

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1067

(Ano XIV)

(15/01/2022)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

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

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, 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



É válida cláusula de reajuste de mensalidade de plano de saúde em razão da mudança de faixa etária do beneficiário?

Tamires Toledo, 07.

ARTIGOS

Análise da natureza do rol de Agravo de Instrumento no novo CPC sob a perspectiva da decisão de exceção de competência

Daniela Costa Soares, 11.

A importância da inclusão e regulamentação do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro para o respeito da autonomia da vontade do paciente

Hilberth Sousa de Oliveira, 21.

Tráfico de Pessoas

Fernanda Oliveira Silva, 40.

A efetividade do direito penal e processual penal sob a ótica do pragmatismo

Stella Soutto Mayor Totoli, 50.

Pessoas pretas e pardas em certames públicos e o subjetivismo das comissões de heteroidentificação: a judicialização do colorismo nos tribunais brasileiros

Bruno Rafael Paixão Medrado, 67.

O Estudo de Impacto Ambiental e sua incompatibilidade com as operações urbanas consorciadas

Ivan Oliveira Loureiro de Carvalho, 78.

O princípio da proporcionalidade e a sua aplicação no processo administrativo disciplinar.

Thaís Maria Amorim Pinto de Sousa, 109.

Os critérios de adjudicação a serem observados a luz do novo regime jurídico de formação e execução dos contratos públicos.

Wilson Carlos Mucapola, 118.

Da retomada da decretação da prisão civil do devedor de alimentos

Eduardo Luis Grosso, 136.

O princípio da seletividade do direito tributário com foco em concursos públicos

Jorge Henrique Sousa Frota, 143.

Herança digital: conflito entre o direito à sucessão e o direito a intimidade e a vida privada do de cujus

Matheus Mendes Fernandes, 153.

Análise acerca do trabalho análogo ao escravo na indústria da moda internacional

Daniel Gonçalves Barbosa, 165.

A (in)eficácia do Estatuto do Desarmamento na redução de homicídios

Dionizio Cesar Dos Reis Calderaro Filho, 180.

Lei Mariana Ferrer: uma consolidação necessária da doutrina de direitos humanos, principalmente relativas às garantias da mulher

Thaís Maria Amorim Pinto de Sousa, 194.

União poliafetivas e seu possível reconhecimento como entidade familiar no Brasil

Brwnno Gomes Da Silva, 204.

(In)aplicabilidade da teoria geral da imprevisão em tempos de pandemia

Lucas Santos Martins, 234.

A judicialização das redes sociais: uma análise acerca da relativização da liberdade de expressão em face do controle patronal no Direito do Trabalho

Jhonatas Aleixo Setubal e João Victor Barbosa Costa, 247.

É VÁLIDA CLÁUSULA DE REAJUSTE DE MENSALIDADE DE PLANO DE SAÚDE EM RAZÃO DA MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA DO BENEFICIÁRIO?

TAMIRES TOLEDO: Advogada integrante do escritório Battaglia & Pedrosa Advogados www.bpadvogados.com.br, formada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e graduada em Ciência Política pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) fixou entendimento sobre a validade do reajuste de plano de saúde **individual ou familiar** fundado na mudança de faixa etária do beneficiário desde que observados determinados requisitos.

A tese fixada pelo STJ sob o tema 952 que reputa como válida a cláusula de reajuste da mensalidade em razão da faixa etária desde que preenchidos certos requisitos, tem como um de seus fundamentos o **equilíbrio econômico financeiro** das operadoras de planos de saúde, uma vez que o seu bom funcionamento impacta positivamente toda coletividade.

Por outro lado, eventual estado de insolvência dessas operadoras, acarretaria malefícios de elevado impacto social no tocante à saúde suplementar.

QUAIS REQUISITOS DEVEM SER OBSERVADOS PELAS OPERADORAS AO REAJUSTAR A MENSALIDADE EM RAZÃO DA MUDANÇA NA FAIXA ETÁRIA?

- expressa previsão contratual;
- observância das normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores;
- **não** aplicação de percentuais desarrazoados ou aleatórios que onerem excessivamente o consumidor;
- base atuarial idônea;
- **não** discriminação do idoso.

REGRAS DE REAJUSTE PARA CONTRATOS NOVOS

Os chamados contratos novos são aqueles firmados a partir de 1º janeiro de 2004, ou seja, na vigência da Lei nº 9.656/98 e do Estatