua função, que tem por preponderância característica distinta, mas o objetivo geral deve convergir em um Estado Soberanamente Democrático, neste mesmo sentido, abordou Carla Angélica Moreira descrevendo que:

Essa é a ideia de que só o Poder controla e barra outro Poder, por isso, o sistema de freios e contrapesos, onde cada Poder é autônomo e deve exercer suas funções com autonomia, independência e responsabilidade, porém, cada Poder deve ser controlado pelos outros dois Poderes, sendo, portanto, todos, independentes e harmônicos entre si. Legislativo tem a típica função de legislar e fiscalizar, o Executivo, administrar a máquina pública, já o Judiciário, julgar os conflitos de interesses que lhe são levados, através da aplicação da lei ao caso concreto. Aplicar o sistema de freios e contrapesos significa conter os abusos dos outros Poderes para manter certo equilíbrio. Assim quando o Judiciário declara inconstitucionalidade de uma lei, está-se pondo freio ao ato Legislativo, o veto do Executivo também é um freio a uma lei inconstitucional ou contra o interesse público, já o contrapeso fica por conta de que todos os Poderes possuem funções distintas, não havendo hierarquia entre eles, nunca olvidando que são independentes e harmônicos entre si (MOREIRA, 2017, P. 58-59).

Teoricamente, conforme acima o texto supradito, tudo é lindo e perfeito, mas na prática o sistema de freios e contrapesos não está sendo suficiente para barrar o judiciário, em especial sua atuação ativista, quando o mesmo expande a seu bel entender o entendimento da Constituição, ultrapassando o limite do poder, embasada no politicamente correto.

Contudo, há quem defenda tal atuação, veja-se:

Apesar das críticas, como alguns autores relacionam a atuação ativista do Supremo Tribunal Federal como sendo um desrespeito a Separação dos Poderes, outros sobrelevam a importância da defesa de debates que se associam as camadas

ignoradas da sociedade, sendo uma Corte que pode agir em defesa de determinadas minorias desprezadas pelo Poder Público normalmente. (MINÁRIO, 2019, P. 56)

Todavia, o poder em excesso do judiciário, tem-se justificado em cima de questões que poucos tem coragem de contestar, quando se trata de direitos fundamentais, sendo que nenhum deles são absolutos em função de outro direito fundamental, como é o caso de uma cláusula pétrea da separação dos poderes, constituinte do Estado democrático.

Desta maneira, no mesmo raciocínio, expõe Jânio Pereira da Cunha que:

Portanto, um dos maiores equívocos teóricos, que beira a ingenuidade, é pensar que a atividade decisória desenvolvida pelo Judiciário seria imune ou menos suscetível a abusos, excessos, erros ou “injustiças” do que a exercida pelos outros Poderes do Estado, de tal forma que parece haver razões outras para explicar o receio infundado nos atos decisórios realizados pelos poderes políticos, em especial, o Legislativo. (CUNHA, 2014, P. 170-171)

Por mais que o poder legislativo não tenha em sua imensa maioria, legisladores que trabalhem verdadeiramente para as minorias e para o povo, que tenha feito leis com lacunas e muitos temas por questão de interesse eleitoreiro não tenham legislado a contento da sociedade. Pode-se afirmar que nenhum poder estar imune aos abusos do excesso de poder ou erros como anteriormente afirmou Cunha (2014).

Logo, cobranças que deveriam ser dirigidas ao legislativo ou ao executivo estão sendo judicializadas, e desta forma, os outros poderes políticos tendem a aumentar ainda mais seu descrédito perante a sociedade. Por esse motivo, tratando do poder, é que preceitua importante teórico da separação dos poderes de que “trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado à dele abusar, ele vai até onde encontra limites [...] até a virtude precisa de limites” (MONTESQUIEU, 2000, P. 166).

Por logo, entende-se que quanto mais questões políticas decidem o judiciário, mais aumenta seu abuso de poder. Até onde vai o poder controlador do Judiciário, em especial o da cúpula do Judiciário? Neste mesmo diapasão, espera-se que a resposta a essa questão, seja: “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder” (MONTESQUIEU, 2000, P. 166).

À vista disso, No tocante ao Legislativo Bercovici conceitua, leia-se:

Entre os poderes constituídos, há sempre aquele que se sobrepõe aos outros poderes instituídos, não obstante permaneça limitado pela Constituição. Esse poder constituído de natureza superior é, no marco democrático desta pesquisa, o Parlamento. Portanto, enquanto o poder do povo soberano é, juridicamente, ilimitado e incontrolável, o do Parlamento é limitado, embora incontrolável, especificamente no que diz respeito às suas competências, prerrogativas e poderes políticos propriamente ditos. (BERCOVICI, 2008, P. 43)

Em concordância com Bercovici (2008) o poder do povo é ilimitado, e incontrolável, pode-se afirmar que o povo tem o poder de constituir poderes e destituir por meio de seus representantes eleitos ou plebiscito. Diante disso, a Constituição de 88, dispõe em seu artigo **Art. 1º**, parágrafo único: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Todavia o STF em muitos casos tem-se posto acima da Constituição Federal, por meio de mutações constitucionais, e de interpretações alargadas que justificariam seu ativismo com a falácia de estar atualizando a interpretação constitucional no tempo e espaço. Por essa razão, as matérias e decisões de natureza política encontram-se ameaçada neste país. Similarmente Cunha (2014) trata da política nesta mesma direção, observe:

Na verdade, a dignificação da Política é um imperativo da própria humanidade dos homens. É o reconhecimento do traço elementar da natureza humana, qual seja, a conflituosidade, que resulta da “necessidade e da inevitabilidade do convívio”. Em essência, “é com a política que os homens vivem uma vida propriamente humana”. A Política é, nessa visão, “o mais importante mecanismo de organização da vida em sociedade”. (CUNHA, 2014, P. 97)

Segundo o autor existe uma ordem, um imperativo para humanidade de que a política seja dignificada, pois esse traço elementar faz parte da natureza humana, existindo conflito de interesses inevitáveis do próprio convívio e interesses. Em resumo não existe vida humana sem a política, pois ela é o verdadeiro exercício da liberdade, sem a qual não existe Estado Democrático de Direito.

Destarte que o estabelecimento da proteção jurídica, está assentada na separação de poderes presente na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) **Art. 16º**. A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos

direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição". Em consequência se reafirma, que um poder não deve se sobrepor ao outro. O Judiciário, na representação do STF, não está acima da cláusula pétrea da Constituição Federal de 1988, como descrito em seu artigo "**Art 2º**. CF/88, - São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

Agora que já foram identificados os limites aos poderes do Estado, bem como apresentado os conceitos que sustentam a separação dos poderes, principalmente os artigos presentes na CRFB/88, o presente estudo passa à discussão do que distingue matéria de natureza política da matéria de natureza jurídica, isso se for possível haver separação.

3 DISTINÇÃO ENTRE MATÉRIA E DECISÃO DE NATUREZA POLÍTICA DA DE NATUREZA JURÍDICA.

O tema em estudo é de difícil análise, pois se propõe a questão hermenêutica que muitos pesquisadores se debruçam, por isso será feita a tentativa de distinguir matéria e decisão de natureza política da matéria e decisão de natureza jurídica, para melhor entender o papel do Supremo Tribunal Federal (STF) em meio a Política brasileira, e o seu papel como cúpula do Poder Judiciário.

Para contextualizar o tema da pesquisa que é compreender quais os limites ao poder do STF para invalidar matéria e decisões de natureza política dos outros Poderes do Estado, isto é, o Legislativo e o Executivo, é preciso, primeiramente, entender o tema conceitualmente. Para fazer a distinção anteriormente proposta, o problema deve ser pensado em sua totalidade, pois abrange aspectos Jurídicos e Político, lançando desafios à pesquisa.

A primeira definição no sentido de fazer a distinção proposta foi buscada em Mário Guimarães, contemple:

A área da jurisdição é ampla: todas as lesões a direitos individuais estão compreendidas nela. [...] Afirma-se, entretanto, que escapam a seu julgamento as questões políticas. O poder político é de natureza, discricionário e não poderá sofrer limitações de outro poder. Na verdade, não deverá nunca o Judiciário examinar a conveniência ou oportunidade dos atos que estão afetos ao Executivo ou ao Legislativo. Mas se desses atos, por inobservância das leis, e especial da lei básica, resultar ofensa ou ameaça a direitos individuais, caberá ao juiz interferir colocando sob a égide o direito violado e restaurando o império da lei, que foi desatendida (sic). (GUIMARÃES, 1958, P. 251-252)

Em consequência do que expôs o autor acima supracitado, a regra é que o Poder Judiciário respeite a discricionariedade do legislativo e do executivo, mas a exceção é que o império da lei nunca poderá deixar de apreciar atos que não observem os direitos individuais, em obediência ao princípio da inafastabilidade do judiciário, uma vez provocado.

Assim sendo, a inafastabilidade da jurisdição prevista no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988 “é o pulo do gato”, para que seja uma das brechas para que tudo possa ser judicializado, pois os direitos fundamentais, individuais e coletivos podem ter sua interpretação ampliada para questões da esfera política que não é puramente político, pois direitos o permeiam.

Como bem explanado por Castro Nunes (1956) sobre a apreciação do Judiciário versus a discricionariedade, analise:

Não é por ser política a matéria que ela escapa ao poder de apreciação do Judiciário. [...] Porque a discricionariedade cessa onde começa o direito individual, posto em equação legal. As medidas discricionárias apenas no sentido de que pertencem à discricionariedade do Congresso ou do Governo os aspectos da sua conveniência, oportunidade, a apreciação das circunstâncias que possam autorizá-las, escolha dos meios. Discricionárias são, com idêntica conceituação as medidas de polícia, no seu mais amplo sentido, adotadas na esfera administrativa. Mas, dizendo isso, não se diz, nem se poderia dizer, que a discricionariedade legislativa ou administrativa pode exercitar-se fora dos limites constitucionais ou legais, ultrapassar as raízes que condicionam o exercício legítimo do poder. Basta assentar esse princípio para se ver desde logo que a discricionariedade só existe dentro dos limites objetivos, legais, e que, ultrapassados estes, começa a esfera jurisdicional. (NUNES, 1956, P. 222-223)

Dessa forma, o exercício legítimo do poder está condicionado ao que dispõe a constituição, impondo limites à discricionariedade, liberdade do legislativo ou do executivo, até aí tudo bem, o problema colocado por BENEDETTI (2011, P. 10) é quando “o Poder Judiciário, que outrora se colocava de maneira imparcial frente a duas partes (ou ainda, dois pólos) e decidia casos individuais, apresentando a única solução correta se vê obrigado a decidir questões que, em princípio, deveriam ser discutidas na esfera política”.

Então como separar o que é da esfera política do que pertence somente ao mundo jurídico? Por esse motivo, continua a autora “ora, se na política o

procedimento é diverso, marcado pela busca da solução possível, orientado pelo princípio da maioria e por orçamentos que balizam a formulação de políticas públicas, decisões judiciais neste contexto são no mínimo anômalas e seus reflexos merecem detida análise (BENEDETTI, 2011, P. 10).

Por outro lado, questões anômalas como essas, estão imbuídas de direitos individuais, o que torna difícil separar o que é de cada poder, mas Paulo Bonavides tenta estabelecer a cisão para se capturar o que é questão do Judiciário: “as questões políticas, expressas em atos legislativos e de governo, fogem à alçada judicial, não sendo objeto de exame de constitucionalidade, salvo se interferirem com a existência constitucional de direitos individuais” (BONAVIDES, 1997, P. 292-293). Outra vez, os direitos individuais estão presentes na discussão como ponto definidor do exame de constitucionalidade.

O ponto fundamental de toda essa discussão em busca da distinção do que é matéria ou decisão de natureza política da de natureza jurídica, torna-se ainda mais atraente quando envolve o STF. Pondere o que relata Epiácio Pessoa:

Diz-se [...] que se trata de casos políticos e que o Supremo Tribunal Federal não pode conhecer de questões políticas. [...] Um dos princípios mais elementares de direito que conheço é que o Poder Judiciário não pode conhecer de questões meramente políticas; mas conheço também um outro princípio tão rudimentar quanto este, e é o de que o Poder Judiciário tem competência indiscutível para conhecer de todas as questões políticas, desde que a sua solução seja indispensável para amparar um direito de ordem privada submetido ao seu exame. O que o Supremo Tribunal ou Poder Judiciário não pode fazer [...] é julgar questões meramente, puramente, exclusivamente políticas (merely, puraly, exclusively, political questions), como dizem os autores americanos. Mas, desde que de envolta com a questão política vem uma questão de direito privado, o Poder Judiciário tem o direito de examiná-la. Mais do que isto; faltaria ao seu dever mais elementar, mentiria à sua altíssima função social se se recusasse a julgar uma e outra. [...] Eu não digo que o Supremo Tribunal tem autoridade para julgar as questões meramente políticas. Eu não digo sequer que ele deve resolver as questões políticas, sempre que elas lhe sejam submetidas simultaneamente com questões de direito privado. Não; o que digo é que o Poder Judiciário não pode deter-se diante da

matéria política, se por acaso a elucidação dela for essencial, necessária, indispensável para o amparo do direito privado a que, pela Constituição, ele tem de acudir (PESSOA, 1978, p. 160-161).

Porquanto, é essencial, destacar o que abordou Pessoa (1978) que o poder Judiciário não deve julgar o que for meramente, puramente, exclusivamente questão política, conquanto, quando for preciso amparar direito privado, então, ele tem de acudir para não faltar com seu dever elementar, de função social.

Contudo, onde está este limiar, que poderia clarear o que é puramente uma questão política, que não ampare direito privado? Em vislumbre a uma resposta, considere o que relata Pontes de Miranda sobre tais limites, leia-se:

O problema técnico de aviventar os marcos entre o domínio judiciário e os dos outros Poderes, executivo e legislativo, é árduo. Tanto mais árduo quanto se sabe que é preciso pô-lo em termos decisivos e nítidos: exercer o Poder Judiciário toda a sua competência – quer dizer: não deixar, por timidez, por escrúpulos, por temor da opinião pública do momento, ou da tendência maior da imprensa, de apreciar e julgar onde os princípios da estrutura americano-brasileira lhe permitem que aprecie e julgue; e não exercer a função de julgar onde não está a linha da sua competência. Não ir além, porém não se abster de ir até onde pode e, pois, deve (MIRANDA, 1946, P. 472-473).

Os marcos dos domínios de cada poder foi considerado por Pontes de Miranda como um problema técnico e árduo, então ele explanou suas recomendações, sendo que, nos dias atuais a opinião pública e a imprensa tem despejado sobre o Supremo toda a sua carga de pressão para influenciar os julgamentos, como têm sido sobre a prisão em segunda instância, onde se viu mobilização em todo o país, tanto contra manter a prisão em segunda instância, quanto como movimentos a favor de que se mantivesse a mesma.

Em que pese às dificuldades de separar o que poderia ou não o judiciário decidir dizendo a natureza de cada questão, se é política, ou se é jurídica, depara-se o problema da relatividade dos assuntos políticos e a eventualidade dos mesmos, ainda assim, Cunha (2014) elucida, averigüe:

A relatividade e a contingência dos assuntos políticos implicam a impossibilidade de formulação de um conceito completo e acabado de questão política, pois o conteúdo e os limites da

matéria política não são invariáveis. Não obstante a dificuldade de definição total e precisa de questão política, tal problemática não parece significar a impossibilidade total de identificar, de antemão, matérias de natureza primordialmente política. Entre elas, pode-se mencionar as questões referentes a sistema político, separação de poderes, partidos políticos, assuntos interna *corporis*, pressupostos de edição das medidas provisórias, estado de sítio e de defesa, comissões parlamentares de inquérito, entre outros. E isso é assim pelo fato de que as matérias de Direito Constitucional são, presumível e preponderantemente, questões político-constitucionais (CUNHA, 2014, P. 161).

De modo que, como afirmou o autor supramencionado, o fato de que as matérias de Direito Constitucional são presumidamente e sobremaneira questões político-constitucionais, desta forma, dificilmente se afastará a natureza jurídica da matéria e decisão política, por consequência poderá ser judicializada sempre que houver um interesse privado, um direito individual fundamental. Como bem leciona Galvão (2014, P. 297) “há cláusulas constitucionais que, em razão de sua vagueza, não fornecem uma diretriz interpretativa segura, como são os exemplos dos direitos à liberdade, à igualdade e à dignidade humana”. E conclui o autor: “Não se trata de negar a força normativa do texto constitucional, mas reconhecer que essas cláusulas dão ensejo a uma pluralidade de interpretações concorrentes a depender do matiz político adotado” (GALVÃO, 2014, P. 297).

Consoante, a tal raciocínio, é que a interpretação fica livre a vagueza constitucional como afirmou Galvão (2014), indubitavelmente, o direito à liberdade, à igualdade e à dignidade humana, estarão subordinadas a inclinação política, ideológica e filosófica do intérprete constitucional, podendo negar ou conceder direitos que prejudiquem ou beneficiem o cidadão e a sociedade, tudo depende de sua intenção e poder de persuasão perante outros juristas que decidirão à matéria. Entretanto no caso de dúvida na identificação de determinada questão como política, Cunha (2014) pondera ao argumentar que:

Assim, pode-se dizer que as questões constitucionais são, originária e substancialmente, matérias de conteúdo político por excelência. Com efeito, parece razoável sustentar que, caso haja dúvida na identificação de determinada questão como política – naquelas situações difíceis, pertencentes a zonas incertas, indeterminadas – tal incerteza deve ser resolvida a favor da tese de que a questão se trata de uma controvérsia política e, por conseguinte, não passível de controle e

juízo na arena judiciária. Acresça-se, ainda o fato de que, além das lides constitucionais serem, a priori, de natureza política, na perspectiva da teoria democrática moderna, tem-se que as questões políticas, ainda que duvidosas, como são inerentes à competência funcional dos poderes políticos, devem ser resolvidas por meio de órgãos propriamente políticos. (CUNHA, 2014, P. 164)

Esta situação argumentada por Cunha demonstra a necessidade de não ser aceito a judicialização de temas que sejam primordialmente políticos, o qual deixa a dúvida de sua característica jurídica e a possibilidade de que o tema seja mais bem debatido e por fim resolvido por meio de órgãos propriamente políticos. Como esclarece mais adiante o próprio autor:

Ocorre, todavia, que as questões são ditas políticas não porque o são exclusivamente, mas, sim, em razão de a natureza (conteúdo) delas ser primordialmente política, pois, no plano real, não há matérias puramente políticas, dado que todas elas, ainda que de forma mínima, estão impregnadas, também, de elementos jurídicos, sejam materiais ou formais, eis que, num Estado de Direito, todos e quaisquer atos e questões, inclusive as de alta densidade política, devem se conformar à normatividade (constitucional e também legal) e ao Direito. (CUNHA, 2014, P. 165)

Portanto, para concluir este capítulo, ficou evidente, segundo os autores, que nada foge do império da apreciação judiciária Cunha (2014) e que até mesmo questões de alta densidade política estão sujeitas à conformação da norma constitucional. Desta forma, o guardião da constituição se torna mais empoderado ante aos outros poderes, como mais possibilidade de abusar do poder, pois o executivo e o legislativo têm de sujeitar-se à palavra final dos ministros do Supremo Tribunal Federal. No entanto, esta discussão deverá ser mais bem desdobrada, a seguir, no capítulo posterior.

4 LIMITES À COMPETÊNCIA DO STF PARA INVALIDAR MATÉRIAS E DECISÕES DE NATUREZA POLÍTICA DOS OUTROS PODERES DO ESTADO.

O Limite tornou-se a grande controvérsia nesta pesquisa, pois o que se tem tentado até agora é compreender, identificar, distinguir e verificar se há limites ao poder do Judiciário, em especial, o Supremo Tribunal Federal (STF). Por conseguinte, quais são (os limites), numa perspectiva da teórica separação dos Poderes do Estado.

Deve-se levar em conta que o judiciário tem adentrado a seara das questões políticas, contexto de ativismo judicial, ao qual o poder judiciário tem sido protagonista de ações que competem ao executivo e ao legislativo.

Toda essa cizânia alicerça-se no excessivo controle jurisdicional que conforme demonstra Cunha (2014):

A primeira razão está em que o controle jurisdicional das questões políticas viola diretamente o princípio da separação e independência dos Poderes Públicos. Isto porque, em Estado que alberga a divisão de funções estatais, como o Brasil, cada poder deve exercer, livre de constrangimentos, a competência que lhe foi outorgada constitucionalmente, sob pena de malferimento do arranjo institucional do Estado. Assim, tendo sido as matérias políticas outorgadas, explícita ou implicitamente, aos poderes políticos por excelência, Legislativo e Executivo, isso implica a ideia de que somente esses poderes têm autoridade para deliberar acerca delas. (CUNHA, 2014, P. 167)

Nesse combate ao qual se precisa de freios e contrapesos, percebe-se a necessidade de que matérias políticas explícita ou implicitamente, sejam conferidas aos poderes que têm autoridade para deliberar acerca das mesmas.

Constitucionalmente o Legislativo, o Executivo, e o Judiciário cada qual recebeu os atributos de suas funções, outorgou-lhes o domínio demarcado, proibindo a violação dos poderes, pois são independentes e harmônicos entre si. Um poder não deve dar mais poder a si mesmo, para além do que consta na Constituição Federal de 1988. Mesmo assim, Cunha (2014) discorre, veja:

É certo que hoje o Judiciário brasileiro, leia-se, juízes e tribunais, arrogou-se a capacidade de controlar, conclusivamente, as matérias de cunho político, sob a argumentação de que a proteção dos direitos e liberdade individuais a justificaria. É bom advertir, entretanto, para a ideia de que, se os limites da jurisdição constitucional sobre as matérias de teor político não são respeitados pelo Judiciário, não quer isto significar que inexistam limites à sua atuação (CUNHA, 2014, P. 175).

Uma ideia cara é aceitar como absoluto o princípio da inafastabilidade da jurisdição, presente no artigo 5º, XXXV, da CRFB, para justificar o Judiciário, que não há limite para sua atuação e interferência em matérias de teor e cunho político. "Dito de outro modo, como Poder constituído, tal qual os demais, o Judiciário tem seus

limites fixados pela Constituição, pelas leis e pelo Direito”, em concordância com o autor, o Poder Judiciário deve estar abaixo da Constituição Federal, deve ser submisso a ela, o STF deve defender o que nela está escrito, sem alargar, fazer mutações constitucionais, que maquiem suas reais intenções ideológicas, e prossegue o mesmo autor: “o que significa dizer que os agentes e órgãos jurisdicionais estão vinculados à normatividade e, por isso, proibidos de atuar para além das fronteiras que lhe foram juridicamente demarcadas” (CUNHA, 2014, P. 176).

Na prática, as muitas fronteiras demarcadas já foram atravessadas, pela mais Alta Corte constitucional do País. Para aclarar esse pensamento, Cunha (2014) infere:

A atuação jurisprudencial expansiva a decisão da mais Alta Corte constitucional do País de se reconhecer competente para analisar e julgar ações de inconstitucionalidade de emendas à Constituição Federal vigente. Cite-se, como outro exemplo, a aplicação, pela Suprema Corte brasileira, da modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade ao controle incidental de constitucionalidade, quando tal prerrogativa, na realidade, fora estabelecida exclusivamente para o sistema concentrado de constitucionalidade. Tem-se, ainda, o fato de o STF, por meio de alguns de seus ministros, defender a adoção jurisdicional de ideias altamente polêmicas e controvertidas na doutrina constitucional, como é o caso da tese da eficácia transcendente dos motivos determinantes em sede de controle concentrado, bem como da ideia de efeitos erga omnes e vinculantes, isto é, eficácia geral e obrigatória para todos, no âmbito do controle concreto de constitucionalidade, sendo, tal proposição, mais conhecida na doutrina constitucional como “objetivação” ou “abstrativização” do controle difuso de constitucionalidade (CUNHA, 2014, P. 179).

Com um estilo de desenvolvimento ancorado em inovação jurídica, é que o STF tem se empenhado na modernização hermenêutica que justifique seu ativismo judicial, intromissão em matérias de teor político, como bem salientou o autor no texto acima.

Para tanto, não havendo respeito ao princípio da separação dos Poderes, a Democracia fica ameaçada, pois a vontade soberana da maioria do Povo que elegeu seus representantes é desconsiderada, por meio de artifícios incontestáveis. Logo, pois é o STF quem exerce o controle de constitucionalidade, controle concentrado, e

usa a tese da eficácia transcendente dos motivos determinantes no âmbito de controle concentrado, e modulam os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de controle incidental de constitucionalidade, então, quem controla o controlador?

Em função disso, Cunha (2014) expõe que:

Finalmente, o poder de reexame judicial compromete a ideia de lei como expressão da vontade soberana do povo. Registre-se ser o governo de leis uma reivindicação das mais antigas na história das ideias políticas. Desde a Antiguidade, passando pela Idade Média, e atingindo a Modernidade, sempre se identificou na vontade das leis o melhor remédio para substituir o governo dos homens. Ora, o STF, na medida em que invalida uma norma, viola frontalmente o princípio do império das leis, e, o que é mais grave, uma lei que, na democracia, expressa, aprioristicamente, a vontade geral do povo. (CUNHA, 2014, P. 220)

Como bem expôs o autor, a ideia de reexame judicial não está levando em conta a vontade geral do povo, que democraticamente elege seus representantes. A Suprema Corte tem de se sujeitar ao império da normatividade da constituição, visto que a vontade geral do povo deve prevalecer quando expressa na forma das Leis.

A democracia, por sua vez, deve ser preservada, pois é ela quem diz as regras do jogo, e o respeito a estas regras é que faz o Estado ter o bom governo, como logo abaixo, Norberto Bobbio (2004) denuncia:

E o que é a democracia se não um conjunto de regras (as chamadas regras do jogo) para a solução dos conflitos sem derramamento de sangue? E em que consiste o bom governo democrático se não, acima de tudo, no rigoroso respeito a estas regras? [...] não tenho dúvidas sobre a resposta a estas questões. E exatamente porque não tenho dúvidas, posso concluir tranquilamente que a democracia é o governo das leis por excelência. No momento mesmo em que um regime democrático perde de vista seu princípio inspirador, degenera rapidamente em seu contrário, numa das tantas formas de governo autocrático de que estão repletas as narrativas dos historiadores e as reflexões dos escritores políticos (BOBBIO, 2004, P. 185).

Ao fim e ao cabo, o que é importante destacar desse rápido intercurso é as ideias de que a qualidade de um Estado Democrático estar em ter suas instituições reverenciadas, sem perder de vista seu princípio inspirador de obediência às leis.

De qualquer forma, “no caso particular do Brasil, como o Supremo Tribunal Federal se arroga na condição de intérprete final da Constituição, resta saber quem deve julgar o STF a fim de controlar a constitucionalidade de sua atividade jurisdicional”, dado isso, logo, Cunha (2014) prossegue em sua denotação: “pois, como dito, é possível que o órgão de cúpula do Judiciário brasileiro opere o controle de constitucionalidade com violação à própria Constituição de que se intitula protetor e guardião. Nenhuma perplexidade nisso!” (CUNHA, 2014, P. 254).

No plano da realidade democrática é um erro aceitar a visão absolutista do STF de estar acima da Constituição, fazendo e desfazendo-a. Único Soberano acima do Estado deve ser apenas o povo, a soberania popular. O judiciário deve lembrar que também está submetido à Constituição e às leis.

Portanto, no intuito de encerrar este capítulo, que seja com a sapiência de José Afonso da Silva: “reduzir a competência do STF à matéria constitucional não constitui mudança alguma no sistema de controle de constitucionalidade no Brasil” (SILVA, 2010, P. 559). Por essa razão, é que limitar o poder do STF, ao que dispõe a Constituição, não afronta a democracia, muito menos o Poder Judiciário, apenas o condicionará a respeitar as fronteiras delimitadas, para que haja independência e harmonia com os Poderes Legislativo e Executivo, principalmente no tocante às matérias e decisões de Teor Político.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do ponto de vista de compreender os limites ao poder do STF para invalidar decisão e matéria dos outros poderes do Estado, continua sendo um desafio aos estudiosos do tema. De maneira apertada, talvez essa seja a principal conclusão do trabalho. Uma conclusão incomodativa, quanto é o problema investigado na pesquisa.

Não pretendo, contudo, reduzir este trabalho a um clichê ou a uma frase de efeito. Mesmo porque os limites ao poder do STF como órgão máximo do Judiciário, já estão expressos na constituição, pelo princípio da separação e independência dos poderes, da soberania popular, do sistema de freios e contrapesos.

Essa crença, ingênua, na maioria das vezes, mas cínica, em outras, é, a meu ver, uma das principais dificuldades de toda discussão sobre os limites de um poder não interferir no outro. Falo de o ingênuo acreditar que o Poder Judiciário está isento

da má fé, maldade e perversidade de Juízes e Ministros que sem dúvida compõem a Suprema Corte.

A interpretação desenvolvida aqui ao longo do trabalho, contudo, buscou seguir um caminho de identificação, distinção e verificação, para tentar compreender se havia limites e quais eram esses limites ao poder incontestável do STF na interferência de temáticas inerentes aos outros poderes do Estado.

Se essa forma de olhar o fenômeno estiver correta, é provável que, somente pelo respeito ao princípio constitucional, de que todo poder emana do povo, por meio de seus representantes eleitos ou diretamente nos termos da CRFB/88, é que se terão menos intromissões do STF nas matérias e decisões dos outros poderes do Estado.

Contudo é necessário que o poder legislativo aprove alguma emenda que freie as intervenções do STF nos outros poderes, principalmente no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade.

O Estado brasileiro não deve aceitar esta desarmonia entre os poderes. Em que pese, os limites de cada poder são a garantia da autonomia e independência dos poderes, de Estado Político Democrático de Direito, do que para um Estado Jurídico dirigido somente por uma colenda turma.

Os diversos textos deixam claro que o Poder Judiciário nunca poderá se omitir de apreciar lesão ou ameaça de direito. Este é o império da lei, o princípio da inafastabilidade da Jurisdição, podendo adentrar outras esferas de poder para garantir direito líquido certo, inclusive.

Contudo, o problema, era quando o judiciário deve parar, ou quando se inicia o ativismo judicial.

Do ponto de vista da atuação do STF, entendo que, na questão dos limites que lhe são impostos pela Constituição, urge aos demais poderes do Estado fazer valer sua capacidade de debater este problema no âmbito político, perquirindo do Judiciário e em especial a Suprema Corte a construção de consenso, e de mais objetivação dos Limites das Ações de Controle do Supremo.

E isso deve ser buscado mediante a negociação dos poderes e se possível participação da sociedade. Deixar esse tipo de decisão nas mãos do STF pode até trazer alguns benefícios, mas dificilmente trará o desenvolvimento de um país justo e verdadeiramente democrático que o povo seja soberano

REFERÊNCIAS

BENEDETTI, Andréa Regina de Moraes. **Judicialização da política: a construção de um conceito constitucional nos cenários de expansão do poder judiciário.** 2011. 125 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011. Cap. 4. Disponível em: http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1870. Acesso em: 28 mar. 2020.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia.** Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004

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

CUNHA, Jânio Pereira da. **Jurisdição constitucional e Supremo Tribunal Federal: a judicialização da política no Brasil à luz da teoria moderna da democracia.** 2014. 289 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2014. Cap. 4. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/ObraBdtdSiteTrazer.do?method=trazer&ns=true&obraCodigo=92939>. Acesso em: 28 mar. 2020.

FERREIRA, Manoel G Filho. **Declaração de direitos do homem e do cidadão.** 1789. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 25 fev. 2021.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de direito.** São Paulo: Saraiva, 2014.

GUIMARÃES, Mário. **O juiz e a função jurisdicional.** Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MINARIO, Milene. **Mutação constitucional e o ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal.** 2019. 62 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Departamento de Ciências Jurídicas, Universidade de Taubaté, Taubaté, 2019. Cap. 4. Disponível em: http://repositorio.unitau.br/jspui/bitstream/20.500.11874/3586/1/TG-Milene_Minario.pdf. Acesso em: 28 mar. 2020

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à constituição de 1946**. arts. 15 a 97. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000)

MOREIRA, Carla Angélica. **A politização do judiciário e o papel do supremo tribunal federal frente aos direitos fundamentais** - 277f Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Escola de Ciência Política, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

NUNES, Castro. **Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

PESSOA, Eptácio. **Discursos parlamentares**. Perfis Parlamentares, Brasília: Câmara dos Deputados, nº. 7, 1978.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Malheiros Editores, 33ª edição. São Paulo, 2010.

OS DIREITOS COLETIVOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

DANILO FRANÇA FALCÃO PEDROSA:

Procurador do Estado de Alagoas, ex-Procurador do Estado de Pernambuco, ex-Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina, Pós-Graduado em Direito Administrativo e Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

Nas sociedades contemporâneas, a necessidade de se enxergar e tutelar os direitos de forma coletiva tem se mostrado evidente. Ao lado dos direitos tidos como individuais, onde é possível identificar com precisão seus titulares, há os direitos e interesses que são fruíveis de forma coletiva.

Nesta perspectiva, é notável que a plataforma individualista do sistema processual tradicional capitaneada pelo Código de Processo Civil não seria mais suficiente para atender aos reclamos das sociedades modernas. A dinâmica das sociedades contemporâneas e a massificação das relações faz com que a ordem jurídica seja cobrada por um sistema de proteção adequado para tutelar as demandas de índole coletiva da sociedade.

Assim, por imperativo das necessidades da dinâmica social atual, a ordem jurídica brasileira dispõe de um microsistema normativo voltado para a tutela coletiva de direitos. Em se tratado da tutela jurídica dos direitos coletivos, o ordenamento jurídico brasileiro possui um microsistema processual voltado para o regramento desta seara, com bases jurídicas fortemente sedimentadas no Código de Defesa do Consumidor e na Lei da Ação Civil Pública.

Falar de direitos coletivos, antes de mais nada, pressupõe a compreensão da extensão de seu significado. Os direitos coletivos em sentido lato são, em sua essência, aqueles que transcendem a esfera individual do sujeito, podendo ser subdivididos nas categorias de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos.

Os direitos difusos são aqueles de natureza transindividual e indivisível, cuja titularidade reside em pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. São direitos tidos como dispersos e que não comportam fruição individualizada.

Em relação aos direitos tidos como difusos, não é possível haver uma determinação pessoal de seus detentores, sendo, em verdade, titularizados por um

grupo indeterminado de pessoas. É o que ocorre comumente com os direitos relacionados ao meio ambiente. Quando, por exemplo, o Ministério Público pleiteia, através de uma ação civil pública, medidas para obstar o lançamento de esgoto sem o devido tratamento no oceano, está fazendo em benefício de uma coletividade social que não pode ser pessoalmente determinada, fazendo com que esta categoria de direitos possua o maior grau de abstração dentre os direitos tidos como coletivos.

Por sua vez, os direitos coletivos em sentido estrito, não obstante também possuam natureza transindividual e indivisível, têm sua titularidade pertencente a determinado grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Diferentemente do que ocorre com os direitos difusos, em se tratando de direitos coletivos *stricto sensu*, é possível identificar sua titularidade em determinados grupo, categoria ou classe de pessoas, possuindo, desta forma, um grau de dispersão mais reduzido, se comparados com os direitos difusos.

Imaginemos um pleito, de natureza indivisível, deduzido por um sindicato em benefício da categoria que representa, como, por exemplo, a busca de medidas para redução de riscos do ambiente de trabalho. Nesta situação, tem-se um direito que é usufruído de forma coletiva e, portanto, indivisível, mas onde é possível delimitar coletivamente seus beneficiários.

Então, o que diferencia o direito difuso do coletivo em sentido estrito é a determinabilidade coletiva de seus sujeitos em decorrência de uma relação base preexistente. Neste toar são esclarecedoras as palavras do nobre processualista Fredie Didier Jr que, com maestria, pontua:

“Cabe ressaltar que a relação-base necessita ser anterior à lesão (caráter de anterioridade). A relação-base forma-se entre os associados de uma determinada associação, os acionistas da sociedade ou ainda os advogados, enquanto membros de uma classe, quando unidos entre si (*affectio societatis*, elemento subjetivo que os une entre si em busca de objetivos comuns); ou, pelo vínculo jurídico que os liga à parte contrária, e.g., contribuintes de um mesmo tributo, estudantes de uma mesma escola, contratantes de seguro com um mesmo tipo de seguro. No caso da publicidade enganosa, a “ligação” com a parte contrária também ocorre, só que em razão da lesão e não do vínculo precedente, o que a configura como direito difuso e não coletivo *stricto sensu* (propriamente dito).

O elemento diferenciador entre o direito difuso e o direito coletivo é, portanto, a determinabilidade e a decorrente coesão como grupo,

categoria ou classe anterior à lesão, fenômeno que se verifica nos direitos coletivos stricto sensu e não ocorre nos direitos difusos.”⁶³

Já os direitos classificados como individuais homogêneos são considerados divisíveis e apenas acidentalmente coletivos em razão de serem decorrentes de origem comum. Os direitos individuais homogêneos, diferentemente do que acontece nas demais categorias acima indicadas, possuem seus titulares individualizados e podem ser tutelados de forma individualizada, a exemplo de pleitos remuneratórios fruíveis individualmente por integrantes de determinada categoria funcional. A respeito dos direitos individuais homogêneos, precisos são os delineamentos do jurista José Marcelo Vigliar, que assim ensina:

“Vamos iniciar o estudo sobre uma ‘categoria virtual de interesses coletivos’.

O objetivo no emprego dessa expressão é o de deixar bem claro que os interesses individuais homogêneos têm exatamente a natureza jurídica indicada no nome: são interesses individuais, contudo, presentes certas circunstâncias, poderão merecer um tratamento processual coletivo, como se fossem da mesma natureza dos difusos ou dos coletivos, analisadas nos itens anteriores.

Como a consideração desses interesses apenas se dá no momento de suas defesas em juízo, ou seja, eles não existem fora do processo, há que se observar cuidado antes da afirmação de que, efetivamente, constituem interesses individuais homogêneos. Numa palavra: só se consideram interesses individuais homogêneos, quando suas defesas estiverem ocorrendo. O juiz, assim, deve analisar se elementos caracterizadores desses interesses se encontram presentes, antes de concluir pela inviabilidade na defesa dos interesses apresentados. 64”

Na mesma linha, esclarecedoras também são as lições do já citado processualista Fredie Didier Jr que, com a sabedoria que lhe é peculiar, leciona:

A importância prática desta categoria é cristalina. Sem sua criação pelo Direito positivo nacional, não existiria possibilidade de tutela coletiva de direitos individuais com natural dimensão coletiva em razão de sua homogeneidade, decorrente da massificação/padronização das relações

63 DIDIER Jr, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo. 11ed. Salvador: JusPODVUM, 2017. P. 74

64 VIGLIAR, José Marcelo. Interesses Difusos, Coletivos, e Individuais Homogêneos. Salvador: ED. JusPODIVM, 2005. P 31.

jurídicas e das lesões daí decorrentes. A “ficção jurídica” atende a um imperativo do Direito: realizar com efetividade a Justiça frente aos reclamos da vida contemporânea. Assim, tal categoria de direitos representa uma ficção criada pelo direito positivo brasileiro com a finalidade única e exclusiva de possibilitar a proteção coletiva (em massa). Sem essa expressa previsão legal, a possibilidade de defesa coletiva de direitos individuais estaria vedada.”⁶⁵

Assim, resta evidenciado que os direitos individuais homogêneos, como o próprio nome está a indicar, são essencialmente individuais, com sujeitos de titularidade definidos, mas se apresentam circunstancialmente coletivos para fins de tutela jurisdicional.

A título ilustrativo de direito individual homogêneo pode-se citar as pretensões classistas de determinadas categorias profissionais, como, por exemplo, a percepção de auxílio moradia por categorias do funcionalismo público. O auxílio moradia reflete uma pretensão sobre um direito individual de cada um dos integrantes da categoria correspondente, mas que podem ser tutelados de forma coletiva pelos legitimados legalmente para o exercício dessa legitimidade extraordinária.

Nestes termos, ao que se viu, a ordem jurídica vigente dispõe de um microsistema próprio de proteção aos direitos coletivos, que são classificados em direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. Assim, em face das características especiais destes direitos, surge a necessidade de que haja uma retaguarda normativa apropriada para garantir sua proteção e efetividade. Então, a compreensão do conceito e da natureza dos direitos tidos como coletivos, com a percepção precisa do delineamento de suas categorias, é de vital importância para que haja sua satisfatória tutela pelo Direito em vigor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP: Edipro, 2001.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10^a ed. Brasília: Editora UNB, 1999.

DIDIER Jr, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 11ed. Salvador: JusPODVUM, 2017.

⁶⁵ DIDIER Jr, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo. 11ed. Salvador: JusPODVUM, 2017. P.76.

FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil, Volume II – Das Obrigações**. 4ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Volume V, Direito das Coisas**. São Paulo: ED. Saraiva, 2006.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 12ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil. Volume III - Contratos**. ed 12º. Rio de Janeiro: ED. Forense, 2005.

VIGLIAR, José Marcelo. **Interesses Difusos, Coletivos, e Individuais Homogêneos**. Salvador: ED. JusPODIVM, 2005

INQUÉRITO POLICIAL: DA PROVA SUBJETIVA E A FLEXIBILIZAÇÃO DA FORMA ESCRITA

GILMARO ALVES FERREIRA: Graduação em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos (2006), especialização em Pós-Graduação "Lato Sensu" em Direito Processual pela Universidade do Sul de Santa Catarina (2009); especialização em Pós-graduação "Lato Sensu" em Direito Público pela Faculdade de Direito de Ipatinga (2006). Atualmente é Docente do Centro Universitário do Leste de Minas Gerais, DELEGADO DE POLÍCIA da Polícia Civil de Minas Gerais e Professor de Direito Penal e Processo Penal da Faculdade de Direito de Ipatinga.

RESUMO: O presente artigo busca analisar a colheita de prova subjetiva no bojo do Inquérito Policial. Inúmeras mudanças foram efetivadas no transcorrer de décadas em relação à oitiva dos envolvidos no processo penal, contudo essa mesma metodologia não ocorreu no Caderno Inquisitorial. É bem verdade que as investigações não são mais tratadas como um estanque da Polícia Judiciária, investigações essas que tiveram suas metodologias transformadas em outros órgãos. Assim, neste trabalho, trata-se sobre a possibilidade da flexibilização de uma das características do Inquérito Policial, a qual seja a forma "escrita" para depoimentos, declarações e informações. No mesmo giro, inicia-se o trabalho demonstrando o nascimento do Inquérito Policial; passando pelas pessoas com prerrogativas de função, fazendo um parâmetro entre aquelas pessoas que não podem ser investigadas no Inquérito presidido pelo Delegado de Polícia e aquelas com necessidade de autorização dos Tribunais de Justiça. Avançando na discussão, este trabalho apresenta as pessoas que não precisam prestar suas informações, bem como as que possuem alguma especificidade quando da colheita. Derradeiramente, faz-se uma análise da possibilidade das oitivas por áudio-vídeo no procedimento administrativo pré-processual.

Palavras-chaves: Inquérito Policial. Prerrogativa por função. Oitiva por áudio e vídeo. Flexibilização do depoimento por escrito. Processo Penal.

1 – INTRODUÇÃO

Ao se analisar a conjectura das investigações policiais, em específico, as oitivas colhidas no bojo do Inquérito Policial, percebe-se uma teia de problemas com razoável resolução. As unidades policiais encontram-se abarrotadas de demandas, de inúmeros procedimentos acumulados por anos, ulcerando, dessa forma, o funcionamento da engrenagem investigativa. Do mesmo modo, dificultando e fragmentando o princípio constitucional da duração razoável do processo, previsto no art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal de 1988.

Aliado a isso, tem-se a insuficiência de Escrivães de Polícia, de Investigadores e de Delegados para números exorbitantes de investigações. À vista disso, entende-se que um dos grandes fatores dificultadores para as oitivas, na arcaica forma “escrita ou datilografada”, hoje substituída pela digitação, é justamente esse modelo antigo das peças escritas e o tempo escasso, não possibilitando que o agente público se concentre no que está sendo realizado. Nesse prisma, inúmeras oitivas limitam-se a ratificar o descrito na ocorrência policial, o que se entende aqui, tratar-se de um vício que precisa ser extirpado das atividades investigativas. O respeito das investigações e a perspectiva de novos horizontes para esse importante procedimento administrativo somente ocorrerão se se avançar com as tecnologias e com as próprias normas jurídicas, aliados a outros institutos.

Uma oitiva, na metodologia atual (forma digitada), dura em média 35 (trinta e cinco) minutos. Desse modo, unicamente para fins de parâmetro, um Auto de Prisão em Flagrante Delito, em que se ouve no mínimo entre três e quatro pessoas, teria, portanto, 140 (cento e quarenta) minutos aproximadamente, apenas para as oitivas, ou seja, mais de duas horas. Isto posto, uma autuação em flagrante delito, por mais simples que seja, dura em torno de duas horas e meia (cento e cinquenta minutos). Não obstante, têm-se aquelas autuações com pluralidades de conduzidos, demandando um tempo maior ao ora apresentado.

Nesse aspecto, devem-se buscar soluções legais e viáveis para esse problema. Sem embargo, uma solução vem-se destacando, a oitiva por áudio-vídeo, reduzindo drasticamente esse tempo na colheita dessa importante prova. Com isso, audiências na justiça, que demandavam horas e horas, hoje foram simplificadas pela metade do tempo.

Ademais, com as mudanças efetivadas no processo penal, boa parte dos Inquéritos Policiais sequer chegará a uma demanda viável, em vista da suspensão condicional do processo e agora a nova ferramenta, a qual seja, o Acordo de Não Persecução Penal.

Noutro giro, há maior segurança e fidedignidade entre o narrado e o transcrito na gravação por áudio e vídeo, constituindo, assim, um fator protetor tanto para as pessoas ouvidas, como para os agentes policiais.

Este estudo será realizado, por conseguinte, mediante pesquisas bibliográficas. Acresce que se pretende analisar, sobretudo, conteúdo doutrinário que trabalhe o tema desta pesquisa, consultar sites engajados no conhecimento jurídico, Constituição Federal, Código Penal, Código de Processo Penal, legislação federal, bem como artigos e estudos publicados.

No capítulo dois, trata-se da gênese do Inquérito Policial, informando o contexto histórico e a norma que a gerou.

No capítulo três, versa-se sobre as prerrogativas por função na fase investigativa, analisando-as sob o viés das Polícias Judiciárias Estaduais.

Nos capítulos quatro e cinco, abordam-se as oitivas, as pessoas com especificidade com tratamentos diferenciados, bem como a flexibilização de uma das características, defendendo-se, é claro, a oitiva nessa fase por áudio-vídeo, e apresentando-se, então, a conclusão.

2 - GÊNESE DO INQUÉRITO POLICIAL

O conjunto procedimental administrativo elaborado pela polícia judiciária surgiu com a lei 2.033 de 20/09/1871, regulamentado pelo decreto 4.824 de 22 de novembro de 1871. Em seu dispositivo legal do artigo 42, assim descreveu o legislador:

“O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento **escrito**.”

A descrição “Inquérito Policial” ganhou roupagem apenas com a regulamentação, visto que, anteriormente, o que se tinha eram procedimentos administrativos, contudo sem nomenclatura definida. Mesmo antes da formação do Estado, durante a fase de vingança privada, os comportamentos contrários ao senso das normas de conduta eram investigados e apurados pelos familiares que se julgavam vítimas da ação. No surgimento do Estado, de forma gradativa, o indivíduo passa a abrir mão de parcela de seus direitos, confiando ao poder público esse julgamento, destarte, mesmo nessa fase, a colheita de provas e de informações permanecia na responsabilidade familiar do ofendido. Nesse contexto, com o aparecimento dos Estados Absolutistas, o poder investigativo cessa para as famílias,

surgindo, dessa maneira, a figura dos juízes com a capacidade investigativa. É interessante que o sistema do contraditório e da imparcialidade do juiz irrompe na Roma antiga e em Atenas, fornecendo igualdade de condições entre defesa e acusação.

No início do período da colonização nacional, os patrícios possuíam as chamadas devassas, existentes nas Ordenações Filipinas de 1521, com a materialidade e a responsabilidade da apuração da autoria. Nesse cenário, o Estado agia de ofício sem efetiva participação do acusado, este último que só ingressou no polo da participação com os denominados "forais".

A história reporta que, somente em 1808, com a criação da Intendência Geral de Polícia da Corte e do Estado do Brasil, surge a Polícia Civil do Brasil, com atribuições diversas às dos dias atuais. Em 1827, o ato investigativo criminal chega à competência do Juiz de Paz, que também acumulava a administração dos afazeres policiais. Na impossibilidade da realização de seus atos, esse mesmo juiz de paz "delegava" essa tarefa a terceiros, surgindo, então, a nomenclatura "delegado".

Segundo Danilo Morais Correia (2019), esse sistema vigorou até a criação da lei 261 de 3/12/1841:

Tal sistema vigorou até a edição da Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841, que reformou o Código de Processo Criminal de 1832. Foi realizada uma profunda mudança, sendo restringida as atribuições dos Juízes de Paz e criado o cargo de Delegado de Polícia. Criou-se uma estrutura policial hierarquizada que era então formada pelo Chefe de Polícia, que era escolhido entre os Juízes de Direito e os Desembargadores, sendo um para cada província e um para o município da Corte, e os Delegados e Subdelegados de Polícia, que eram escolhidos entre os Juízes de Direito e quaisquer cidadãos.

Em 31 de janeiro de 1842, com o regulamento 120 da execução das partes policial e criminal, surge a nomenclatura "Polícia Judiciária" na secção II do capítulo I, com sua organização, estrutura, nomeações, demissões, vencimentos, atribuições dos Delegados e Subdelegados, dos Escrivães e etc.

Art. 3º São da competência da Polícia Judiciária:

1º A atribuição de proceder a corpo de delito, compreendida no § 4º do art. 12 do Código do Processo Criminal.

2º A de prender os culpados, compreendida no § 5º do mesmo artigo do dito Código.

3º A de conceder mandados de busca.

4º A de julgar os crimes, a que não esteja imposta pena maior que multa até 10\$000, prisão, degredo, ou desterro até seis meses com multa correspondente à metade desse tempo, ou sem ela, e três meses de Casa de Correção, ou oficinas públicas, onde as houver. (Cód.). (texto ajustado a linguagem atual).

Desde sua criação, e considerando a tecnologia da época, os depoimentos e as oitivas eram procedidos por escrito, mesmo porque outra forma não havia.

Art. 398. Logo que se apresentar uma queixa ou denúncia legal e regularmente formalizada, o Juiz de Direito a mandará autuar, e ordenará por seu despacho, que o denunciado seja ouvido por **escrito**, salvo verificando-se algum dos casos em que o não deve ser, conforme o art. 160 do Código do Processo Criminal.

Art. 485. Se está em sua resposta alegar factos e declarar que quer prová-los,

ser-lhe-ão para esse fim concedidos oito dias, dentro dos quais deverá apresentar todos os documentos e testemunhas que tiver em seu favor, cujos **depoimentos serão escritos** no processo que se formar. (Texto ajustado à linguagem atual e grifo nosso.)

A separação das funções policiais e judiciais ocorreu somente com a lei já reportada (2.033, de 20 de setembro de 1871), passando as investigações criminais com exclusividade aos Chefes, aos Delegados e aos Subdelegados de Polícia.

Art. 10. Aos Chefes, Delegados e Subdelegados de Polícia, além das suas atuais atribuições tão somente restringidas pelas disposições do artigo antecedente, e § único, fica pertencendo o preparo do processo dos crimes, de que trata o art. 12 § 7º do Código do Processo Criminal até a sentença exclusivamente. Por **ESCRITO** serão tomadas nos mesmos processos, com os depoimentos das testemunhas, as exposições da acusação e defesa; e os competentes julgadores, antes de proferirem suas decisões, deverão ratificar o processo no que for preciso. (Texto ajustado à linguagem atual e grifo nosso.)

Em 1941, o decreto 3.689 trouxe novas definições e procedimentos ao Inquérito Policial, com características próprias e com função que adiante, neste trabalho, pronunciar-se-á.

3 - PRERROGATIVAS POR FUNÇÃO NO INQUÉRITO POLICIAL

O procedimento de atos em voga é presidido pela Autoridade Policial (Delegado de Polícia). Todavia, insta considerar a competência por prerrogativa de função. Ora sendo determinado o encaminhamento a outros órgãos, outrora necessitando de autorização dos tribunais para instauração. Exemplo disso é a lei complementar 35 de 1979:

“Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do **magistrado**, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação.” (Grifo nosso.)

No mesmo giro, em se tratando de membros do Ministério Público, os autos também serão encaminhados, conforme preceitua a lei 8.625 de 12/02/1993, que instituiu a organicidade nacional do Ministério Público.

Art. 41. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica: (...) Parágrafo único. Quando no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por parte de membro do Ministério Público, a autoridade policial, civil ou militar remeterá, imediatamente, sob pena de responsabilidade, os respectivos autos ao Procurador-Geral de Justiça, a quem competirá dar prosseguimento à apuração.

Nesses eventos, não há de se pronunciar autorização, mas encaminhamento, tonando-se nulas investigações que afrontarem a determinação legal e, por via de consequência, que contaminarem as provas obtidas nessa fase extrajudicial⁶⁶, suplantando o entendimento de que não se adotam nulidades do Inquérito Policial, porém meras irregularidades.

Os prefeitos municipais e os deputados estaduais gozam também de prerrogativas, destarte, nesses casos, as investigações serão presididas pela própria polícia judiciária. Diferentemente de promotores e de Juízes, os autos serão enviados

⁶⁶ Inq 2842, Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 27.02.2014 e HC 205721/PR, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 19.11.2013

para o tribunal de segunda instância. Essas pessoas, com prerrogativas de função nas investigações, ainda que haja entendimentos contrários, dependem de autorização legal, seja para continuidade das investigações, seja para admissibilidade. Assim, entende-se que essa exigência não pode prosperar frente à imparcialidade judicial e ao sistema acusatório do processo penal. Vale ressaltar, em tempo, que adiante retornaremos ao tema.

A dicção do art. 5º, LIII, c/c art. 29, X, da Constituição Federal/88, retrata o processo e a sentença apenas pela autoridade competente, bem como o julgamento dos prefeitos perante o Tribunal de Justiça.

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos (...) X - julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça.

Nos casos em comento, entende-se que não se presume culpa no envolvimento pela mera subordinação, citações testemunhais. À vista disso, o encaminhamento dos autos ao tribunal de segunda instância se mostrará necessário se as investigações apontarem para o envolvimento do chefe do executivo municipal.

(...) A mera subordinação hierárquica de agentes públicos ou servidores municipais não implica a automática responsabilização criminal do Prefeito. Noutros termos: não se pode presumir a responsabilidade criminal do Prefeito, simplesmente com apoio em "ouvir dizer" das testemunhas; sabido que o nosso sistema jurídico penal não admite a culpa por presunção (AP 447, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, maioria, j. 18/02/2009, DJe 28/05/2009).

O Supremo Tribunal Federal, em decisões pretéritas, afirmou que a fase de inquérito é abrangida pelo respeito à prerrogativa de foro. Se as investigações possuem essas pessoas desde seu nascedouro, a instauração será apenas com autorização legal, aplicando-se aqui o princípio da simetria para as investigações estaduais. No caso de surgimento de participação dessas pessoas, com os autos já em andamento, estes precisam ser encaminhados imediatamente ao Tribunal responsável.⁶⁷

67 Inquérito 2116 STF.

As investigações ganham roupagem da ilicitude após a diplomação, momento em que os prefeitos municipais e os deputados estaduais passam a ter o foro privativo.⁶⁸

Oportunamente, vale destacar que Renato Brasileiro (2013), em sua obra, evidencia que não somente as investigações, mas também o formal indiciamento de autoridades com prerrogativa de foro devem possuir autorização legal.

Na ação penal 937 de 2018, o STF delimitou esse foro por apanágio aos crimes de exercício ou por razão do mandato. Essa erudição foi segmentada em 2019 na APn 874, definindo, ainda, que, com a cessação do mandato, investigações e ou processos devem ser enviados aos juízes de primeiro grau. Isto posto, ficou fixada a necessidade da pertinência temática e da contemporaneidade entre os fatos e o exercício funcional. E, em havendo hiato entre mandatos, o segundo não poderia retornar com a prerrogativa, se a ilicitude fosse observada no primeiro. "A manutenção do foro após um hiato de posse de cargo no Legislativo Federal e mais um mandato no Executivo Estadual configuraria um privilégio pessoal, não albergado pela garantia constitucional" (Nancy Andrighi - **APn 874**).

Colocadas essas premissas básicas sobre as investigações, há de se ficar atento à decisão da Quinta Turma de 2020, segundo a qual essa prerrogativa não impunha condições de investigações ao Ministério Público e à Autoridade Policial.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 104.471 - PR (2018/0276201-1) RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS RECORRENTE: NENEU JOSE ARTIGAS ADVOGADOS: ROGÉRIO OSCAR BOTELHO E OUTRO(S) - PR026174 ANNE CAROLINA STIPP AMADOR KOZIKOSKI - PR032064 RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ EMENTA RECURSO EM HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO ATIVA. PREFEITO MUNICIPAL. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO INICIADO SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DO TRIBUNAL ESTADUAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. FEITO REMETIDO À PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA. POSSIBILIDADE DE CONVALIDAÇÃO DOS ATOS. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. ***Da prerrogativa de função não decorre qualquer condicionante à atuação do Ministério Público, ou da autoridade policial, no exercício do mister investigatório, sendo, em regra, despicienda a admissibilidade da investigação pelo Tribunal competente. Precedentes.*** 2. ***Não se vislumbra ilegalidade na condução inicial das investigações pela Promotoria de Justiça, com***

⁶⁸ Inquérito nº. 2411/MT, Informativo 483 do Supremo Tribunal Federal.

posterior encaminhamento dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça, que poderá convalidar, ou não, os atos investigatórios já praticados. 3. Recurso em habeas corpus não provido. RHC 104.471, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, STJ, julgado em 05/03/2020, DJe 13/03/2020 (grifo nosso)

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. INVESTIGADO COM FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO. DESNECESSIDADE. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO DO MUNICÍPIO. INTIMIDADE E VIDA PRIVADA DO PREFEITO PRESERVADA. REMESSA DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DESNECESSIDADE. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS IMPROVIDO. 1. No que concerne às investigações relativas a pessoas com foro por prerrogativa de função, tem-se que, embora possuam a prerrogativa de serem processados perante o tribunal, ***a lei não excepciona a forma como se procederá à investigação, devendo ser aplicada, assim, a regra geral trazida no art. 5º, inciso II, do Código de Processo Penal, a qual não requer prévia autorização do Judiciário.*** "A prerrogativa de foro do autor do fato delituoso é critério atinente, de modo exclusivo, à determinação da competência jurisdicional originária do tribunal respectivo, quando do oferecimento da denúncia ou, eventualmente, antes dela, se se fizer necessária diligência sujeita à prévia autorização judicial" (Pet 3825 QO, Relator p/ acórdão: Min. Gilmar Mendes, Pleno, julgado em 10/10/2007). Precedentes do STF e do STJ. 2. ***Não há razão jurídica para condicionar a investigação de autoridade com foro por prerrogativa de função a prévia autorização judicial, sendo certo que a garantia constitucional diz respeito tão somente ao processamento e ao julgamento de eventual ação penal movida em desfavor de ocupante de cargo cujo status constitucional assegure privilégio de foro, de modo a evitar persecução criminal infundada. Por isso, não há que se falar em nulidade quando o procedimento de investigação instaurado pelo Ministério Público prossegue sem a chancela do Poder Judiciário, pois trata-se de procedimento pré-processual, não acobertado pela garantia de foro especial.*** 3. Em resumo: a) O Código de Processo Penal prevê, como primeira hipótese, a instauração de

inquérito policial ex officio pela Polícia Judiciária, em cumprimento de seu dever constitucional, sem necessidade de requerimento ou provocação de qualquer órgão externo; b) O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 593.727/MG, assentou a concorrência de atribuição entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária para realizar investigações criminais; c) Sendo assim, a mesma sistemática é válida tanto para procedimentos investigatórios ordinários quanto para investigações que envolvam autoridades com prerrogativa de função; d) Por constituírem limitações ao poder de investigação conferido pela Constituição Federal à Polícia Judiciária e ao Ministério Público, as hipóteses em que a atividade investigatória é condicionada à prévia autorização judicial exigem previsão legal expressa - REsp n. 1.697.146/MA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 9/10/2018, DJe 17/10/2018. No mesmo diapasão: RHC n. 93.723/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 7/8/2018, DJe 15/8/2018 e RHC n. 73.829/CE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, Documento: 1918523 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 13/03/2020 Página 5 de 5 Superior Tribunal de Justiça julgado em 23/05/2017, DJe 31/05/2017. [...]. 7. Recurso em habeas corpus desprovido. (RHC 79.910/MA, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 22/04/2019, grifou-se).

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 216-A C/C ART. 69, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PROMOTOR DE JUSTIÇA LICENCIADO. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. AUTORIZAÇÃO PRÉVIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DESNECESSIDADE. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO NA INVESTIGAÇÃO. NÃO APLICAÇÃO. REPRESENTAÇÃO CRIMINAL. INFORMALIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. 1. Não se extrai da Lei nº 8.625/93 - Lei Orgânica Nacional do Ministério Público - a necessidade de prévia autorização do Tribunal Estadual respectivo para investigação de agente com prerrogativa de foro. 2. (...)" (HC 326.170/BA, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 23/02/2016, DJe 09/03/2016, grifou-se).

Ora, assim como a decisão do STJ, é lícito opinar que o presidente das investigações policiais, no Inquérito Policial, é o Delegado de Polícia, podendo movimentar as investigações dentro de uma discricionariedade regrada. O procedimento investigatório, em apreço, difere do processo no que tange o conjunto de atos, enquanto o primeiro é regido pela discricionariedade regrada, o segundo tem como pressuposto a ordenança desses atos, tanto o é que a Autoridade Judicial não poderá inverter os procedimentos processuais. Já a Autoridade Policial, a bem das investigações, poderá ouvir testemunhas na ordem que aprovar a técnica investigativa, como também realizar reconhecimentos na fase inicial ou na final do Inquérito, além de ouvir os envolvidos antes da juntada de laudos ou após, dentre outros. Nessa linha de raciocínio, o indiciamento também goza do "status" de ato privativo do presidente do Caderno Inquisitorial, não havendo necessidade de Autorização Judicial, o que se confirma na previsão legal contida no art. 2º, § 6º da Lei 12.830/13. Essa interferência (autorização) na fase investigativa, tanto na autorização para início das investigações, como para indiciamento, ofende frontalmente o princípio acusatório do processo penal. Sendo assim, não há participação do Juiz na fase investigativa, exceto para análise de medidas cautelares.

Fernando Capez (2016) leciona dessa forma sobre o tema:

"A autoridade judiciária não atua como sujeito ativo da produção da prova, ficando a salvo de qualquer comprometimento psicológico prévio. O sistema acusatório pressupõe as seguintes garantias constitucionais: da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da garantia do acesso à justiça (art. 5º, LXXIV), da garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), do tratamento paritário das partes (art. 5º, caput e I), da ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII), da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (art. 93, IX) e da presunção da inocência (art. 5º, LVII) (Criminologia, cit., p. 31-8). É o sistema vigente entre nós."

Derradeiramente, sobre o assunto impende trazer aqui as prerrogativas de função expostas na Constituição do Estado de Minas Gerais:

Art. 106 - Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição: I - processar e julgar originariamente, *ressalvada a competência das justiças especializadas*: a) o **Vice-Governador do Estado, o Deputado Estadual, o Advogado-Geral do Estado** e o Procurador-Geral de Justiça, nos crimes comuns; • (Alínea com redação dada pelo

art. 3º da Emenda à Constituição nº 56, de 11/7/2003.) b) o **Secretário de Estado**, ressalvado o disposto no § 2º do art. 93, os Juízes do Tribunal de Justiça Militar, os Juízes de Direito, os membros do Ministério Público, o **Comandante-Geral da Polícia Militar e o do Corpo de Bombeiros Militar, o Chefe da Polícia Civil e os Prefeitos Municipais**, nos crimes comuns e nos de responsabilidade; • (Alínea com redação dada pelo art. 1º da Emenda à Constituição nº 76, de 21/12/2006.).

A Polícia Judiciária Estadual possui atribuição investigativa para as personalidades mencionadas no texto da Constituição Estadual, exceto para Procurador-Geral de Justiça, Juízes do Tribunal de Justiça Militar, Juízes de Direito e membros do Ministério Público. No caso dos militares, ressalva-se apenas a competência da justiça especializada⁶⁹.

4 - DAS OITIVAS

No bojo do Inquérito Policial, a Autoridade Policial procederá as oitivas dos envolvidos (investigados), das testemunhas e das vítimas⁷⁰. A terminologia *declarante* é utilizada para aquelas pessoas que não possuem obrigação legal de dizerem a verdade, dentre elas, investigados e vítimas, enquanto que as testemunhas⁷¹, com essa obrigação, ganham a nomenclatura de *depoentes*. Noutro giro, as testemunhas que não guardam essa premissa do compromisso legal são ouvidas nas condições de *informantes*.

69 Art. 111 da Constituição Estadual - Compete à Justiça Militar processar e julgar os militares do Estado, nos crimes militares definidos em lei, e as ações contra atos administrativos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao Tribunal de Justiça Militar decidir sobre a perda do posto e da patente de oficial e da graduação de praça. Parágrafo único - Compete aos Juízes de Direito do Juízo Militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de Juiz de Direito, processar e julgar os demais crimes militares. (Artigo com redação dada pelo art. 31 da Emenda à Constituição nº 84, de 22/12/2010.)

70 Art. 6º CPP: Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: IV - ouvir o ofendido; V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura; VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações.

71 Art. 203 CPP. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.

A obrigação testemunhal de dizer a verdade, sujeita à incidência penal⁷², somente ocorrerá se a Autoridade Policial a advertir antes do depoimento fático, sem a qual não se pode presumir o conhecimento da parte. Ora, a testemunha precisa tomar conhecimento de suas obrigações legais, para que possa então prometer a verdade dos fatos. Algumas pessoas, por suas condições especiais, resignam-se a tratamento específico, não se impondo o compromisso da verdade, como é o caso dos ascendentes, dos descendentes, do cônjuge, do afim em linha reta e do irmão.⁷³ Na mesma esteira, estão os doentes, os deficientes mentais e os menores de 14 (quatorze) anos. Nessa perspectiva, fica o questionamento sobre o compromisso legal dos jovens de 14 (quatorze) anos ou mais, uma vez que não podem praticar crimes acolhida a exclusão da culpabilidade no sistema penal brasileiro. Dessa forma, entende-se que, ao considerar a idade, o legislador deixou em aberto o campo para o cometimento de ato infracional, análogo ao crime do artigo 342 do CPB, somente aos maiores da idade apresentada. O crime em apreço não se aplica ao falso perante Comissões Parlamentares de Inquérito, já que pelo conflito aparente de normas, especialidade, leva-se à lei 1.579/52.⁷⁴ A conduta admite o concurso de pessoas na modalidade participação (induzimento, instigação ou auxílio), inviável, certamente, à coautoria, por se tratar de crime de mão própria. Em relação à configuração do falso e do local consumativo, assim leciona Rogério Sanches Cunha (2021):

A falsidade não se extrai da comparação entre o depoimento da testemunha e a realidade dos fatos (teoria objetiva), mas sim do contraste entre o depoimento e a ciência da testemunha (teoria subjetiva). Assim sendo, perfeitamente possível o falso testemunho sobre fato verdadeiro, como no caso do agente que detalha minuciosamente episódios verdadeiros (ocorridos) que jamais presenciou.

O falso testemunho se consuma no local em que foi prestado o depoimento mendaz, mas há discussão a respeito da competência para julgamento quando ocorre em depoimento prestado por meio de carta precatória. Há quem defenda que

72 Art. 342 CPP. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

73 Art. 206 CPP. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

74 Art. 4º. Constitui crime: II - fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, tradutor ou intérprete, perante a Comissão Parlamentar de Inquérito: Pena - A do art. 342 do Código Penal.

a competência é do juízo deprecado, já que a consumação se deu naquele local, e há aqueles que consideram ser competente o juízo deprecante, pois aquele é o local em que o depoimento falso produzirá efeitos, e é o ambiente em que o juiz poderá efetivamente aquilatar o quão verdadeiro foi o relato da testemunha. Prevalece a primeira orientação (STJ: CC 30.309/PR, Terceira Seção, Rei. Min. Gilson Dipp, DJ 11/03/2002; TJSP- Cor.flitos de Jurisdição 990.10.275436-7, j. 06/12/2010, 994.09.230599-3, j. 26/04/2010 e 101.222-0/0-00, j. 02/06/2003). Não obstante, o STJ já decidiu, em crime de falso testemunho praticado em juízo estadual por carta precatória da justiça federal, competir o julgamento a esta última, pois o depoimento se destinava a produzir prova em processo no qual se apurava a prática de crime perante o juízo federal, que delegara sua competência (CC 115.314/RS, Terceira Seção, Rei. Min. Gilson Dipp, DJe 17/11/2011).

As pessoas citadas como informantes⁷⁵, não estando compromissadas na forma da lei, não incorrem na figura típica do tipo penal supracitado, o que ocorre também com a vítima (ou ofendido) e com o investigado.

Toda pessoa poderá ser testemunha, segundo a dicção do artigo 202 do CPP. O texto legal não afirma que toda pessoa “deverá”, demonstrando que algumas pessoas não precisam depor, ou são proibidas, no caso das que, em razão de função ministerial de ofício, ou de profissão, devam guardar segredo. Nesse contexto, a possibilidade ocorrerá apenas se quiserem prestar o testemunho e se forem desobrigadas pela parte interessada. Assim sendo, o termo apresentado pelo legislador é aditivo e não alternativo, entendendo-se que forçar esses depoimentos, a depender do caso, poderá configurar crime de constrangimento ilegal.⁷⁶

Logo, os testemunhos serão colhidos de forma individual, seja para os inquéritos por intermédio de portaria, seja para os inquéritos por auto de prisão em flagrante delito.⁷⁷ Aplicam-se, então, ao Inquérito Policial as condições elencadas no depoimento judicial, visto que a ritualística deve atender as mesmas

75 (RT 188/551, 233/80, 370/89, 376/330, 429/376, 448/359, 508/354, 546/383, 597/333, 607/305, 693/348, 710/267; JTJ 162/287) (Mirabete ob. cit., vol. III, p. 403).

76 Art. 146 do CPB - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

77 Art. 210. As testemunhas serão inquiridas cada uma de per si, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras, devendo o juiz adverti-las das penas cominadas ao falso testemunho. Parágrafo único. Antes do início da audiência e durante a sua realização, serão reservados espaços separados para a garantia da incomunicabilidade das testemunhas.

cláusulas, pois, assim como poderá ocorrer o crime de falso testemunho em juízo, poderá ocorrer também na presença da Autoridade Policial.

Com isso, na fase de oitiva, considerando a inexistência de contraditório e de ampla defesa, as perguntas serão efetuadas pela Autoridade Policial, que presidirá o termo. Conseqüentemente, ao entender deste trabalho, inexistente proibição legal para que os investigadores também possam efetuar perguntas. É direito do defensor acompanhar seus clientes em fase de oitiva, e, no curso da investigação, apresentar quesitos e razões sobre os fatos objetos de apuração.⁷⁸ É bem verdade que a doutrina majoritária não defende o contraditório nessa fase pré-processual, entretanto a Autoridade Policial deve buscar a verdade substancial, possibilitando amplitude e profundidade nos depoimentos e nas declarações. Nesse viés, entende-se não haver impedimento para que a Autoridade Policial possa, na fase final da oitiva, autorizar o advogado a fazer perguntas pertinentes e relevantes ao caso quando de seu encerramento. Nesses casos, deve o Delegado ter a sapiência entre o questionamento e a indução de respostas, visto a técnica investigativa tão bem apresentada em suas formações.

Sebastião Paulo da Silva Filho (2000), sobre a verdade nessa fase, aponta:

“Por força de um poder indisponível e de ordem pública, o princípio da verdade real é mais intensamente buscado no processo penal, especialmente quando são colhidas ainda na fase do inquérito as informações probatórias do delito, tais como: levantamento de local de crime, apreensões de instrumentos nele utilizado, exame de corpo de delito, reconhecimentos, provas periciais e quanto ao indiciado, são feitos o reconhecimento pessoal – quando possível, o interrogatório, identificação datiloscópica, nota de culpa. De todas estas providências e demais outras, dependendo do caso concreto, estará evidente a conjugação de elementos necessários à aplicação do princípio da verdade real”.

78 Art. 7º São direitos do advogado: VI - ingressar livremente: b) nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, escritórios de justiça, serviços notariais e de registro, e, no caso de delegacias e prisões, mesmo fora da hora de expediente e independentemente da presença de seus titulares; XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital; XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subseqüentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

Em análise ao ordenamento jurídico, infere-se que não há impedimento legal para que o advogado possa acompanhar inclusive os depoimentos testemunhais, caso queira. Esse acompanhamento deve se pautar em diligência do defensor, não havendo obrigatoriedade de intimação prévia, conforme ficou demonstrado em julgamento do STF (PET) 7612 de 2019:

O ministro Edson Fachin, ao rejeitar o pedido, lembrou que a fase de inquérito policial é um procedimento informativo de natureza inquisitorial destinado a formar o convencimento da acusação a respeito do delito. O momento, na sua avaliação, permite a mitigação das garantias do contraditório e da ampla defesa. Para o ministro, as alterações no Estatuto da Ordem representam um reforço das prerrogativas da defesa técnica no curso do inquérito policial, mas não comprometem o caráter inquisitório da fase investigativa preliminar. "***A possibilidade de assistência mediante a apresentação de razões e quesitos não se confunde com o direito subjetivo de intimação prévia e tempestiva da defesa técnica acerca do calendário de inquirições a ser definido pela autoridade policial***", afirmou. (...)

Os ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski também acompanharam o relator pela negativa do recurso, mas concordaram com as ressalvas apresentadas pelo ministro Gilmar Mendes no sentido de que ***é possível reconhecer que há necessidade de observar contraditório no procedimento de investigação***. "O investigado não é mero objeto de investigação; ele titulariza direitos oponíveis ao Estado", frisou o ministro Celso de Mello. Para o decano, a alteração promovida no artigo 7º do Estatuto da OAB é de fundamental importância, pois estabelece como ***prerrogativa profissional do advogado o direito de assistir seus clientes investigados durante a apuração de infrações sob pena de nulidade absoluta***. Ele lembra que a mudança na lei partiu da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Em vista disso, se de um lado não há impedimento para o acompanhamento, de outro, a recusa do acompanhamento, nos casos das testemunhas, não implicaria nulidade do ato por si só, exceto se houvesse a comprovação do prejuízo por parte do defensor. Nessa linha de raciocínio, encontra-se o professor Renato Brasileiro de Lima:

"Ainda que se queira objetar que se trata de verdadeira nulidade, o fato de a Lei nº 13.245/16 tê-la rotulado de absoluta não acarreta, de per si, a invalidação do referido ato, salvo se comprovado o prejuízo causado ao investigado. Afinal, conforme recentes decisões do Supremo Tribunal Federal (v.g., STF, 2ª Turma, HC 117.102/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 25/06/2013), o reconhecimento de uma nulidade, ainda que absoluta, também pressupõe a comprovação do prejuízo. Por conseguinte, ainda que não seja franqueado ao advogado presente o direito de assistir a seu cliente investigado durante a realização do interrogatório policial, não há falar em invalidação do procedimento investigatório se este, por exemplo, permanecer em silêncio" (Lima, pag. 208, 2020).

As testemunhas deverão comparecer em dia e hora previamente demarcados pela Autoridade Policial, sob pena de responder por crime de desobediência⁷⁹. Essa regra não se aplica às testemunhas em condições especiais, conforme dicção do artigo 221 CPP.⁸⁰ A lei 13.327/2017 ampliou o rol aos cargos de Advogado da União, de Procurador da Fazenda Nacional, de Procurador Federal e de Procurador do Banco Central (artigo 38, inciso VI). Outra exceção, é a possibilidade do depoimento por escrito para os casos do Presidente e do Vice-Presidente da República, dos presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal, contudo somente quando estão nas condições de testemunhas⁸¹.

A par da previsão contida no artigo 260 do Código de Processo Penal, não mais se aplica o dispositivo em caso de não comparecimento do investigado para seu interrogatório, isso porque, com advento da Constituição Federal de 1988, restou por não recepcionada a norma, face a releitura do princípio da presunção de inocência e seus desdobramentos, mormente o direito à não autoincriminação (Art.

79 Art. 330 - Desobedecer à ordem legal de funcionário público: Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.

80 Art. 221. O Presidente e o Vice-Presidente da República, os senadores e deputados federais, os ministros de Estado, os governadores de Estados e Territórios, os secretários de Estado, os prefeitos do Distrito Federal e dos Municípios, os deputados às Assembleias Legislativas Estaduais, os membros do Poder Judiciário, os ministros e juizes dos Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal, bem como os do Tribunal Marítimo serão inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o juiz.

81 § 1º do art. 221. O Presidente e o Vice-Presidente da República, os presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal poderão optar pela prestação de depoimento por escrito, caso em que as perguntas, formuladas pelas partes e deferidas pelo juiz, lhes serão transmitidas por ofício.

5º, LXIII da CR/88). Nesse sentido decidiu o plenário do Supremo Tribunal Federal nas ADPF 395/DF e ADPF 444/DF.

5 - DA FLEXIBILIZAÇÃO DO DEPOIMENTO ESCRITO

O Inquérito Policial, dentre suas características, apresenta que suas peças serão escritas ou datilografadas⁸², evidenciando um aspecto ainda rudimentar. Sem embargo, não se pode esquecer que o código de processo penal brasileiro é de 03 de outubro de 1941, não havendo nenhuma renovação nessa característica, em que pese serem diversas as modificações do Códex em outras partes.

O referido período remonta à época da escrita de próprio punho ou datilografada, no entanto, com o advento da tecnologia, isso não impediu que a datilografia fosse substituída pela digitação em computadores. Nessa perspectiva, o caderno inquisitorial ganha status de procedimento formal, com o objetivo de apresentar ao Ministério Público a segurança para uma eventual propositura de ação penal.

Essa mesma característica era apresentada em normas anteriores do Código de Processo Penal (revogada), ao se afirmar que os depoimentos das testemunhas de acusação e de defesa seriam reduzidos ao escrito, em resumo, assinado o termo pela testemunha, pelo juiz e pelas partes.⁸³

A lei 11.718, de 20 de junho de 2008, trouxe importante inovação nos depoimentos do investigado, do indiciado, do ofendido e das testemunhas, assim descrevendo:

Art. 405. Do ocorrido em audiência será lavrado termo em livro próprio, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes nela ocorridos.

§ 1º **Sempre que possível**, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, ***inclusive audiovisual***, destinada a obter maior fidelidade das informações.

⁸² Art. 9º do CPP. Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.

⁸³ Antigo artigo 459 do CPP

§ 2º No caso de registro por meio **audiovisual**, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição.

Ressalta-se, em tempo, que não à toa o legislador fez constar a expressão "*Sempre que possível*", isso leva à conclusão de que a regra é a oitiva por meio do sistema audiovisual, e, caso não seja possível, não se utilizará tal meio.

Ora, o objetivo do legislador demonstrou que a mudança é medida necessária para maior lisura na estrutura comunicativa, em que pese não ter havido a mesma mudança para o Inquérito Policial, assim afirma o Professor Renato Brasileiro:

"A nosso juízo, apesar de o CPP não fazer menção à gravação audiovisual de diligências realizadas no curso do inquérito policial, deve-se atentar para a data em que o referido Codex entrou em vigor (1º de janeiro de 1942). Destarte, seja por força de uma **interpretação progressiva**, seja por conta de uma aplicação subsidiária do art. 405, § 1º, do CPP, há de se admitir a utilização desses novos meios tecnológicos no curso do inquérito. Portanto, sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, do indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações" (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 02. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 114).

Na mesma linha Netor Távora e Alencar Rosmar Rodrigues (2013):

(...) Nada impede que outras formas de documentação sejam utilizadas, de maneira a imprimir maior fidelidade ao ato, funcionando como ferramenta complementar à forma documental, como a gravação de som e/ou imagem na oitiva dos suspeitos, testemunhas, e ofendidos na fase preliminar (art. 405, § 1º, CPP).

A *mens legis* passada pelo legislador foi a busca da celeridade e da duração razoável do processo e da oralidade. Ora, o Inquérito Policial é um procedimento administrativo e, como tal, deve primar pelos princípios contidos na Carta Magna vigente:

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**(...)

Nessa linha de raciocínio, constata-se que os termos de oitivas audiovisuais demonstram maior eficácia e produtividade, reduzindo o tempo empregado pela Autoridade Policial e pelo Escrivão de Polícia. Ademais, o sistema busca garantir maior fidelidade das informações, bem como agilizar o procedimento, pois nem mesmo se exige a necessidade de transcrição. No caso do Inquérito Policial, a colheita dessa prova será efetuada novamente (repetida) em juízo quando da audiência de instrução e do julgamento. Em HC, o STF assim se manifestou sobre a colheita de oitiva audiovisual:

(...) A Turma, entre outras questões, reafirmou o entendimento de que o art. 405 do CPP, com a redação dada pela Lei 11.719/2008, ao possibilitar o registro da audiência de instrução em meio audiovisual, buscou dar celeridade ao andamento dos trabalhos com a desnecessidade de redução a termo dos depoimentos do acusado, vítima e testemunhas, bem como possibilitou um registro fiel da íntegra do ato, com imagem e som, em vez de simples escrita. Assim, a Turma concedeu parcialmente a ordem. Precedente citado: HC 153.423 – SP, *DJe* 26.04.2010” (HC 172.840 – SP, 5.^a T., rel. Gilson Dipp, 19.10.2010, v.u.).

No mesmo esteio, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“A não degravação dos depoimentos colhidos por meio audiovisual privilegia a oralidade, dá maior celeridade e fidedignidade ao registro da prova e valoriza a jurisdição de 1.^o grau, sem prejuízo às garantias do contraditório e ampla defesa. Precedentes” (HC 70059105452, 1.^a C., rel. Júlio Cesar Finger, j. 21.05.2014).

Na ótica da implantação de oitiva pelo sistema audiovisual, durante a fase investigativa, o Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da resolução 181 de 2017, afirma que esse sistema terá preferência, sobre o sistema antigo (escrito):

Art. 8º A colheita de informações e depoimentos deverá ser feita preferencialmente de forma oral, mediante a **gravação**

audiovisual, com o fim de obter maior fidelidade das informações prestadas (...).

§ 4º O funcionário público, no cumprimento das diligências de que trata este artigo, após a oitiva da testemunha ou informante, deverá imediatamente elaborar relatório legível, sucinto e objetivo sobre o teor do depoimento, no qual deverão ser consignados a data e hora aproximada do crime, onde ele foi praticado, as suas circunstâncias, quem o praticou e os motivos que o levaram a praticar, bem ainda identificadas eventuais vítimas e outras testemunhas do fato, sendo dispensável a confecção do referido relatório quando **o depoimento for colhido mediante gravação audiovisual**.

Nesse prisma, considera-se que as informações colhidas no Inquérito Policial serão levadas ao Ministério Público para a formação de suas convicções de eventual propositura de ação penal. Assim, o próprio Ministério Público, mediante seus Procedimentos Investigatórios Criminais (PICs), sustenta maior efetividade e fidelidade das informações na colheita audiovisual, bem como maior eficiência do serviço público, portanto outro argumento não há a não ser sustentar que as oitivas, nas fases pré-processuais, sejam realizadas por essa atual ferramenta.

Ademais, instiga-se a afirmativa de que depoimentos por gravação audiovisual, no Inquérito Policial, não geram nulidade do feito, mesmo porque, conforme entendimento doutrinário, trata-se de uma peça informativa. Consoante leciona Aury Lopes Jr (2001):

Podemos afirmar que o inquérito somente gera atos de investigação, com uma função endoprocedimental, no sentido de que sua eficácia probatória é limitada, interna à fase. Servem para fundamentar as decisões interlocutórias tomadas no seu curso (como fundamentar pedido de prisão temporária ou preventiva) e para fundamentar a probabilidade do “fomus commissi delicti” que justificará o processo ou o não processo.

Não é outro o entendimento do STF⁸⁴ que assim se manifestou:

Eventuais vícios concernentes ao inquérito policial não têm o condão de infirmar a validade jurídica do subseqüente processo penal condenatório. As nulidades processuais concernentes, tão somente, aos defeitos de ordem jurídica que

84 STF – 1ª T – HC 73271/SP – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 4/10/1996. P. 37100.

afetam os atos praticados ao longo da ação penal condenatória.

Indubitavelmente, acredita-se, cada vez mais, que o Inquérito Policial vem tornando-se peça fundamental para propositura da Ação Penal, para isso basta verificar a quantidade de ação penal, promovida por intermédio dessa peça, e a quantidade promovida sem a presença. A indispensabilidade se mostra evidente, tanto que, ao longo de seus mais de 100 anos, não faltaram vozes para sua extirpação, nada obstante, teso se mostra no caminhar do ordenamento jurídico.

Sendo assim, o procedimento criminal deve funcionar como uma estrutura de engrenagem, buscando a eficiência. Nesse diapasão, com a mudança das normas processuais penais, lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019, em específico a criação legal do Acordo de Não Persecução Penal, encoraja-se a narrativa de que o Ministério Público possibilitou o não oferecimento de denúncia. Assim inclina a legislação:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

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 art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940

(Código Penal), 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 (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

Conforme visto, para oferecimento do ANPP é exigido que: 1) não seja hipótese de arquivamento do inquérito; 2) não existam violência ou grave ameaça na infração praticada; 3) seja inferior a 4 (quatro) anos a pena mínima cominada à infração praticada; 4) confesse o investigado, formal e circunstancialmente, a prática da infração e 5) seja a medida suficiente à reprovação e à prevenção da conduta.

Por conseguinte, boa parte dos tipos penais, se analisados pelo critério do quantum de pena, enquadrar-se-iam nessa possibilidade. Isso ocorre porque aproximadamente 95% dos crimes previstos em nosso Código Penal poderiam ser objeto de Acordo de Não Persecução Penal, segundo ABRACRIM (2020).

Consequentemente, em análise prática, as oitivas sequer seriam reproduzidas em um segundo momento.

A mesma situação aconteceria na suspensão condicional do processo, inculpada no art. 89 da mencionada lei (crimes com pena mínima cominada em abstrato não superior a um ano, como regra), pois possibilitaria ao Ministério Público, preenchidos os requisitos legais, quando do oferecimento da denúncia, apresentar proposta de suspensão condicional do processo pelo prazo de dois a quatro anos.

No mesmo esteio, as Comissões Parlamentares de Inquéritos, assim como os Procedimentos Investigatórios Criminais do Ministério Público, já produzem suas oitivas por essa importante ferramenta (áudio-vídeo). Dessa forma, é preciso avançar no Inquérito Policial para esse formato, já que, se o legislativo não manifesta o interesse por essa modificação, é necessário o levantar dessa bandeira pela doutrina.

Outra importante ferramenta que vem ganhando espaço são as oitivas por videoconferência, já possibilitadas tanto no Processo Penal, como na própria justiça militar⁸⁵, aqui defendida pelo autor para casos de Cartas Precatórias.

Ora, a lei 11.900 de 2009 possibilitou a utilização de videoconferência com aplicação em interrogatórios e em outros atos processuais, embora pesem discussões, essas gravitam em torno do contraditório, da ampla defesa e da função jurisdicional, nenhuma delas aplicáveis ao Inquérito Policial. A Autoridade Policial, em seu gozo de circunscrição, não invalida o ato pelas oitivas em outras regiões, dentro de sua competência territorial (Estado). Visto dessa forma, a possibilidade da modalidade de oitiva reduziria em muito o tempo entre o encaminhamento e o retorno de Cartas Precatórias, agilizando as investigações. Em época de pandemia, e, até mesmo por questões de saúde pública, torna-se viável a discussão de aplicabilidade de novas metodologias aos serviços policiais.

Ao se analisar discursos de desembargadores e de ministros de tribunais superiores, é possível constatar que essas metodologias vêm norteando decisões, a mais recente delas é a resolução 372 de 12 de fevereiro de 2021, que regulamenta a criação da plataforma de vídeo conferência, denominada “Balcão Virtual”, que foi implementada pelo Conselho Nacional de Justiça e facilitou o atendimento nas secretarias.

Por último, não se pode negar o avanço da virtualização dos processos, principalmente com a implantação do Processo Judicial Eletrônico – PJE, indicando que tudo caminha para o abandono dos meios físicos de documentação. Não diferente é o caso das oitivas, por outras palavras, a prática demonstra que, cada vez mais, o registro de tais atos, por gravação audiovisual, desagua em economia e em celeridade dos atos.

6 – CONCLUSÃO

Em suma, o procedimento administrativo criminal, objeto deste estudo, é um importante método preparatório no fornecimento de elementos indiciários, em se tratando da atividade fim da polícia judiciária. Por certo, é presidido pelo Delegado de Polícia com suas características próprias, no entanto é preciso a flexibilização da característica arcaica e antiga da terminologia, quando das oitivas, “escrita e datilografada”. Em que pese vozes em contrário, ainda é a principal ferramenta que

⁸⁵ STM – Habeas Corpus HC 00000175320177000000 AM (STM) – em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=OITIVA+DE+TESTEMUNHA+POR+VIDEOCONFER%C3%8ANCIA> e Tribunal de Justiça do Ceará TJ-CE - Agravo de Instrumento : AI 0624913-91.2019.8.06.0000 CE 0624913-91.2019.8.06.0000, em <https://tj-ce.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1163389029/agravo-de-instrumento-ai-6249139120198060000-ce-0624913-9120198060000>

desagua em ações penais e em processos criminais, é mister dizer que ainda não há e não houve, no Estado de Minas Gerais, nenhum outro procedimento que sustentou tantas ações nas últimas décadas. Assim, desmerecer o feito procedimental investigativo é desmerecer a própria ação penal, que diuturnamente nele se sustenta para a elaboração da denúncia.

Seguramente, é urgente trazer à baila discussões sobre o tema, melhorias procedimentais, buscando segurança e maior fidedignidade nessa importante prestação circunscricional. A oitiva por áudio e vídeo constitui, desse modo, um importante fator protetor da narrativa, evitando-se, com efeito, a quebra da segurança quando da análise por parte do Ministério Público e do próprio poder Judiciário.

No mesmo sentido, tal medida apresenta maior eficiência do serviço público policial cartorário, visto que a redução do tempo propiciará melhoria e qualidade na colheita dessa e de outros indícios. Conforme amplamente debatido neste trabalho, as provas testemunhais são receptíveis em sua fase judicial, na qual passarão pelo crivo do contraditório e da ampla defesa, não podendo, assim, falar-se em nulidade dessa colheita, considerando tratar-se de procedimento administrativo.

Salienta-se que as mudanças trazidas pelo legislador levam ao caminho de que o sistema audiovisual passa a ser uma regra, logo a exceção seria a colheita dos depoimentos na fase judicial por escrito. Enfim, este trabalho defende a ideia do mesmo tratamento das oitivas no bojo do Inquérito Policial, pois isso corrobora, sobretudo, um procedimento mais próximo das realidades tecnológicas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. Senado Federal. D.O.U de 05/10/1988, pág. nº 1.

BRASIL. Lei Federal n. 261, de 03 de dezembro de 1841. Reforma do Código de Processo Criminal. Publicada em 03/12/1841. COLEÇÃO DAS LEIS DO BRASIL. 1841. V. 1., P. 75.

BRASIL. Regulamento do Império. Regulamento 120 de 31 de janeiro de 1842. Regula a execução da parte policial e criminal da Lei 261 de 3 de dezembro de 1841. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/regulamentos/r120.htm. Acesso em 20/02/2021. 08h:36min.

BRASIL. Lei Federal n. 2.033, de 20 de setembro de 1871. altera diferentes disposições da Legislação. Judiciária. Coleção das Leis do Brasil. 1871. V. 1., P. 126.

BRASIL. Decreto Federal n. 4.824, de 22 de novembro de 1871. regula a execução da Lei nº 2033 de 24 de setembro do corrente ano, que alterou diferentes disposições da Legislação Judiciária. Publicada em 22/11/1871. CLBR PUB 31/12/1871.

BRASIL. Decreto Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, DF. D.O.U de 31/12/1940, pág. nº 2391.

BRASIL. Decreto Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Publicada em 13/10/1941. DOFC DE 13/10/1941, P. 19699.

BRASIL. Lei Federal n. 1.579, de 18 de março de 1952. Dispõe sobre as Comissões Parlamentares de Inquérito. Penal. Publicada em 18/03/1952. DOFC 21/03/ 1952 004585 1.

BRASIL. Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979. dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Brasília, DF, D.O.U 14/03/1979.

BRASIL. Lei Federal n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Brasília, DF, D.O.U 15/02/1993, p. 1997.

BRASIL. Lei Federal n. 11.900, de 8 de janeiro de 2009. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, para prever a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência, e dá outras providências. Brasília, DF, D.O.U 09/01/2009, P. 3.

BRASIL. Lei Federal n. 12.830, de 20 de junho de 2013. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia. Brasília, DF, D.O.U. DE 21/06/2013, P. 1.

BRASIL. Constituição do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte. MG. Assembleia Legislativa. 21/09/1989.

BRASIL. Resolução n. 372, de 12 de fevereiro de 2021. Regulamenta a criação de plataforma de videoconferência denominada "Balcão Virtual. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original15412620210219602fdc26a38d2.pdf>. Acesso em: 28/02/2021, 07h:03min.

BRASIL. SITE DO STF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752042346>. Acesso em: 20/02/2021, 12h:38min.

BRASIL. SITE DO STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=405624>. Acesso em: 20/02/2021, 10h:20min.

BRASIL. SITE DO STF. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1918523&num_registro=201802762011&data=20200313&formato=PDF. Acesso em: 20/02/2021, 08h:02min.

BRASIL. SITE DO MPF. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ParcerHC404228RJAmbientalIndiciamento.pdf>. Acesso em: 20/02/2021, 12h:49min.

BRASIL. Resolução n.181, de 7 de agosto de 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em: 22/02/2021, 13h:26min.

ANSELMO, Márcio Adriano. **Algumas considerações sobre testemunhas no inquérito policial**. Consultor jurídico. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-mai-02/algumas-consideracoes-testemunhas-inquerito-policial>. Acesso em 13/02/2021, 22h:33min.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CORREIA, Danilo Moraes. O Inquérito Policial no Direito Brasileiro. Artigos. 2019, disponível em <https://jus.com.br/artigos/75595/o-inquerito-policial-no-direito-brasileiro>, acesso em 23/02/2021, 07h:49min.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói: Impetus, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES Jr., Aury. Sistemas de investigação preliminar no processo penal. Rio de Janeiro: Lumejn Juris, 2001.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**: 18 ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SANCHES, Rogério e Pinto, Ronaldo Batista. **Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal Comentados**. 5 ed. Salvador: Editora Podivm, 2021.

SILVA FILHO, Sebastião Paulo. *Inquérito policial e o ministério público*. 2000. 189 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2000.

TÁVORA, Nestor; **ALENCAR**, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 8 ed. Salvador: Editora Podivm, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**, v. 1. – 11. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

PERSPECTIVAS E DESAFIOS SOBRE O FUTURO DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

MÁRCIO BARSANULFO DA SILVA:

Acadêmico, cursando atualmente o 10º Período do Curso em Direito pelo ILES/ULBRA Itumbiara-GO. Estagiário concursado pelo Ministério Público do Estado de Goiás entre 03/2019 e 12/2020. Premiado com Certificado de Reconhecimento ao Mérito em 2020, pelo trabalho intitulado "O Supremo Tribunal Federal: Entre a Guarda da Constituição e o Ativismo Judicial no Brasil", pelo Comitê Científico do XXI Simpósio de Pesquisa, tecnologia e Inovação realizado pelo ILES/ULBRA.

Resumo: Este trabalho tem como objetivo abordar e compreender alguns aspectos relevantes da justiça, de modo que possamos realizar um debate sobre a polarização no Brasil a nível de intolerância, e como isso vem afetando a democracia na atualidade, bem como, realizar uma análise sobre sua possível projeção a nível de futuro. As discrepâncias entre o corpo dos eleitos e o conjunto dos eleitores são o ponto de partida para a proposta de (re)conceitualizar a democracia tendo em mente as diferenças ideológicas. O texto analisa, ainda, o distanciamento entre representantes e representados, o descontentamento e perda de confiabilidade na política e na justiça. Visa discutir, também, sobre a crise dos regimes representativos e seus dois perigos: as alternativas autoritárias e a posição conservadora.

Palavras-chave: Ascensão; Democracia; Justiça; Futuro; Liberdade.

Abstract: This work aims to address and understand some relevant aspects of justice, so that we can have a debate about polarization in Brazil at the level of intolerance, and how it has been affecting democracy today, as well as conducting an analysis on its possible future level projection. The discrepancies between the body of the elect and the group of voters are the starting point for the proposal to (re) conceptualize democracy with ideological differences in mind. The text also analyzes the distance between representatives and represented, the discontent and loss of trust in politics and justice. It also aims to discuss the crisis of representative regimes and its two dangers: authoritarian alternatives and the conservative position.

Keywords: Ascension; Democracy; Justice; Future; Freedom.

Sumário: 1. Introdução – 2. A validade da democracia e o alcance da justiça – 3. Direito da política e política do direito – 4. O constante conflito entre liberalismo e sufrágio universal – 4.1 Constant e a restrição censitária – 4.2 Tocqueville e o duplo grau eleitoral – 5. A crise de representatividade como motor da autocracia – 6. Ascensão e sustentação da extrema-direita e a influência do resultado eleitoral norte-americano em face das demais democracias – 7. Considerações finais – 8 referências.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, logo em seu artigo primeiro, estampa que a República Federativa do Brasil se constitui um Estado Democrático de Direito. Ainda, dispõe que todo o poder emana do povo, e será exercido por meio de representantes eleitos. Pode-se afirmar que, ao menos no plano normativo, o Brasil possui um regime democrático, cujo poder é exercido através de representantes eleitos. Em outras palavras, há uma democracia representativa vigente no país.

Entretanto, não se deve ignorar o crescente sentimento de insatisfação da população em face dos parlamentares, que culmina na propagação de uma suposta crise de representatividade, ou até mesmo crise das instituições representativas, como demonstra, por exemplo, levantamento realizado pelo instituto IPSOS, em junho de 2018⁸⁶.

A questão chave do processo democrático, contudo, é a obediência ao decidido através do sufrágio universal sob os contornos da legalidade constitucional e não aos valores dispostos pelo liberalismo *a priori*. E, mais, tal suposta identidade entre vontade da maioria e valores liberais não se sustenta historicamente, pois os liberais em sua origem foram antidemocratas, instituíram cláusulas de exclusão para limitar o envolvimento do povo na política, já que eram contra a participação popular nos processos decisórios (ANTUNES SCHRAMM; ALVES SOARES; SILVA, 2020, p. 25-26).

Fato é, que diariamente nos deparamos com notícias veiculadas nos mais diversos periódicos e assistimos nos telejornais, políticos, analistas, economistas, jornalistas e especialistas de toda espécie falarem sobre as conquistas e retrocessos de direitos (liberdade, igualdade, fraternidade, econômico, social, ambiental etc.), diante do avanço da extrema-direita radical, em nosso contexto político atual, com seus discursos populistas, e pautas antidemocráticas, etc. É justamente, sob a

86 Estudo disponível em: <https://www.ipsos.com/pt-br/barometro-politico-estado-ipsos-junho-2018>. Acesso em: 02 jan. 2021.

perspectiva desse novo cenário, que surge a problemática que ensejou este trabalho, qual seja, a democracia brasileira tem futuro?

Talvez o principal problema relacionado à falta de compreensão do tema esteja relacionado às origens do pensamento liberal, que de certa forma coincidem com o surgimento do Estado moderno e com os direitos humanos de primeira geração, atrelados ao valor “liberdade”. Inegavelmente os valores ligados ao conceito de “liberdade”, são indispensáveis ao exercício democrático e que em grande medida foram indevidamente apropriados como argumentos de um discurso que se presta à distorção e à confusão, e ao longo dos anos vêm sendo utilizados de forma recorrente pelos liberais, para atribuir-lhes identidade aos valores democráticos, o que não se verifica na prática, a depender do ponto de vista utilizado, se formal ou material.

Segundo Bobbio, a condição mínima necessária para que possamos qualificar um dado governo como democrático é a existência de um “conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados” (1997, p. 13) ou “um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimento” (1997, p. 17).

Salienta-se por oportuno, que existe uma diferença entre estar insatisfeito com a democracia e estar insatisfeito com o funcionamento da democracia. Democracia requer acordo e negociação. Exige também, que os cidadãos e os políticos vejam a oposição como legítima. Ou seja, embora possam discordar deles, eles aceitam seu direito de participar da política e de disputar eleições, bem como, aceitam o resultado das eleições.

2. A VALIDADE DA DEMOCRACIA E O ALCANCE DA JUSTIÇA

Não nos apeguemos ao passado para entender a democracia quanto à palavra do cidadão e da sociedade, mas sim no seu momento presente diante do discurso prático e racional, uma vez que a proposta aqui apresentada é relacionar a justiça com a democracia, onde esta legitima aquela a partir da validade dada através do Estado.

Na complexidade da sociedade hoje pós-moderna, o caráter essencialmente real da participação popular quanto ao destino do sistema jurídico repousa no discurso de isonomia, igualdade e tratamento social entre e inter classes.

Denise Vitale e Rúrion Soares Melo assim se manifestam sobre esta representatividade a partir do discurso de Jürgen Habermas:

Em sociedades modernas cada vez mais plurais, nas quais se multiplicam os projetos individuais de vida, torna-se mais complexa a regulação comum dos diversos interesses e pontos de vista em jogo no processo político. Por um lado, os interesses particulares e as orientações por valores diferenciados exigem normas cada vez mais abstratas e que possam vir a ser fundamentadas por procedimentos imparciais, sensíveis a diferentes questões e capazes de incluir diferentes discursos. Por outro lado, as matérias a serem reguladas também se modificam amplamente, tornando mais difícil a regulação de âmbitos de ação pautados por interesses universalizáveis, como no caso dos discursos éticos. Sendo assim, Habermas entende que o sentido “cognitivos” dos discursos deve ser complementado lançando-se mão ainda de mais um passo, o qual visa a mostrar que os discursos produzem diferentes tipos de “acordo racional” (VITALE; MELO, 2008, p. 232).

O acordo tácito ou expresso da sociedade quanto ao alcance de democracia para legitimar o comportamento justo passa, pois, do discurso para o materialismo, este último entendido como cristalização dos procedimentos de escolha das normas e das formas procedimentais de se administrar uma sociedade. É a representação social capaz de fortalecer a validade da justiça enquanto fenômeno social de resultado das relações existentes.

Democracia deve ter, necessariamente, a ideia de liberdade com um princípio de autodeterminação. Por esta razão é que Hans Kelsen discorre a seu respeito como um a teoria do estado a ser implantada dentro de uma nação como elemento de valor. Vejamos:

A idéia de liberdade tem originalmente uma significação puramente negativa. Ela significa a ausência de qualquer compromisso, de qualquer autoridade obrigatória. Sociedade, no entanto, significa ordem, e ordem significa compromissos. O Estado é uma ordem social por meio da qual indivíduos são obrigados a certa conduta. No sentido original de liberdade, só é livre quem vive fora da sociedade e do Estado. A liberdade, no sentido original, só pode ser encontrada naquele “estado natural” que a teoria do Direito natural do século XVIII contrastava com o “estado social”. Tal liberdade é anarquia. Portanto, para fornecer o critério de acordo com o qual são distinguidos diferentes tipos de Estado, a idéia de liberdade

natural transforma-se em liberdade política. Essa metamorfose da idéia de liberdade é da maior importância para todo o nosso pensamento político (KELSEN, 2000. p. 407).

Tal participação social define o rumo de uma sociedade. Manter a liberdade intacta dentro de um sistema é demasiadamente caro, o que enseja numa participação quanto ao melhor resultado, inclusive, e talvez primordialmente, quanto à justiça no sistema jurídico e político. É preciso uma autodeterminação individual e em sincronia com o coletivo, para que não haja pura e simplesmente a concepção de limitações individuais ou sociais. É preciso que a liberdade também seja política na construção do sistema, cujos reflexos serão sentidos em todos os segmentos de uma sociedade. E completa Kelsen, pois, ao referir-se à autodeterminação como elemento de liberdade política:

A liberdade possível dentro da sociedade, e especialmente dentro do Estado, não pode ser a liberdade de qualquer compromisso, pode ser apenas a de um tipo particular de compromisso. O problema da liberdade política é: como é possível estar sujeito a uma ordem social e permanecer livre? Assim, Rousseau formulou a questão cuja resposta é a democracia. Um sujeito é politicamente livre na medida em que a sua vontade individual esteja em harmonia da vontade "coletiva" (ou "geral") expressa na ordem social. Tal harmonia da vontade "coletiva" com a individual é garantida apenas se a ordem social for criada pelo indivíduo cuja conduta ela regula. Ordem social significa determinação da vontade do indivíduo. A liberdade política, isto é, a liberdade sob a ordem social, é a autodeterminação de um indivíduo por meio da participação na criação da ordem social. A liberdade política é liberdade, e liberdade é autonomia (KELSEN, 2000, p. 408).

Diante do que fora dito até o momento, justiça e democracia são duas perspectivas próprias da sociedade, mas não devem ser equidistantes, eis que se misturam tanto no campo político quanto do direito. Enquanto a justiça não se mostra como uma simples técnica de igualdade, ou ainda de uma utilidade ou ordem social, mas sim essencialmente como uma virtude a ser alcançada pelo homem, a democracia, por sua vez, busca na participação popular uma forma de construção da estrutura jurídica e política.

Se uma sociedade justa requer um forte sentimento de comunidade, ela precisa encontrar uma forma de incutir nos cidadãos uma preocupação com o todo, uma dedicação ao

bem comum. Ela não pode ser indiferente às atitudes e disposições, aos “hábitos do coração” que os cidadãos levam para a vida pública, mas precisa encontrar meios de se afastar das noções da boa vida puramente egoístas e cultivar a virtude cívica (SANDEL, 2015, p. 325).

Se nos voltarmos para as consequências cívicas da desigualdade e para as maneiras de revertê-las, podemos encontrar soluções políticas que as discussões sobre a distribuição de renda não encontram. Isso também ajudaria a enfatizar a relação entre justiça distributiva e o bem comum. Não se pode alcançar uma sociedade justa simplesmente maximizando a utilidade ou garantindo a liberdade de escolha. Para alcançar uma sociedade justa, precisamos raciocinar juntos sobre o significado da vida boa e criar uma cultura pública que aceite as divergências que inevitavelmente ocorrerão.

Os elementos subjetivos confortantes da justiça devem surgir diante da participação social na construção do real pensamento humano, uma vez que aquela é uma das primeiras verdades que nascem a partir do espírito humano. É consciência que afora.

3. DIREITO DA POLÍTICA E POLÍTICA DO DIREITO

As questões que envolvem *direito* e *política* nascem dos próprios conceitos que assinalam essas zonas de atividade humana, sendo possível, como propõe Dimitri Dimoulis, reconhecer a possibilidade de existência de feixes próprios de interação entre os dois sistemas a partir de um vínculo democrático: há, em um sentido, a *política do Direito*, calcada no substrato das decisões tomadas para a criação ou produção da estrutura normativa do Estado, assim entendidas como as razões fundantes de uma disciplina jurídica reflexiva da estrutura pública, ou seja, a arte legislativa, em que as escolhas públicas elegem diretrizes para o funcionamento das instituições (DIMOULIS, 2016, p. 73-76).

No caminho inverso, o *direito da política*, conjunto de decisões políticas fundamentais disciplinadas em normas jurídicas, em especial as que tipicamente povoam uma Constituição, porquanto documento político de conformação da atividade do Estado, bem assim, aquelas que tratam especificamente as questões da atividade política, como as normas constitucionais que definem o sistema eleitoral e o funcionamento das instituições democráticas, desde o voto até os mecanismos de controle da atividade pública (*ação popular, investigação judicial eleitoral* etc.) (DIMOULIS, 2016, p. 71-73).

Tanto em um sentido como no outro, há a preocupação em se dotar a estrutura do direito de possibilidades de controle da atividade política, assim como

essa funciona como limite expresso dos conteúdos normativos adotados. É possível assentir que a dinâmica política das normas jurídicas e a dinâmica jurídica da vida política são, assim, interdependentes.

Não é possível perder de vista que uma concepção normativa de *política* radica nessa mesma premissa: o exercício inclusivo de todos os cidadãos, que a exercem, enquanto interessados na condição plena da cidadania, que é a satisfação digna necessidades humanas, por meio de políticas e estratégias (BALANDER, 1967, p. 30).

Nessa dimensão, o termo *politics* identifica-se, portanto, com essa acepção de estratégias dirigidas que resultam da competição entre diferentes grupos de pressão, que exercerão argumentos próprios e, naturalmente, antagônicos para defender sua própria concepção de dignidade política.

Quando as posições legítimas são usurpadas em nome de interesses paroquiais e que não interessam a um sentido global de cidadania, há o desvirtuamento do sentido normativo do mundo político, e o que deveria ser uma estrutura de conhecimento e prática social passa, então, a ser um limitado bojo de interesses internos e pessoais. Nessa pontuação em que o Direito e a Política convergem, tendo como elo de ligação o ideário do constitucionalismo, bem esclarecem Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti:

Os movimentos constitucionalistas e a ideia mesma de Constituição, no sentido moderno, pressupõem a diluição da unidade e da organicidade típicas das sociedades tradicionais, ou seja, a invenção do indivíduo, da sociedade civil, o pluralismo religioso, político e social, a tensão socialmente constitutiva entre o eu e o outro (BALANDER, 1967, p. 30).

Se faz necessário reconhecer que o papel de cada ator social na luta social incessante que, dia após dia, é ressignificada na medida em que os desafios são historicamente postos e o tempo presente lhes potencializa pela falta de referência absoluta. O resgate do sentido legítimo de política depende, inexoravelmente, de uma articulação permanente entre a cidadania e a democracia. É com a instituição de políticas legislativas, abertas ao debate público, e de estruturas normativas que permitam a participação dos cidadãos, que a luta social pode ser travada. Nesse ponto, o jurídico e o político devem convergir (LOPES, 2005, p. 9). A “prática da política (e do Direito)” “sempre se direcionaram à realização de valores, tentando melhorar a condição da comunidade (ou, pelo menos, assegurar que ela não piorasse)” (GROTH, 2006, p. 78).

4. O CONSTANTE CONFLITO ENTRE LIBERALISMO E SUFRÁGIO UNIVERSAL

A ideologia liberal foi por muito tempo defendida e contestada por diversos autores em épocas distintas; percebe-se contraposições internas entre eles, dos quais podemos aqui citar alguns, como John Stuart Mill, John Locke, Adam Smith, Montesquieu. Porém, o objeto de estudo deste tópico, será o pensamento de Tocqueville e Constant (ANTUNES SCHRAMM; ALVES SOARES; SILVA, 2020, p. 29-30).

A escolha por Benjamin Constant deve-se a ele ser um dos principais teóricos do pensamento liberal, que, opondo-se aos caminhos da Revolução Francesa, nega em absoluto a questão do sufrágio universal, manifestada durante esse período baseado nas ideias de Rousseau: “Com efeito, é no curso do processo de radicalização de tal revolução que emerge a reivindicação do sufrágio mais ou menos universal (limitado à população masculina) e direto” (LOSURDO, 2004, p. 15).

Já Tocqueville, um liberal pós-revolução, apesar de francês, tem como principal objeto de pesquisa a democracia na América; porém, ao analisar sua visão com relação ao sufrágio, é transparente sua tensão em relação à democracia. Portanto, ao analisar a gênese do liberalismo vinculado a suas principais revoluções (Francesa e Americana) será possível observar as distinções entre democracia e liberalismo, que outros autores apresentam como se estivessem instituídos por um vínculo indissociável, quando, na verdade, o contexto histórico do conflito de direitos demonstra o contrário (ANTUNES SCHRAMM; ALVES SOARES; SILVA, 2020, p. 30).

4.1 Constant e a restrição censitária

Um dos ícones do liberalismo *in statu nascendi*, Benjamin Constant afirmara que os Estados contemporâneos se fundamentam em duas exigências: a de limitar o poder e, igualmente, de distribuí-lo. Mas Constant compreendia que tais objetivos estavam em contradição, pois “a participação direta nas decisões coletivas termina por submeter o indivíduo à autoridade do todo e por torná-lo não livre no privado, quando é exatamente a liberdade do privado que o cidadão exige hoje do poder público” (LOSURDO, 2004, p. 138). Nesse sentido, a liberdade defendida por Constant não se referia a sua democratização na sociedade, mas sim a segurança nas fruições privadas, garantidas pelas instituições jurídico-políticas consubstanciadas através do voto censitário.

Percebe-se que durante o processo histórico do liberalismo, a relação dos proprietários com os escravos e indivíduos “considerados livres” na participação política, era limitada através da restrição censitária defendida por Constant, que “deve impedir que a representação política confira uma excessiva influência às massas populares.” (LOSURDO, 2004, p. 16). Sendo, portanto, os direitos políticos, direitos resguardados somente aos proprietários, que, ao contribuir através do

pagamento de impostos¹², têm em troca a garantia das relações de livre mercado, enquanto os miseráveis encontram-se em condições de servidão a estes indivíduos.

Nesse sentido, Constant compartilha a mesma ideia de Boissy d'Anglas, ambos defendem medidas de exclusão dos não-proprietários em relação aos direitos políticos 'caso contrário, eles estabelecerão ou farão estabelecer taxas funestas'. Ele mantém esta posição, pois considera uma afronta a propriedade da burguesia liberal, uma vez que deveriam distribuir parte de suas propriedades para uma justa redistribuição de renda entre os não-proprietários. A não participação política destes indivíduos através da restrição censitária tem objetivo de manter intacto os direitos liberais, não permitindo que "a representação política confira uma excessiva influência às massas populares" (LOSURDO, 2004, p.16).

Segundo Constant (1989, p. 118), para a efetiva participação do indivíduo na democracia, "é preciso além do nascimento e da idade legal, um terceiro requisito: o tempo livre indispensável para informar-se e atingir a retidão de julgamento. Somente a propriedade assegura o ócio necessário à capacitação do homem para o exercício dos direitos políticos". Desse modo, restringe a estes indivíduos, através do critério de propriedade, a sua participação na política, argumentando que:

O objetivo necessário dos não-proprietários é chegar à propriedade: todos os meios que lhes são dados são empregados para esse fim. [...] esses direitos nas mãos de um maior número servirão infalivelmente para invadir a propriedade. Eles tomarão este voto irregular em vez de seguir o voto natural, o trabalho: isto será para eles uma fonte de corrupção, para o Estado uma fonte de desordem (LOSURDO, 2004, p. 17).

Constant se justifica:

Não quero cometer nenhuma injustiça contra a classe trabalhadora. É tão patriota como qualquer outra e amiúde realiza os mais heroicos sacrifícios. Mas sua maior abnegação está mais no fato de admirar do que se sentir recompensada pela fortuna e pela glória. Porém uma coisa é, a meu ver, o patriotismo daquele que está prestes a morrer por seu país e outra é o patriotismo daqueles que cuidam dos próprios interesses (CONSTANT, 1989, p. 118).

Para a tradição liberal iniciada por Constant, portanto, ao contrário da afirmativa de Bobbio que identifica democracia e liberalismo, evidencia-se essa separação no tocante a questão do sufrágio universal, pois a participação cidadã se

dá limitada pela questão censitária. Assim, a representação política vem com o objetivo, “exatamente, de neutralizar politicamente estas massas em condições de indigência ou literalmente famintas” e não inseri-las gradualmente no processo democrático (LOSURDO, 2004, p. 17).

4.2 Tocqueville e o duplo grau eleitoral

Por sua vez, Tocqueville, outro grande representante do pensamento liberal, considera que o sufrágio universal direto é desastroso e não coincide com a estabilidade política e social da época, e se apresenta contra a presença desses “elementos vulgares” na Câmara dos representantes:

O liberal francês está tão distante da ideia de sufrágio universal e de participação democrática das amplas massas na vida política que, em transparente polêmica contra a agitação dos banquetes declara: “não se deve cortejar o povo e não se deve conferir-lhe, pródiga e temerariamente, mais direitos políticos do que aqueles que é capaz de exercer” (LOSURDO, 2004, p. 20).

Porém, cabe aos órgãos legislativos demonstrar boa vontade e atender da melhor maneira possível as necessidades dessa classe inferior, com o objetivo de que o legislador seja visto com bons olhos pelo fato de pensar neles. Tocqueville defende um sistema eleitoral de vários graus, conhecido por ele nos Estados Unidos, assegurando que “apesar da ampla extensão do sufrágio, os Estados Unidos gozam de uma invejável estabilidade política e social pelo fato de que deixam amplo espaço ao sistema eleitoral de duplo grau” (LOSURDO, 2004, p.31).

O autor procede a uma comparação entre a Câmara dos Representantes e Senado, sendo o primeiro um misto de indivíduos considerados ignorantes, que não tinham capacidade intelectual para a participação política plena. Na Câmara, espaço considerado sem importância social, havia eleição direta. Já o Senado, seguindo o sistema de duplo grau, “contém uma grande parte das celebridades da América. Dificilmente aí se percebe um só homem que não evoque a ideia de uma pessoa ilustre”. Considera-se que “qualquer palavra que sai desta assembleia honraria os maiores debates parlamentares da Europa” (LOSURDO, 2004, p.18).

Então, nas palavras de Tocqueville:

De onde deriva este contraste bizarro? A assembleia reúne elementos tão vulgares enquanto a segunda parece ter o monopólio dos talentos e da cultura? [...] De onde provém, pois, uma diferença tão grande? Só vejo um fato capaz de explicar

isto: a eleição da Câmara dos Representantes é direta; a do Senado procede através de dois graus [...]. É fácil entrever, no futuro, um momento em que as repúblicas americanas serão levadas a aumentar a aplicação do duplo grau no seu sistema eleitoral; de outro modo, perder-se-ão miseravelmente entre os escolhos da democracia (2005, p. 235).

Deste modo, Tocqueville prescinde da soberania popular vinculada ao sufrágio universal e apresenta uma forma de falsa representação política, modelo este conhecido como sistema eleitoral de segundo grau, que “sem necessidade de recorrer a discriminações patentes e muitas vezes percebidas como odiosas, consegue apesar disso, e de modo ainda mais eficaz, proteger os organismos representativos da influência, ou da excessiva influência das massas populares” (LOSURDO, 2004, p.18).

Percebe-se que Tocqueville “é nitidamente contrário a uma intervenção do poder político no campo econômico, a qualquer hipótese de redistribuição de renda e, conseqüentemente, a um sistema eleitoral capaz de favorecer tais desastrosas eventualidades” (LOSURDO, 2004, p.17). Diante de tal fato é possível compreender que, para o liberalismo nascente do pensador francês, o sufrágio universal está longe de ser um de seus elementos fundamentais.

Uma redistribuição de renda é um desrespeito à liberdade de propriedade, sendo inadmissível que estes indivíduos tenham seus bens afetados para assegurar o necessário para a sobrevivência destes miseráveis. Em razão disso, o regime político deve “ao assegurar aos ricos o gozo dos seus bens”, proteger “ao mesmo tempo os pobres do excesso da sua miséria, exigindo dos primeiros uma parcela do supérfluo para conceder o necessário aos segundos” (LOSURDO, 2004, p.18).

Portanto:

se por liberalismo entende-se a igual fruição que cada indivíduo pode ter uma esfera privada de liberdade garantida pela lei – a “liberdade moderna” ou “negativa” – não é difícil se aperceber do caráter muito problemático do uso desta categoria. Mesmo não levando em consideração o problema da escravidão, conhecemos a condição de semiescravidão à qual são submetidos os negros em teoria livres (LOSURDO, 2006, p. 107).

Nesse sentido, é possível observar que, negavam-lhes os direitos civis, direitos políticos, em suma, a liberdade moderna. A liberdade pertencia, então, apenas aos proprietários, sendo o principal objetivo destes, manter, tais indivíduos sob

condições características da escravidão, não oportunizando sequer liberdade econômica para que pudessem escolher em qual função gostariam de trabalhar e exercer sua cidadania (ANTUNES SCHRAMM; ALVES SOARES; SILVA, 2020, p. 34).

Ainda cabe salientar que “sob penas severas é proibido ensinar aos escravos a ler e escrever” (LOSURDO, 2006, p. 110). Percebe-se aqui uma forma de proteção da burguesia ao manter os indivíduos ignorantes, sendo esta uma forma de garantir o controle social.

O fato é que Tocqueville nunca pensa a democracia em termos realmente universais. Só assim se explica o paradoxo pelo qual, por uma parte, descreve com lucidez e sem indulgência o tratamento desumano imposto a peles-vermelhas e a negros e, por outra, insiste no fato de que os Estados Unidos constituem o único verdadeiro modelo de democracia.

Portanto, evidencia-se que o pensamento de Tocqueville não está vinculado geneticamente com um processo de democratização progressivo, não se relaciona com um ideal de expansão da participação política popular nas instituições de poder, pelo contrário, seu sistema de duplo grau eleitoral intenta a defesa das liberdades econômicas, mesmo que seja ao custo da não-participação efetiva, com repercussão real no processo decisório, na democracia de boa parte dos cidadãos. Uma negação, em suma, do sufrágio universal como um dos fatores constituintes do liberalismo.

5. A CRISE DE REPRESENTATIVIDADE COMO MOTOR DA AUTOCRACIA

Manuel Castells, em obra dedicada ao estudo da crise democrática, anuncia a existência de uma profunda ruptura entre governantes e governados. A desconfiança nas instituições se espalhou quase que epidemicamente, ao tempo em que extirpou de legitimidade a representação política. Ao que parece, assistimos ao colapso do modelo político de representação e governança, que, a duras penas, substituiu os Estados autoritários e o arbítrio institucional de outrora. O sistema político partidário vigente se tornou alvo de constantes críticas coletivas em lugares como o Brasil, os Estados Unidos e a Europa. As massas não se sentem representadas pelas elites políticas; por conseguinte, imergimos numa “crise de legitimidade política”, decorrente da dissolução do vínculo subjetivo entre o que pensam e querem os cidadãos e o comportamento daqueles a que elegeram (CASTELLS, 2018, p. 7-12)

Uma democracia representativa só o é quando os cidadãos se sentem verdadeiramente representados: “a força e a estabilidade das instituições dependem de sua vigência na mente das pessoas” (CASTELLS, 2018, p. 12). O desajuste entre o sentimento popular e o governo eleito é, teoricamente, corrigível numa democracia liberal, onde eleições periódicas se sucedem para substituir o quadro político posto. Contudo, a prática demonstra que o ajuste não tem se operado com facilidade, uma

vez que as opções para o governo são sempre aquelas de há muito enraizadas nas instituições; os partidos, embora divirjam em políticas, estão de acordo em manter o monopólio do poder dentro de “um quadro de possibilidades preestabelecidas por eles mesmos” (CASTELLS, 2018, p. 67)

Perigosamente, na esteira da crise de representatividade instaurada, ascenderam ao cume do cenário político partidos nacionalistas, xenófobos e críticos das figuras que tradicionalmente ocupam o espaço político. Em 2018, já se podia afirmar que Polônia, Hungria, Noruega e Finlândia governos com participação de partidos xenófobos, sozinhos ou em coalizão. Castells avalia que a crise da democracia liberal é produto da conjunção de vários processos que se reforçam mutuamente, a exemplo da globalização. A globalização da economia e da comunicação, não bastasse prejudicar as economias nacionais, limitou a capacidade do Estado de responder internamente a problemas que, na sua gênese, são globais (e.g. crises financeiras, violação aos direitos humanos) (CASTELLS, 2018, p. 9-18)

Os governos nacionais, que aderiram, quase que unanimemente, à globalização, criaram uma nova forma de Estado (o Estado-rede) para potencializar a sua capacidade competitiva a partir da articulação entre Estados-nação. Estes, a despeito de não se dissolverem, transformaram-se em componentes de uma estrutura supranacional, a quem transferiram a soberania em troca de participação na gestão da globalização. O Estado, conforme se integra à rede, distancia-se da nação a que representa, o que dá azo à crise de legitimidade que impregnou a mente de muitos cidadãos, alijados das decisões essenciais para a sua vida, que, por sua vez, são discutidas e tomadas para além das instituições de representação direta.

Está instaurada a crise de representação de interesses, a que se agrega uma crise identitária, igualmente resultante do processo de globalização:

Quanto menos controle as pessoas têm sobre o mercado e sobre seu Estado, mais se recolhem numa identidade própria que não possa ser dissolvida pela vertigem dos fluxos globais. Refugiam-se em sua nação, em seu território, em seu deus. Enquanto as elites triunfantes da globalização se proclamam cidadãos do mundo, amplos setores sociais se entrincheiram nos espaços culturais nos quais se reconhecem e nos quais seu valor depende de sua comunidade e não de sua conta bancária. À fratura social se une a fratura cultural. O desprezo das elites pelo medo das pessoas de saírem daquilo que é local sem garantias de proteção se transforma em humilhação. E aí se aninham os germes da xenofobia e da intolerância. Com a

suspeita crescente de que os políticos se ocupam do mundo, mas não das pessoas (CASTELLS, 2018, p. 20).

Contribuem para o distanciamento entre representantes e representados a corrupção sistêmica da política, presente em quase todas as democracias. Quando o cidadão percebe que aqueles que devem aplicar as regras de convivência as violam rotineiramente em benefício próprio, perde a confiança no ato de delegação de poder, exercido mediante voto. A perda de confiabilidade é agravada em vista dos efeitos nefastos da política do escândalo, que inspira “o sentimento de desconfiança e reprovação moral sobre o conjunto dos políticos e da política, contribuindo assim para a crise de legitimidade” (CASTELLS, 2018, p. 28).

O indivíduo, que teme a globalização, busca refúgio na nação. Afrontado pela imigração e pelo multiculturalismo, fortemente consorciados à globalização, o cidadão atende ao chamamento identitário; descrente nas figuras políticas que “estão aí”, persegue um novo representante, no qual possa se fiar. Movidos pelo medo, a mais poderosa das emoções, os setores mais vulneráveis da sociedade se aglutinam em torno dos agentes que, despudoradamente, destilam discurso xenófobo e racista, recorrem à força estatal como método de resolução de todos os problemas, simplificam a crise mediante polarizações, e se levantam contra “a corrupção generalizada”, de que, não raro, tomam (ou tomaram) parte (CASTELLS, 2018, p. 37).

Destarte, os novos políticos se legitimam pela lógica da oposição (afinal, são a negação de “tudo o que está aí”):

A nova legitimidade funciona por oposição. E se constrói em torno de um discurso que projeta uma rejeição geral ao estado de coisas, prometendo a salvação por meio da ruptura com essa ordem incrustada nas instituições e com essa cultura das elites cosmopolitas, suspeitas de dismantelar as últimas defesas da tribo ante a invasão do desconhecido (CASTELLS, 2018, p. 38).

Em resumo, a crise de identidade abre caminho para o surgimento de candidatos *antiestablishment*, que se elevam por meio da negativa geral de tudo que está posto, o que implica, inclusive, a negação de valores outrora considerados positivos (inclusão social, solidariedade) e afirmação daquilo que anteriormente era explicitamente condenável (xenofobia, racismo, machismo, etc.). Na leitura de Manuel Castells, escolhemos profissionais apolíticos, virgens de corrupção, para investir em neoliberalismo econômico e autoritarismo político, a aparente fórmula de resistência da “pós-democracia liberal”.

6. ASCENSÃO E SUSTENTAÇÃO DA EXTREMA-DIREITA E A INFLUÊNCIA DO RESULTADO ELEITORAL NORTE-AMERICANO EM FACE DAS DEMAIS DEMOCRACIAS

A ascensão (e manutenção) da direita radical no poder dos sistemas democráticos contemporâneos é um defeito que decorre, paradoxalmente, do próprio sistema democrático após sua contaminação pela democracia liberal. A perda das identidades coletivas, a atuação da mídia hegemônica no sentido de ajustar o noticiário político com foco na corrupção e as pautas adotadas pelos partidos de oposição de um lado estimularam o antagonismo na política, a imaginação do nós contra eles em que os dois lados são inimigos que não possuem nenhum ponto em comum, um inimigo cujas exigências não são reconhecidas como legítimas e que tem de ser excluído do debate democrático (SILVA, 2020).

O surgimento de partidos populistas e demagogos de direita é observado sob a mesma prática, citando-se alguns casos estudados por Chantal Mouffe, na Áustria em que o Jörg Haider mobilizou temas relacionados à soberania popular, “austríacos de bem”, “trabalhadores dedicados e defensores dos valores nacionais” para construção de um “nós” contra o “eles” representados por “partidos no poder, sindicatos, burocratas, estrangeiros, intelectuais de esquerda e artistas”. Na Bélgica, a ascensão do partido Vlaams Blok contra as “elites corruptas”. Na França, Jean-Marie Le Pen se apresentava como “alternativa à ordem hegemônica existente” (MOUFFE, 2015, p. 66-67).

Os partidos políticos transformam-se em partidos decorativos, em máquinas profissionalizantes e hiperburocratizadas, cartelizadas, que perdem sua conexão ideológica, emocional e psicológica com o eleitor. O voto passou a ser mais um momento cartorial da vida do indivíduo, que não se sente representado por estas estruturas cada vez mais autocentradas, reféns da lógica das elites empresariais e absolutamente distantes da população. Crise de representação partidária que incide mais ainda nos partidos da esquerda tradicional, incapazes, muitas vezes, de cumprir suas promessas de mais inclusão social e igualdade, amalgamando-se num “centro” político junto com a direita mais moderada, que descaracteriza as múltiplas diferenças partidárias entre eles, provocando reações nos extremos (SOLANO, 2018).

O voto em Donald Trump, em Jair Bolsonaro, em Marine Le Pen é consequência desta vulnerabilidade existencial, na qual a pós-democracia nos joga. Os autoritarismos populistas e de extrema-direita oferecem respostas (simplórias e enganosas, mas respostas) a este desespero ontológico, a esta sensação de risco e medo global permanente e ao saudosismo conservador. As narrativas do muro, da islamofobia, do “bandido bom é bandido morto”, ganham força e expressividade numa realidade em que a pós-democracia oferece respostas existenciais insuficientes

aos milhões de sujeitos descartáveis, pauperizados e fadados a um não-lugar, a um não-pertencimento sociopolítico (SOLANO, 2018).

Este contexto, no qual crises econômicas e políticas se misturam e retroalimentam, possibilita a reorganização de um campo neoconservador, que utiliza a retórica do medo e do inimigo como instrumento mobilizador, retoma os valores da família tradicional: ordem, hierarquia, autoridade, moral, frente à suposta libertinagem do campo progressista. Todos estes demagogos da direita, incluindo Jair Messias Bolsonaro, aproveitam o fim do modelo adversarial e da representatividade na política e, de forma sedutora, apresentam-se como 'os únicos canais de expressão das paixões políticas'.

Ou seja, o que se nota no Brasil de hoje, é um constante embate, entre aqueles que são a favor ou não ao uso de determinados medicamentos; entre o governo federal e os governadores; entre a economia e o isolamento social; entre os cidadãos de bem contra a corrupção e os políticos desonestos; entre a liberdade de expressão e politicamente correto etc.

Evidente que não se trata de aceitar aqueles que questionam as "instituições fundamentais básicas da associação política democrática" (MOUFFE, 2015, p. 121) e que advogam, por exemplo, contra a existência de algum dos três Poderes, pelo fim dos adversários ou pela intervenção militar, mas, de considerar válidas e legítimas as reivindicações que respeitem o próprio sistema, viabilizando-se a "oferta de políticas claramente diferenciadas, permitindo que os cidadãos decidam entre formas diferentes de organizar a sociedade" (LUHMANN, apud MOUFFE, 2015, p. 120).

Pois bem, dando seguimento ao estudo, a década de 2020 de fato teve o seu início com a posse de John Biden, como novo presidente norte-americano. Não se trata de condicionar o futuro da democracia à eleição de um ou de outro candidato (republicano ou democrata; à direita ou à esquerda), mas de reconhecer que, assim como ocorreu em 2016, o resultado eleitoral certamente influenciará os acontecimentos políticos dos próximos anos em diversos países, com diretas repercussões sobre os possíveis caminhos a serem trilhados pelas democracias constitucionais ao longo da nova década. Essa tensão entre distopia e utopia permeará o processo de reflexão e de (re)construção das instituições políticas nas democracias constitucionais. O ano de 2021 deu início a uma nova época, em que a preservação dos valores essenciais ao constitucionalismo e à democracia será crucial para o futuro da humanidade (VALE, 2020).

Desse modo, liberalismo e democracia encontram-se em uma encruzilhada no limiar dessa nova década, pois como bem afirmou o sociólogo Manuel Castells, a crise da democracia liberal é a "mãe de todas as crises" (CASTELLS, 2018, p. 10). Assim

sendo, os desafios que se impõem aos politólogos e juristas da década, portanto, são ainda mais profundos, na perspectiva da essencial redefinição dos modelos e das instituições da democracia constitucional.

O século XXI exigirá das Constituições que tenham a eficácia necessária para poder implementar seus preceitos. O problema da eficácia da Constituição é muito sério, uma vez que é sempre muito difícil encontrar instrumentos que possam compelir o Estado a realizar aquele desiderato. Em síntese, as Constituições estiveram longe de serem textos totalmente íntegros e verazes. Mentiu-se muito para esconder as mazelas do autoritarismo e para fazer demagogia com a miséria do povo.

“A Constituição não deve ser um documento de promessas impossíveis de cumprir, nem de enunciados abstratos. Tem que haver harmonia e compatibilidade, entre o que realmente se necessita, se requer e se pode” (DROMI, 1997, p. 107). Parece claro, então que a Constituição do “porvir” deverá ter eficácia, conveniência, oportunidade e, principalmente, uma identidade entre o que se escreve e o que se faz.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nossa política não se modernizou. Continuamos o coronelismo, em um modelo patriarcal de submissão total aos donos do poder. Modernizamos o processo eleitoral, em um avanço tecnológico invejado por muitos países, mas continuamos no modelo anterior no qual o patrão decide o voto do empregado que lhe está subordinado. Nosso processo civilizatório, baseado em uma educação bancária modeladora de comportamentos de forma acrítica, agora agravada pelo neoconservadorismo, ainda mais violento na exclusão dos divergentes e que ousam contestar, sustentado em um modelo religioso de matriz negacionista e explorador da fé, não nos permitirá recuperar a esperança na democracia, a não ser que nos coloquemos de forma potente e comprometida a abrir o diálogo e aproximarmos de todos os que conosco vivenciam esse momento da existência.

Numa ordem constitucional democrática o controle jurídico não é tudo. Defensores da constituição são todos os órgãos constitucionais e todos os cidadãos com compromisso democrático. Fato é, que no Brasil, a democracia representativa deu lugar à plutocracia da elite do atraso integrada pelo judiciário. Democracia sem povo, judiciário sem justiça, um “direito mercadoria” negociado pelos endinheirados. A encenação da democracia é consumada no teatro das eleições. A representação separa aqueles que têm influência daqueles que, mesmo que gritem, nunca são ouvidos. Eleitores e elegidos vivem em mundos separados.

No Brasil, a democracia se limita ao “vem pra urna”. Sua restauração não se reduz ao direito de fulano ou sicrano concorrer à presidência. Isso esconde as

mazelas de um sistema apodrecido que não pode ser restaurado por salvadores da pátria. A quem interessa manter um sistema que não representa ninguém, senão o poder financeiro, ou o Deus convertido em Dinheiro. A restauração da democracia exige a reforma do Poder Judiciário para que este volte a cumprir seu papel de defensor da Constituição Federal. A recuperação da credibilidade de um Judiciário desmoralizado é fundamental.

Uma sociedade polarizada é uma sociedade descrente na solução negociada da política. Por consequência, ela está a mercê dos demagogos de plantão que apresentam discurso autocrático, populista e demonizador da política, que se impõe como a solução pronta e simples para as diversas agruras sociais. Ocorre que esse demagogo raramente consegue solucionar os problemas. A alternativa para seu fracasso é radicalizar ainda mais o discurso e escolher alvos para responsabilizar por sua inépcia. Esse alvo pode ser uma minoria, a oposição política, mídia crítica ou até mesmo instituições da democracia como o Legislativo ou Judiciário.

Democracias, sejam liberais, sejam sociais, fundam-se na dignidade humana, que, num dado aspecto, é notadamente individualista: a cada um de nós, individualmente considerados, é inerente a dignidade na dúplice dimensão acima explorada. Ou seja, cada indivíduo é, em si mesmo, um centro indevassável de valor intrínseco e responsabilidade pessoal. Por isso não causa espécie que alguns teóricos defendam que a democracia só é possível num modelo individualista de sociedade e apenas sobreviva enquanto reconhecidas, constitucionalmente, as liberdades individuais (BOBBIO, 1997, p. 13).

Portanto, deve-se avaliar a democracia diante de uma análise interna que compreenda seu significado e seus efeitos na sociedade. Sua cultura (democracia) segue a recusa de um único mito originário de nosso ser e de nosso pensar jurídico para alcançarmos justiça, mas diluindo o excesso do mito. A cultura jurídica, portanto, é aquilo que circula, funciona e produz efeitos dentro de um determinado contexto histórico social. Olhar o passado é entender o momento presente e, acima de tudo, antever as linhas do futuro.

Os pensadores sempre se preocuparam em conceituar justiça, assim como a democracia. Na realidade, não devemos apenas conceituar, mas sentir os seus elementos de formação. O conceito pode muitas vezes ser estático, a justiça e a democracia não. São situações de vida que emergem e evoluem diante das relações e ingerências humanas, estas tão fluídas pela imensidão do pensar do cidadão.

Apesar do momento conturbado vivido pela humanidade, quando instituições e lideranças são postas à prova e parcela expressiva da população mundial questiona as virtudes da democracia, o legado do iluminismo da "liberdade, igualdade e

fraternidade”, precisa seguir sendo uma aspiração diária. A democracia tem muitas imperfeições, é verdade, no entanto, tem-se provado um sistema menos desumano se comparado aos demais. A missão deve ser aperfeiçoá-la. Dito isso, em resposta à problemática que ensejou este trabalho, podemos afirmar que sim, a democracia brasileira tem futuro!

Porém, não basta proclamar o princípio democrático e procurar a coincidência entre a vontade política manifestada pelos órgãos de soberania e a vontade popular manifestada por eleições. É necessário estabelecer um quadro institucional em que esta vontade se forme em liberdade e em que cada pessoa tenha a segurança da previsibilidade do futuro. É necessário que não sejam incompatíveis o elemento objetivo e o elemento subjetivo da Constituição e que, pelo contrário, eles se desenvolvam simultaneamente.

Portanto, resistir, ressignificar e nos envolvermos, de fato, com os problemas reais da existência sofrida de tantos que estão à margem do processo democrático e dos bens da vida aos quais tem direito, poderá nos ajudar a pensar um modelo mais adequado aos nossos tempos e às nossas necessidades. Ter esperança e resistir é mais do que suportar os momentos difíceis, nos lamuriando com as escolhas daqueles que entendemos equivocados ou omissos. Resistência é movimento, é potência transformadora, revolucionária, profunda de nossos comportamentos.

Ter esperança e resistir é, fundamentalmente, acolher o divergente ou aquele que se omite, convidando-o a um novo modo de olhar a existência. É envolver-se visceralmente na luta pela democracia e não apenas manifestá-la discursivamente. Que politólogos e juristas estejam atentos aos novos desafios da década de 2020, tendo sempre em mente que da democracia nasce a justiça e desta nascem os elementos para o avanço e democrático.

8. REFERÊNCIAS

BALANDIER, Georges. **Antropology Politique**. Paris: PUF, 1967.

BOBBIO, Norberto. **O futuro de democracia**: uma defesa das regras do jogo. 6ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

CASTELLS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

CONSTANT, Benjamin. **Princípios políticos constitucionais**. Trad. Maria do Céu Carvalho. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DROMI, José Roberto. **La reforma constitucional: el constitucionalismo del "por venir"**. In: ARÉVALO, Manuel Francisco Clavero (coord.). El derecho público de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana. Madrid: Fundación BBV, 1997.

GROTH, Terrie Ralph. **A democracia como problema do direito**. *Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, n. 13, p. 77-94, 2006.

HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o Século 21**. São Paulo: Companhia das Letras; 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. **A invasão do direito: a expansão jurídica sobre o Estado, o mercado e a moral**. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

LOSURDO, Domenico. **Democracia ou Bonapartismo: Triunfo e decadência do sufrágio universal**. Trad. de Luís Sérgio Henriques. São Paulo/Rio de Janeiro: Unesp/UFRJ, 2004.

LOSURDO, Domenico. **Contra-História do Liberalismo**. Trad. de Giovanni Semerano. Aparecida do Norte/SP: Ideias & Letras, 2006.

MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris/CPGD-UFSC, 1994.

MOUFFE, Chantal. **Sobre o político**. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

PINKER, Steven. **O novo iluminismo: em defesa da razão, da ciência e do humanismo**. São Paulo: Companhia das Letras; 2018.

SANDEL, Michael J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. *Justiça – O que é fazer a coisa certa / Michael J. Sandel*; [tradução 19ª ed. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo]. – 19ª edição – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2015. ISBN 978-85-200-1030-3.

ANTUNES SCHURAMM, Julie Katlyn; ALVES SOARES, Moisés; SILVA, Regina Teresa Pinheiro da. **A democracia como um terreno em disputa: as tensões do liberalismo com a ampliação dos direitos políticos**. *E-Civitas – Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH – Belo Horizonte*. Volume XIII, número 2, dezembro de

2020 – INSS: 1984-2716. Disponível em:
<https://revistas.unibh.br/dcjpg/article/download/3047/pdf2356789>. Acesso em: 02 fev. 2021.

SILVA, Wallace Antonio Dias. **Política de consenso e ascensão da extrema-direita no Brasil**. Justificando, 2020. Disponível em:
<https://www.justificando.com/2020/06/02/politica-de-consenso-e-ascensao-da-extrema-direita-no-brasil>. Acesso em: 01 fev. 2021.

SOLANO, Esther. **Crise da Democracia e extremismos de direita**. Friedrich Ebert Stiftung Brasil. Análise nº 42/2018. Maio de 2018. Disponível em:
<https://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/14508.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2021.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. Livro 1 – Leis e Costumes. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VALE, André Rufino do. **Os desafios do constitucionalismo e da democracia pós-2020**. Consultor Jurídico. Observatório Constitucional, 2020. Disponível em:
<https://www.conjur.com.br/2020-fev-08/observatorio-constitucional-constitucionalismo-democracia-pos-2020>. Acesso em: 03 fev. 2021.

VITALE, Denise e MELO, Rúrion Soares. **Política deliberativa e o modelo procedimental de democracia**. In Direito e Democracia – um guia de leitura de Habermas. Org. Marcos Nobre e Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008.

O SUJEITO PASSIVO DOS CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE

DANILO FRANÇA FALCÃO PEDROSA:

Procurador do Estado de Alagoas, ex-Procurador do Estado de Pernambuco, ex-Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina, Pós-Graduado em Direito Administrativo e Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

O meio ambiente se insere no âmbito dos direitos coletivos de natureza difusa, considerado bem jurídico transindividual e indivisível, cuja titularidade reside em pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

Por serem difusos, os direitos de índole ambiental não comportam a determinação pessoal de seus titulares, sendo, em verdade, pertencentes a um grupo indeterminado de pessoas. A esse respeito, precisas são as lições do renomado processualista Fredie Didier Jr que, com a sabedoria que é peculiar, assim leciona:

"Assim, reputam-se direitos difusos (art. 81, par. ún., I, do CDC) aqueles transindividuais (metaindividuais, supraindividuais), de natureza indivisível (só podem ser considerados como um todo), titularizados por um grupo composto por pessoas indeterminadas (ou seja, indeterminabilidade dos sujeitos, não havendo individuação) ligadas por circunstâncias de fato".⁸⁷

O meio ambiente, enquanto bem jurídico tutelado pelo Direito, então, apresenta um elevado grau de dispersão em relação a sua titularidade, de modo que, regra geral, quando se lesiona um bem de natureza ambiental, não é possível determinar um sujeito específico como vítima do ato hostil.

Na seara do Direito Penal, costuma-se classificar o sujeito passivo do ilícito penal em sujeito passivo mediato e imediato. O Primeiro é personificado na figura do Estado, detentor do *ius puniendi* e interessado no respeito à ordem jurídica vigente. Já o sujeito passivo imediato é comumente identificado na figura da vítima, ou seja, a pessoa física ou jurídica ofendida pela conduta criminalmente tipificada. Antes de prosseguir, todavia, é necessário esclarecer que, na perspectiva que por ora

⁸⁷ DIDIER Jr, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo. 11ed. Salvador: JusPODVUM, 2017. P. 74

nos interessa, trataremos do sujeito passivo imediato dos crimes de natureza ambiental.

Como já pontuado, os bens jurídicos de natureza ambiental estão relacionados a direitos de natureza difusa, onde não é possível identificar pessoalmente seus titulares. Nesta perspectiva, cumpre investigar como se comporta o direito penal no que tange à definição do sujeito passivo dos crimes de natureza ambiental.

Diferentemente do que ocorre nos crimes onde o bem jurídico tutelado corresponde a um direito individual, nos crimes contra o meio ambiente a lesão volta-se para direitos pertencentes a uma coletividade indeterminada. No crime de roubo, por exemplo, o sujeito passivo é aquele que teve seu bem subtraído mediante grave ameaça ou violência. Já nos tipos penais ambientais não é possível a identificação pessoal da vítima, já que o sujeito passivo é de natureza coletiva indeterminada.

A título ilustrativo, no tipo penal de provocar, pela emissão de efluentes ou carreamento de materiais, o perecimento de espécimes da fauna aquática existentes em rios, lagos, açudes, lagoas, baías ou águas jurisdicionais brasileiras, ao contrário do que ocorre no crime de roubo ou homicídio, não há uma determinabilidade em relação à pessoa da vítima.

Ressalte-se que, não obstante os crimes contra o meio ambiente sejam de ação pública incondicionada, em sintonia com a indeterminabilidade do sujeito passivo, a Lei dos Crimes Ambientais estabelece que qualquer pessoa, constatando infração ambiental, poderá dirigir representação às autoridades competentes, para efeito do exercício do seu poder de polícia.

Neste mesmo toar, não obstante não se reporte à matéria criminal propriamente dita, a Constituição Federal atribui legitimidade a qualquer cidadão para propor ação popular visando anular ato lesivo ao meio ambiente, justamente em consideração à natureza difusa dos direitos ambientais. Vejamos, então, o que dispõe a Constituição da República:

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:

(...)

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

Nesta perspectiva, é possível perceber que a legitimidade ampla conferida a qualquer cidadão para, por meio de ação popular, buscar a tutela judicial sobre direitos ambientais constitui reflexo da natureza difusa desses direitos.

Na mesma linha, o artigo 225, da Constituição Federal, prescreve que o meio ambiente ecologicamente equilibrado constitui bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, nos seguintes termos:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Então, mostra-se evidente a opção normativa brasileira no que se refere a atribuição de natureza transindividual aos direitos ambientais. Em consequência, por exemplo, o crime de caçar espécimes da fauna silvestre em uma área particular de preservação não pode ficar à mercê da vontade do proprietário do imóvel onde o crime se consumou, já que o bem tutelado não é de titularidade do proprietário da área, mas sim da coletividade, em razão de sua natureza difusa.

Nestes termos, é possível concluir que os crimes contra o meio ambiente possuem como sujeito passivo uma coletividade indeterminada, considerando a natureza difusa dos direitos ambientais. Em consequência, a ação penal em matéria de crimes ambientais será sempre pública e incondicionada, ainda que o ilícito penal tenha se dado em área particular de preservação, pois, como antes pontuado, o bem jurídico em jogo pertence à coletividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP: Edipro, 2001.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª ed. Brasília: Editora UNB, 1999.

DIDIER Jr, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 11ed. Salvador: JusPODVUM, 2017.

FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil, Volume II – Das Obrigações**. 4ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Volume V, Direito das Coisas**. São Paulo: ED. Saraiva, 2006.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 12ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil. Volume III - Contratos**. ed 12º. Rio de Janeiro: ED. Forense, 2005.

VIGLIAR, José Marcelo. **Interesses Difusos, Coletivos, e Individuais Homogêneos**. Salvador: ED. JusPODIVM, 2005.

ANÁLISE ACERCA DO INSTITUTO DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

RAFAEL DO NASCIMENTO SILVA:

Especialista em Direito e Processo do Trabalho, pela Universidade Federal do Tocantins, e Graduado em Direito pela Universidade Católica do Tocantins.

AIRTON ALOÍSIO SCHUTZ 88

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho consiste em uma revisão de literatura, que busca analisar a prova no processo do trabalho, desde os princípios conceituais até no que diz respeito a inversão do ônus. Parte-se do pressuposto de que no processo trabalhista, o empregador possui melhores condições de apresentar um conjunto probatório em relação ao empregado, portanto, torna-se viável e justa a aplicação da inversão do ônus da prova. Para tanto, o presente artigo utiliza a pesquisa bibliográfica para alcançar os objetivos propostos, com base na consulta a livros, artigos publicados e na legislação trabalhista e áreas correlatas.

PALAVRAS-CHAVE: Prova; Processo do Trabalho; Ônus; Inversão.

ABSTRACT: The present work consists of a literature review, which seeks to analyze the evidence in the work process, from the beginning concepts to the inversion of the burden. It is assumed that in the labor process, the employer has better conditions to present a set of evidence in relation to the employee, therefore, it is feasible and fair to apply the inversion of the burden of proof. To this end, this article uses bibliographic research to achieve the proposed objectives, based on the consultation of books, published articles and labor legislation and related areas.

KEYWORDS: Proof; Work process; Burden of proof; Inversion.

SUMÁRIO: 1.Introdução. 2.Conceito de Prova. 3.Natureza jurídica, objeto e finalidade da prova. 4. Dos meios de prova no processo do trabalho: 4.1 Depoimento pessoal; 4.2 Prova documental; 4.3 Prova testemunhal; 4.4 A perícia; 4.5 A inspeção judicial. 5. O ônus da prova no processo do trabalho: 5.1 Da inversão do ônus da prova; 6. Princípio do in dubio pro misero; 7. Do princípio da aptidão para a prova: 7.1 Das

88 Doutor em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, especialista em Processo Civil pela Universidade de Caxias do Sul, graduação em Direito pela Universidade de Taubaté. Notrias10@gmail.com

regras de pré-constituição da prova; 7.2 Do momento da inversão do ônus da prova. 8. Considerações finais. 9. Referências.

1. Introdução

A prova consiste em ser o caminho por onde deve tramitar o livre convencimento motivado do juiz, guiando o juiz nas decisões. Neste sentido, a disposição do art. 131 do CPC ao expressar que o juiz não pode decidir contra a prova existente nos autos sob pena de nulidade, consiste ainda em uma exigência de ordem constitucional, haja vista que a Carta Magna de 1988 não autoriza o juiz a julgar de acordo com sua íntima convicção.

Em âmbito trabalhista, sabe-se que uma vez proposta a ação, assim como nas demais áreas, as partes devem convencer o juiz de suas pretensões, fazendo uso da prova como meio de alcançar a verdade real dos fatos alegados. O empregador, em relação ao empregado possui a maioria dos meios de prova, por ser a parte economicamente mais forte, o que torna um obstáculo a igualdade entre partes no processo de trabalho.

Em face disso, tem-se a inversão do ônus da prova, que pode ser distribuído de várias formas, observando o tipo de direito tutelado e em observância as particularidades do processo, com vistas a diminuir a desigualdade existente entre as partes no processo do trabalho e contribuir para o alcance da verdade real nos autos do processo.

Portanto, o presente trabalho tem como objetivo geral o de analisar a aplicabilidade da inversão do ônus da prova no processo trabalhista. Ademais, tem-se ainda os objetivos específicos de conceituar o instituto da prova, compreender as características quanto ao ônus da prova no processo trabalhista, bem como analisar os critérios para a inversão do ônus da prova em âmbito trabalhista.

Para alcançar os objetivos propostos e os resultados esperados, o presente trabalho utiliza a pesquisa bibliográfica como metodologia, pautada na consulta a livros, artigos publicados e na legislação trabalhista e áreas correlatas.

2. Conceito de prova

No senso comum, prova é sinônimo de comprovar ou atestar a verdade de determinada assertiva. Ocorre que, no campo jurídico o conceito de prova é compreendido de formas diferentes, conforme ensina Santos (1952, p. 11):

No sentido jurídico o vocábulo é empregado em várias acepções: significa a produção dos atos ou dos meios com os

quais as partes ou o juiz entendem afirmar a verdade dos fatos alegados (*actus probandi*); significa ação de provar, de fazer a prova. Nessa acepção se diz: a quem alega cabe fazer a prova do alegado, isto é, cabe fornecer os meios afirmativos de sua alegação. Significa o meio de provar considerado em si mesmo. [...] Significa o resultado dos atos ou dos meios produzidos na apuração da verdade. Nessa acepção se diz: o autor fez a prova da sua intenção, o réu fez a prova da exceção.

A prova pode ser compreendida dialeticamente, como sendo um meio, uma atividade e resultado advindo do discurso do contraditório. Segundo Cesário (2015), a prova pode ser compreendida ainda como o resultado processual da constituição da convicção judicial, que é atingido mediante a atividade probatória desenvolvida pelas partes no curso do processo, que mediante o discurso jurídico (respeitando o contraditório) se vale dos meios legais e moralmente legítimos previstos em direito, para auxiliarem na tarefa que o Estado tem de resolver o conflito.

No mesmo sentido, Carnelutti (2001) entende que prova em sentido jurídico consiste na demonstração da verdade formal dos fatos que estão em discussão, por meio de procedimentos determinados (meios legais).

Na mesma linha de pensamento, Oliveira (2014) afirma que a prova consiste no esforço produzido pelas partes envolvidas no processo com a finalidade de firmar a convicção do magistrado em relação a existência ou inexistência de determinado fato ou direito. Ademais, ressalta-se que nem sempre a existência ou a prova de determinado fato não significa por si só a existência de determinado direito.

Num conceito mais restrito, Teixeira Filho (2014, p. 30-31):

[...] extrai-se, como consectário prático uma fundamental regra de cautela, que deve ser observada por todos quando da elaboração de qualquer conceito de prova judiciária e segundo a qual ao jurista se impõe ater-se, rigidamente, ao aspecto ontológico (ou substancial) desse instituto poliédrico, cuidando para não adentrar em outros, sob pena de conduzir a uma confusão entre os significados de prova e de meio probante. Postas essas considerações, damo-nos à liberdade de ensaiar, a seguir, o nosso conceito de prova: é a demonstração, segundo as normas legais específicas, da verdade dos fatos relevantes e controvertidos no processo.

Partindo do conceito tradicional de que prova, no campo do direito processual consiste no meio lícito para comprovar a veracidade ou não de um determinado fato

no intuito de convencer o magistrado de sua existência ou não, Leite (2015) afirma que dentro do direito processual constitucional a prova não pretende apenas buscar a verdade dos fatos, mas consiste na argumentação dos sujeitos integram o processo, ou seja, o meio retórico indispensável para o debate jurídico.

Leite (2015) justifica ainda que, na atual concepção de direito processual em face do Estado Democrático de Direito, o processo ser encarado como palco de discussões. Segundo a concepção do referido autor o objetivo da prova não consiste mais somente na reconstrução do fato, mas reside no convencimento do juiz e dos outros sujeitos que estão no processo sobre a veracidade das alegações acerca do fato.

3. Natureza jurídica, objeto e finalidade da prova

Falar sobre a natureza jurídica de um instituto, consiste no ato de tentar localizá-lo no plano cartesiano do direito, a fim de que seja estabelecida a trilha perfeita para o seu desenvolvimento e por precedente, seu entendimento e suas matizes circunscritas e inscritas.

No nosso ordenamento jurídico a prova é tratada por normas materiais e normas processuais. A norma material será aplicada quando for trazida a essência da prova, e será norma processual quando tratar de produção em juízo. O autor ressalta ainda que, ao identificar a natureza jurídica da prova não se pode apenas observar em qual diploma legal a mesma se assenta, mais sim, observar o teor da norma, se direito material ou processual.

De acordo com Teixeira Filho (2014, p. 25), Pontes de Miranda ensina que o instituto possui natureza material ao acreditar que "pensar-se em prova judicial quando se fala em prova é apenas devido à importância espetacular do litígio, nas relações jurídicas entre os homens".

Em contrapartida, Teixeira Filho (2014) assevera que com o advento do Código de Processo Civil de 1973 a prova passou a possuir natureza exclusivamente processual, ressaltando que não se deve considerar como prova o elemento formal cujo mesmo o direito substancial confere a validade do ato, com o risco de incidir-se no equívoco de supor que tal direito permanece encerrando disposições relacionadas a prova.

Nota-se, portanto, que mesmo sendo o direito analisado de uma perspectiva ontológica, deve ser entendido como uma unidade, na qual se fundem o material e o processual, trata-se, dessa forma de uma ciência do processo que se dedica a análise sistematizada e completa do referido instituto, passando por todos os seus ângulos (fins, causas e efeitos).

Via de regra, os fatos litigiosos consistem em ser o objeto da prova. No entanto, alguns fatos não carecem de prova. Carlos Alberto Reis de Paula (2003) determina que a prova está limitada aos fatos controvertidos, determinados e relevantes. De forma genérica, o objeto da prova trata-se da confirmação das alegações relatadas na inicial ou defesa com a finalidade de convencer o magistrado.

Alguns fatos não carecem de prova para serem compreendidos como demonstrados, ao qual aplica-se ao Processo do Trabalho a norma abarcada no art. 334 do Código de Processo Civil – CPC – que versa sobre a existência de fatos que não dependem de provas, quais sejam: os notórios; firmados por determinada parte e confessado pela contrária; admitidos, no processo como incontroversos; cujo favor opera a presunção legal de existência ou de veracidade.

Acerca do respectivo assunto, Almeida (2006, p. 542) dispõe:

A notoriedade, a confissão, a incontrovérsia e a presunção legal permitem ao juiz tomar o fato alegado como verdadeiro, dispensando a parte de provar a sua veracidade, funcionando, portanto, como excludentes da necessidade de prova.

Nesse sentido, cabe ressaltar acerca da possibilidade de se produzir prova em contrário, cuja mesma determina a realidade da confissão, que se beneficia de presunção absoluta, não restando dúvidas quanto ao seu conteúdo, ou ficta que é quando a presunção é relativa, ou seja, não é absoluta, tendo em vista que a parte ao negar ou afirmar um fato deixa subentendido o acontecimento de outro, o que prevalece enquanto não há outro meio probatório nos autos capaz de suprimi-lo, como a prova documental, a prova testemunhal, ou ainda, a confissão real.

Ressalta-se que o depoimento pessoa das partes tem como objetivo a obtenção da confissão real, que é principal prova. Nesse sentido, observa-se que, via de regra, o objeto da prova é confirmar as alegações das partes mediante os fatos, para assim, convencer o magistrado. No entanto, vale lembrar que alguns fatos não dependem de provas, devendo o juiz julgar a lide somente pelas pretensões expostas na petição inicial ou em defesa.

A finalidade da prova consiste na ação de trazer aos autos a verdade mais próxima da real, no entanto, o objeto da prova consiste no fato em sim. Segundo nos leciona Júnior (2011, p. 428) “[...] o processo moderno procura solucionar os litígios à luz da verdade real e é, na prova dos autos que o juiz vai buscar essa verdade”.

4. Dos meios de prova no processo do trabalho

Caso as partes, no decurso do processo não celebrem o acordo, inicia-se então a instrução do processo, de acordo com o art. 848 da CLT. Todos os métodos legais ainda que não estejam especificados no Código de Processo Civil são hábeis para comprovar a verdade dos fatos em que se sustenta em ação ou a defesa.

O Decreto nº 1.295 de 10/06/1996 promulgou a Convenção Interamericana acerca da prova e informação sobre o direito estrangeiro. Os meios de prova para a instrução do processo consistem em espécies de provas que serão produzidas em juízo, são eles: depoimento pessoal das partes, documentos, testemunhas, perícias e a inspeção judicial. O depoimento pessoal consiste em meio de prova e não apenas prova. Prova é a confissão da parte por meio do depoimento pessoal. (MARTINS, 2009)

4.1 Depoimento pessoal

A instrução processual inicia com o interrogatório dos litigantes, e feito a requerimento do juiz, conforme dispõe o art. 848 da CLT.

O depoimento pessoal consiste na declaração que é prestada pelo autor ou pelo réu sobre os fatos do litígio. A finalidade do mesmo não é somente obter a confissão, mas também esclarecer o juiz acerca dos fatos do processo, delimitando a prova, para que a mesma possa ser avaliada.

Segundo o art. 848 da CLT, o depoimento pessoal é do juiz e não da parte, o que é atestado pelo art. 820 da CLT, sendo que no primeiro dispositivo é usado o termo "interrogatório" e no segundo o termo "depoimento pessoal". A CLT institui o sistema interrogatório e não do depoimento pessoal, sendo que o interrogatório é do juiz e não da parte, onde o magistrado extrai esclarecimentos acerca dos fatos da causa. No interrogatório, ambas as partes não possuem o direito de ouvir uma a outra, pois o interrogatório é do juiz, o qual determina a oitiva das partes de ofício em qualquer fase processual. No sistema do depoimento pessoal, a parte precisa solicitar ao juiz a oitiva do *ex adverso*. Conforme o art. 848 da CLT, o interrogatório consiste em uma faculdade do juiz, haja vista que o referido dispositivo usa a expressão podendo o presidente, *ex officio* interrogar os litigantes. O juiz só irá reinquirir as partes mediante solicitação destas, de seus representantes e advogados. Portanto, se não for ouvida a parte, a mesma não poderá ser reinquirida.

Ocorre que, a Súmula 74, I, do TST demonstra que o entendimento jurisprudencial não é no sentido de que a CLT privilegia o sistema interrogatório, mas sim o depoimento pessoal, haja vista que o não-comparecimento da parte na audiência em que se deve depor comporta na aplicação da confissão.

Ao interrogar a parte, o juiz tem o interesse de obter os esclarecimentos dos fatos que ensejam o litígio, bem como extrair a verdade real dos fatos, o que pode implicar na obtenção da confissão da parte.

Acerca disso, importante o entendimento de Martins (2009, p. 318):

[...] não ouvir o reclamante ou o reclamado, quando há requerimento da parte para esse fim, constituiria cerceamento da prova das partes, salvo se a matéria fática não fosse controvertida ou a questão fosse matéria de direito, pois a parte busca obter da outra a realidade do que teria ocorrido na relação entre ambas.

A confissão vem do latim, *confiteri*, que consiste na admissão da verdade de um fato que é contrário ao interesse da parte favorável ao adversário. A confissão não pode ser confundida com a revelia. A revelia trata-se da ausência de defesa do réu, que foi devidamente citado para se defender, já a confissão, é um dos efeitos da revelia.

No que diz respeito a possibilidade de produção de prova em contrário, a confissão pode ser ficta ou real. A confissão real é feita de forma expressa pela parte, implicando presunção absoluta. Enquanto a confissão ficta consiste na presunção relativa de que os fatos alegados pela parte contrária são verdadeiros, podendo ser excluída por outras provas existentes nos autos.

No que tange ao âmbito em que a confissão pode ser obtida, esta poderá ser judicial ou extrajudicial. A confissão judicial consiste em a feita perante o juiz, enquanto a extrajudicial é a feita fora do processo. A confissão provocada consiste em ser aquela obtida pelo depoimento das partes. Já a espontânea, é obtida sem provocação, é feita de forma voluntária.

4.2 Prova documental

Documento vem do latim, *documentum*, que significa ensinar, mostrar ou indicar. É meio pelo qual algo pode ser conhecido por alguém, de modo a reproduzir certa manifestação de pensamento. O documento representa o acontecimento de um fato.

O documento em cópia fornecido como prova poderá ser declarado autêntico pelo próprio advogado, ficando a cargo do mesmo a responsabilidade por tal, conforme o art. 830 da CLT. Uma vez impugnada a autenticidade da cópia, a parte que tiver produzida a mesma será intimada para apresentar cópias devidamente

autenticadas ou o documento original, cabendo ao serventuário competente preceder a conferência e certificar a conformidade entre tais documentos.

O art. 24 da Lei nº 10.522 de 19/7/2002 dispõe que as pessoas jurídicas de direito público estão dispensadas de autenticar as cópias reprográficas de documentos apresentados em juízo. Nesses casos há a presunção relativa de autenticidade.

O pagamento de salários só pode ser comprovado por meio de prova escrita, bem como o acordo de prorrogação da jornada de trabalho e o acordo de compensação. Não admitindo-se a prova de tais fatos por meio de testemunha, haja vista que só pode ser feita por documento.

Ademais, o art. 464 da CLT determina que o comprovante de depósito em conta bancária tem força de recibo, salvo quando se tratar de empregado doméstico, uma vez que o art. 464 da CLT não se aplica a essa categoria. Portanto, nesse caso, admite-se prova testemunhal para comprovar o pagamento de salários, principalmente em razão de confiança mútua existente entre as partes que é desenvolvida no âmbito familiar.

O pedido de demissão do empregado estável só valerá quando feito com a assistência do sindicato, do Ministério do Trabalho ou da Justiça do Trabalho, conforme prevê o art. 500 da CLT. Tais procedimentos são previstas exatamente para evitar possíveis fraudes.

O contrato de trabalho pode ser acordado tanto de forma verbal como escrita, como dispõe o art. 443 da CLT. No entanto, o meio de prova por excelência, quanto a provável existência do contrato de trabalho é a anotação em carteira profissional.

Vale lembrar que as informações inseridas na carteira de trabalho não possuem valor absoluto, geram apenas presunção de iuris tantum, uma vez que seu conteúdo pode ser extinguido mediante outros meios lícitos de provas, conforme dispõe a Súmula nº 12 do TST e a Súmula nº 225 do STF.

Os cartões de ponto, quando utilizados como prova, não precisam estar devidamente assinados. Caso estejam assinados, presume-se que a jornada está correta, e cabe ao autor fazer prova convincente em sentido contrário.

4.3 Prova testemunhal

A testemunha consiste em ser um terceiro na relação processual que vem prestar depoimento em juízo, pelo fato de ter conhecimento acerca do que está sendo narrado pelas partes.

A prova testemunhal será sempre admissível, e não podendo a lei dispor de forma diversa. No âmbito trabalhista, a prova testemunhal costuma ser a única forma que as partes encontraram para produzir provas de suas alegações, principalmente para o reclamante que não possui acesso a documentos da empresa ou quando estes não retratam a realidade do trabalho desempenhado pelo autor. (MARTINS, 2009)

O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas quando estiver diante de fatos incontroversos ou quando somente por documentos ou exame policial puderem ser provados os fatos, como por exemplo a insalubridade e a periculosidade.

Ressalta-se que o juiz da causa, quando arrolado como testemunha, terá que se declarar impedido, caso tenha pleno conhecimento dos fatos da causa, o que poderá influir na decisão. Caso o mesmo não o mesmo nada saiba acerca dos fatos, solicitará a exclusão de seu nome do rol de testemunhas.

O art. 829 da CLT dispõe que não pode ser testemunha aquele que for parente até o terceiro grau civil, o amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes, equivale o seu depoimento a simples informação. Essa regra vem complementada pelo art. 447 do CPC/2015, que dispõe que não podem ser também os incapazes, os impedidos e os suspeitos.

Cabe mencionar que mesmo sendo a testemunha amigo íntimo, inimigo, parente até o terceiro grau ou preencher qualquer requisito de proibição, seu depoimento deve ser ouvido como mera informação ficando o magistrado responsável por atribuir o valor que achar viável, conforme prevê o §5º do art. 447 do CPC/2015.

4.4 A perícia

Quando faltar conhecimento do juiz, o mesmo indicará um técnico que possa realizar exame dos fatos objeto da causa, transmitindo tais conhecimentos ao magistrado, mediante parecer. Tal meio é denominado como perícia.

O art. 3º da Lei nº 5.584/70 determina que os exames periciais devem ser realizados por perito único designado pelo juiz, o qual fixará o prazo para a entrega do laudo. Esse dispositivo revogou o art. 826 da CLT.

Essa regra deve ser seguida pelos técnicos de estabelecimentos oficiais, uma vez que o art. 827 da CLT determina que os peritos devem ter tal compromisso. A perícia pode ser exame, onde é realizada inspeção de pessoas, coisas ou semoventes; vistoria onde o perito inspeciona terrenos, prédios, locais; avaliação onde o perito estima o valor das coisas móveis e imóveis.

A perícia pode ser judicial ou extrajudicial. A judicial é feita durante o processo, já a extrajudicial é realizada por requerimento da empresa ou sindicato no Ministério do Trabalho. No processo de trabalho, a avaliação dos bens penhorados é realizada por oficial de justiça avaliador.

A perícia por insalubridade ou periculosidade poderá ser realizada tanto por médico quanto por engenheiro. A lei não dispõe se a perícia de insalubridade é realizada por médico e a de periculosidade é realizada por engenheiro. Ambos profissionais são capazes de realizar a perícia tanto de insalubridade quanto de periculosidade, o que pode acontecer é de em certa perícia haver necessidade, por exemplo, de realização de um exame médico, o que de forma evidentemente o engenheiro não pode realizar tal exame.

Acerca da perícia de cálculo, o art. 25 do Decreto-lei nº 9.295/46 determina que a mesma pode ser feita por qualquer pessoa, não precisando ser necessariamente contador, portanto, pode ser feita por economista, administrador de empresas, engenheiro, matemático, estatístico, etc. No entanto, quando a perícia envolver exame de escrita, balanço, escrituração contábil somente poderá ser feita por contador ou auditor.

Ressalta-se que acerca da insalubridade e periculosidade, devem ser determinadas pelo juiz independentemente de requerimento, conforme art. 195 da CLT.

Em caso de revelia, e na petição inicial existindo pedido de insalubridade ou periculosidade, é necessário ser realizada a prova técnica, pois a revelia não torna verdadeiro que no local de trabalho existiam elementos nocivos ou perigosos à saúde do trabalhador. Tais fatos só poderão ser verificados mediante exame técnico pelo especialista, inclusive por avaliar o grau de insalubridade existente no local de trabalho.

O perito será nomeado entre as pessoas que tenham os necessários conhecimentos técnicos, não podendo estar impedido ou suspeito de realizar seu mister. Serão acolhidos os peritos entre os profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competentes. Os peritos devem comprovar sua especialidade na matéria sobre a qual deverão opinar, mediante certidão do órgão profissional que estiverem inscritos. Quando não houver profissionais qualificados que preencham os requisitos anteriores, a indicação dos peritos será de livre escolha do juiz.

O perito que por dolo ou culpa, fornecer informações inverídicas, este responderá pelos prejuízos que vier causar a parte e ficará inabilitado por dois anos a funcionar em outras perícias e incorrerá em sanção que a lei estabelecer. O perito

pode se escusar-se do encargo alegando motivo legítimo. A escusa deve ser apresentada dentro de cinco dias, contados da intimação ou do impedimento superveniente, sob pena de se reputar renunciado o direito de alegá-la. O perito pode ser recusado por impedimento ou suspeição, conforme arts. 144 e 145 do CPC/2015.

Assim que nomeado o perito, as partes terão o prazo de cinco dias para apresentar seus quesitos e os assistentes técnicos. Não há obrigatoriedade de apresentar os assistentes técnicos, porém, não estão sujeitos a impedimento ou suspeição, uma vez que são de confiança da parte que indicou.

A parte tem a possibilidade de comparecer à diligência da perícia em razão do princípio da publicidade dos atos processuais, conforme prevê o art. 157 do CPC/2015. O laudo do perito será apresentado no prazo indicado pelo juiz, devendo fazê-lo o especialista por vinte dias antes da audiência de instrução e julgamento. Em caso de perda do prazo, sem motivo legítimo, o mesmo poderá ser substituído, além de incorrer em multa fixada, tendo em vista o valor da causa e o prejuízo causado pelo atraso. O magistrado também comunicará a ocorrência à corporação profissional do perito.

O juiz poderá dispensar a prova pericial em alguns casos, conforme prevê o art. 472 da CLT "quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes." No entanto, a dispensa ficará a critério do juiz.

Em caso de perícia complexa, que venha abranger mais de uma área de conhecimento especializado, o juiz poderá nomear mais de um perito e a parte indicar mais de um assistente técnico. O perito tem a liberdade de ouvir informantes, se valendo de outras informações, solicitando ainda documentos que estejam em poder da parte ou em repartições públicas. O laudo poderá ser instruído com plantas, fotografias, desenhos e tudo o quanto for necessário.

Quando o exame versar sobre a autenticidade ou falsidade de documento, ou for de natureza médico-legal, o perito será escolhido preferencialmente entre os técnicos dos estabelecimentos oficiais especializados. O juiz autorizará a remessa dos autos, bem como material sujeito a exame, ao diretor do estabelecimento. Estando o exame por objeto autenticidade da letra e firma, o perito poderá requisitar, para efeito de comparação, documentos existentes em repartições públicas, na falta destes poderá requerer ao juiz que a pessoa a quem se atribuiu a autoria do documento, lance em folha de papel, por cópias ou sob ditado, dizeres diferentes para fins de comparação.

Ressalta-se que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar sua convicção com diversos meios de elementos ou fatos provados nos autos, pois o contrário, perito substituiria a função de julgar do magistrado.

Se a parte desejar esclarecimento do perito, poderá requerer ao juiz que determine seu comparecimento em juízo, formulando quesitos para serem respondidos pelo especialista. O perito só estará obrigado a prestar esclarecimento se for intimado nos cinco dias anteriores à audiência.

4.5 A inspeção judicial

O juiz pode ir diretamente ao local de trabalho do empregado, como por exemplo, para observações de pessoas ou coisas que são objetos dos fatos articulados pelas partes nos autos. É nisso que consiste a inspeção judicial.

De acordo com Moacyr Amaral Santos (1952, p. 491) " a percepção sensorial direta do juiz, a fim de se esclarecer quanto a fato, sobre qualidade ou circunstâncias corpóreas de pessoas ou coisas".

A finalidade da inspeção judicial é de esclarecer ao juiz sobre o fato de interesse de causa, a respeito de pessoas ou coisas, podendo ser realizada em qualquer fase do processo a inspeção judicial, de ofício pelo juiz ou a requerimento da parte, mas a conveniência da sua realização ficará a critério do juiz.

Na conclusão da inspeção, será lavrado o auto circunstanciado do ocorrido, que será juntado aos autos. O auto poderá ser instruído com desenho, gráfico ou fotografia.

Em respeito ao contraditório as partes devem ser intimadas para manifestarem a contar do auto circunstanciado da inspeção judicial no prazo de cinco dias ou no fixado pelo juiz.

5. O ônus da prova no processo do trabalho

De acordo com Almeida (2006) não basta que a parte faça a alegação do fato em face do direito tutelado, a mesma deve convencer o juiz da existência fática do que alega, demonstrando a veracidade do alega ou defenda. Daí se entende do ônus da prova, sendo uma necessidade, pois caso a parte não prove o fato alegado, o magistrado não poderá entendê-lo como verdadeiro em sua decisão.

Quanto a definição de ônus da prova, Schiavi (2015, p. 666) afirma:

Entende por ônus da prova um dever processual que incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito e ao réu

quanto aos fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor, que por sua vez não realizado, gera uma situação desfavorável à parte que detinha o ônus e favorável à parte contrária, na obtenção da pretensão posta em juízo.

Na seara trabalhista o tema encontra-se positivado no art. 818 da CLT, no entanto, cabe ressaltar que segundo o art. 769 do mesmo diploma legal, aplicar-se-á subsidiariamente a normativas processuais civis em casos omissos da legislação trabalhista. Uma vez que a legislação trabalhista possui eficiência limitada, entende-se como necessário o ônus da prova em âmbito trabalhista deve ser analisado de modo conjunto com as várias normas de todo o ordenamento jurídico, propondo uma relação entre os diversos ramos do Direito.

Cabe ressaltar que a subsidiariedade das regras processuais civis em relação às regras processuais trabalhistas só pode ser realizada em casos omissos e observando a compatibilidade da matéria em consonância com o caso concreto.

A descrição do art. 333 do CPC determina que cabe ao autor provar o os fatos constitutivos de seu direito, e ao réu os fatos extintivos, modificativos e impeditivos do direito pleiteado pelo autor, aponta para o conceito subjetivo do ônus da prova. Quanto a objetividade do ônus da prova, esta diz respeito a carga da prova distributiva, por previsão legal e não à pessoa do juiz. (TEIXEIRA FILHO, 1994)

Observa-se que segundo esta classificação, no ônus da prova objetivo não se leva em consideração quem apresentou a prova, haja vista que direciona o processo trabalhista no campo probatório das provas mais especificamente o princípio da comunhão da prova, que entende que uma vez apresentada a prova, esta se vincula ao processo em si e não aos litigantes, podendo ser utilizada e invocada por ambas as partes.

Na relação processual, a parte que possui o ônus possui o interesse direto em dele se desvencilhar, de forma que se não o fizer, não deverá sofrer sanção alguma, possuindo ainda ampla liberdade para executá-lo ou não. Trata-se da liberdade inerente da idealização de ônus.

Em contrapartida, a obrigação consiste na subordinação de um interesse próprio a outro alheio, e sua não observância acarreta a imposição de sanção a parte que não a cumprir, não podendo usufruir de liberdade de escolha entre seu adimplemento ou não. (MARTINS, 2007)

Teixeira Filho citando Carnellutti discorre sobre a diferença entre ônus e obrigação:

Falamos de ônus, quando o exercício de uma faculdade é posto como condição para obter certa vantagem. Por isso, ônus é uma faculdade, cujo exercício é necessário para a consecução de um interesse. Daí o parentesco entre os dois conceitos. Obrigação e ônus têm de comum o elemento formal, consistente no vínculo da vontade, mas diferem entre si quanto ao elemento substancial, porque o vínculo é imposto, quando há obrigação para a tutela de um interesse alheio, enquanto, havendo ônus, a tutela é um interesse próprio. Correlativa à idéia de risco, não à idéia de subordinação, ou sujeição. (TEIXEIRA FILHO, 1994, p. 92)

A incumbência do que trata o ônus diz respeito a necessidade de provar, o que em sua ausência pode implicar no desconhecimento do fato alegado ocasionando um risco em ver negado sua devida prestação. Dessa forma, entende-se que ônus não consiste em obrigação justamente por não haver sanção jurídica para quem não o cumprir.

Em suma, no ônus o sujeito pode ou não adotar a conduta expressa na norma, possuindo liberdade para tal, o que não ocorre na obrigação. O ônus regula interesse do próprio onerado, já a obrigação, regula interesse do titular.

5.1 Da inversão do ônus da prova

A aplicação literal do instituto do ônus da prova pode acarretar prejuízo a parte hipossuficiente da relação jurídica processual, levando em consideração principalmente a questão da dificuldade de acesso a documentos essenciais que podem estar em propriedade da parte contrária.

Visando inibir essa disparidade é que o instituto da inversão do ônus da prova no processo do trabalho tem surgimento. Transfere-se o ônus da prova que recairia sobre o reclamante ao reclamado, levando em consideração que este está mais preparado para apresentar os documentos e informações necessárias à alegação dos fatos.

O referido instituto visa reestabelecer o equilíbrio processual, pois a condição hipossuficiente do empregado o colocara em situação desfavorável em face do empregador, facilitando então o acesso à justiça. Dessa forma, a igualdade preconizada no art. 373 do CPC e o ônus da prova disposto no art. 818 da CLT, deve ser relativizado de modo a garantir ao reclamante maiores condições para atuar na lide, no intuito de alcançar a veracidade da alegação dos fatos para formação do convencimento do juiz. (OLIVEIRA, 2014)

O Tribunal Superior do Trabalho pacificou o entendimento sobre a temática, quais sejam: Súmula nº 06, Súmula nº 212 e Súmula 338 que determinam a inversão do ônus da prova em face do empregador em matérias como equiparação salarial, comprovação de término de contrato de trabalho e registro da jornada de trabalho, uma vez que este possui acesso facilitado a tais documentos.

Para que se opere a inversão do ônus da prova, é imprescindível a observação das seguintes regras: princípio do *in dubio pro misero*, princípio da aptidão para a prova, regras de pré-constituição da prova e as máximas de experiência.

6. Princípio do *in dubio pro misero*

Segundo Leite (2005) esse princípio diz respeito a possibilidade de o juiz, no caso de dúvida razoável fazer a interpretação da prova em favor do empregado, normalmente autor da ação. No entanto, a doutrina é controversa nessa questão, para Valentin Carrion (1993) o referido princípio não existe, mas sim é a proteção a hipossuficiência pela normal legal.

Para Bonfim (2014) o princípio aludido trata-se de direito material, que determina que diante de uma interpretação razoável e diversa, a opção mais favorável deverá ser feita em favor à parte hipossuficiente da relação trabalhista. Em material processual, a crítica está relacionada ao fato do conflito com o princípio do juiz natural, no entanto, em matéria trabalhista não se pode deixar de analisar, em decorrência da posição de disparidade entre as partes litigantes.

Nesse sentido, o julgador, fazendo uso da razoabilidade e da proporcionalidade que lhe é próprio deverá aplicar o princípio do *in dubio pro misero* nos casos de insuficiência ou deficiência de prova, ou ainda quando restar dúvidas acerca do direito material, aplicando a inversão do ônus da prova em favor do empregado.

A aplicabilidade desse princípio deve ocorrer de modo cauteloso. O juiz não deve aplicar de forma automática o ônus da prova ao empregador, sempre que se aplicar o princípio do *in dubio pro operário*. Para que seja aplicada a inversão do ônus da prova deve existir um início de prova a favor do empregado, ou seja, o fato controvertido deve estar parcialmente disposto nos autos.

7. Do princípio da aptidão para a prova

Segundo esse princípio a prova deverá ser juntada ao processo pela parte que melhor detiver condições para a produção, mesmo que os fatos sejam alegado pela parte contrária.

O juiz deve fazer uso das máximas experiências no caso concreto para determinar a parte que terá a incumbência para o ônus de provar a veracidade do fato, em face da aptidão para tal (TEIXEIRA FILHO, 1994). Sendo assim, o princípio da aptidão para a prova se consolida como a inversão do ônus da prova propriamente dito no direito processual do trabalho, de modo que busca inibir as desigualdades processuais entre as partes litigantes.

Entende-se que, com isso, no Processo do Trabalho é essencial a aplicação da inversão do ônus da prova, uma vez que a hipossuficiência do empregado, na maioria dos casos, inviabiliza a produção de provas as quais o empregador está mais preparado para produzir.

7.1 Das regras de pré-constituição da prova

A legislação processual trabalhista determina que alguns atos específicos devem ser formalizados e reduzidos a termo, sendo alguns documentos previamente elaborados por uma das partes.

Dessa forma, a prova pré-constituída se caracteriza como aquela que é elaborada antes da ação, a qual encontra-se em poder de uma das partes, ainda que não tenha a intenção de utilizá-la judicialmente. Portanto, quando a lei determinar que o empregador elabore determinado documento relacionado a relação trabalhista, o ônus de apresentá-lo em juízo será atribuído a este, ainda que os fatos alegados sejam a favor do empregado. (MARTINS, 2008)

Portanto, conclui-se que diante da imposição legal para que a parte preconstitua a prova, esta deverá juntar aos autos ainda que seja de interesse da parte contrária. Sendo assim, a regra da pré-constituição da prova possui caráter preparatório na ação trabalhista, e tem por intenção assegurar um direito, seja do empregado ou do empregador.

7.2 Do momento da inversão do ônus da prova

O momento para inversão do ônus da prova está ligado com a indagação quanto ao momento em que o juiz deve decidir acerca da inversão do ônus da prova. A doutrina não segue de forma unânime quanto a essa resposta. Uns entendem que seja a regra de julgamento e decididos, no entanto, somente na sentença sob pena de prejulgamento. Outros pensam que trata-se da inversão do ônus da prova uma regra de atividade, sob pena de sua não indicação na fase instrutória por parte do juízo caracterizar cerceamento de defesa e por corolário violação ao devido processo legal.

Nesse sentido, temos o ensinamento de Edilton Meireles citado por Leite (2015, p. 731-732):

O disposto no art. 6º, inciso VIII, do CDC não estabelece uma simples regra de julgamento, mas, sim, um comando que prevê um procedimento a ser adotado pelo juiz, vinculado às atividades a serem desenvolvidas pelas partes, especialmente pelo réu-fornecedor, ao se impor a este um ônus processual que ordinariamente não lhe seria exigível. A partir dessa decisão, o juiz estaria autorizado, para compatibilizá-la à atividade procedimental, a inverter os demais encargos processuais, como, por exemplo, em relação ao ônus pecuniário da realização da perícia quando determinada de ofício, numa verdadeira alteração da regra estabelecida no art. 33, in fine, do CPC que impõe ao autor esse encargo. Assim, o juiz estaria, a partir dessa inversão do ônus da prova, autorizado a adotar todas as providências procedimentais necessárias à efetivação desse direito do autor-consumidor. Seria, portanto, uma regra de atividade e não uma regra de julgamento [...]. Assim, por exemplo, na reclamação trabalhista onde seja necessária a realização de prova pericial para comprovar o labor em condições perigosas, sendo o reclamante hipossuficiente, deve o juiz inverter o ônus da prova, incumbindo à demandada o ônus de comprovar o fato contrário. Evidentemente que o juiz deve verificar se o fato alegado na inicial é verossímil, pois a não comprovação das afirmações do réu, em sua defesa, acarretará a presunção de veracidade do aduzido pelo autor, o que pode conduzir a uma aberração jurídica, que repugna a consciência comum, em não existindo dita verificação.

Ainda, cabe mencionar que segundo afirma Leite (2015) determina que cabe a juiz fundamentar a sentença e fundamentar também sua decisão de inverter o ônus da prova, em consonância com os demais princípios do devido processo legal.

O CPC em seu art. 373, parágrafo terceiro, parte final, determina que quando o juiz atribuir de modo diferente do legalmente previsto deverá fazê-lo por decisão fundamentada, caso em que deverá dar a oportunidade de se desincumbir do encargo que lhe foi atribuído, fazendo-o, naturalmente, pela via da advertência prévia, evitando, assim surpresas que somente se revelariam por ocasião da sentença. (CESÁRIO, 2015)

Por fim, ressalta-se que a adoção da inversão do ônus da prova em instância extraordinária é vedada, uma vez que não há espaço nesta instância para reexame de fatos.

8. Considerações finais

Entende-se que o direito processual do trabalho tem por propósito corrigir as desigualdades, deve-se evitar que o litigante economicamente mais forte se sobreponha ao hipossuficiente, simplesmente por ser o economicamente mais forte. E além dos princípios, a inversão do ônus da prova se consolida como ferramenta para evitar a disparidade na relação processual.

A prova tem o viés de estabelecer a verdade, extrair a certeza de algo. E para tanto, se utiliza de meios lícitos para restar claro sua autenticidade. No entanto, nem sempre as provas serão capazes de formar o convencimento do juiz, seja por serem precárias ou até mesmo por inexistentes. Portanto, em face de sua discricionariedade, o julgado diante da impossibilidade de julgar a lide, poderá utilizar-se da inversão do ônus da prova.

O referido instituto tem como máxima a eliminação do desequilíbrio existente entre o empregado e o empregador, em face da hipossuficiência daquele em face deste. Sendo assim, entende-se como necessária a aplicabilidade do referido instituto, com vistas a manter as relações processuais trabalhistas equilibradas, visando combater a desigualdade, fazendo jus ao princípio da igualdade preconizado constitucionalmente.

9. Referências

ALMEIDA, Cléber Lúcio de, **Direito Processual do Trabalho**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BONFIM, Vólia. **Direito do Trabalho**. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, 2014.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º mai. 1943. **Consolidação das leis do trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em 28 nov. 2020.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 626.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Traduzido por Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2001.

CESÁRIO, João Humberto. **Provas no Processo do Trabalho**. 1. ed. Cuiabá: JHC, 2015.

GIGLIO, Wagner. **Direito processual do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Ltr, 1984; 12 ed. Saraiva, 2002.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2010.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. v. 2. Tocantins: Intelectus, 2003.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito Processual do Trabalho – Doutrina e Prática Forense**. 28. Ed. 2 reimpressão. São Paulo: Atlas. 2008.

MILHOMENS, Jonatas. **A prova no processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

OLIVEIRA, Francisco Antônio. **A Prova no Processo do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2014.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A Prova no Processo do Trabalho**. 7. Ed. São Paulo LTr, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

VIANA, Márcio Túlio. **Critérios para a inversão do ônus da prova no processo do trabalho**. Revista Ltr. São Paulo, v.58, n.7, p. 1218-1224, jul. 1994.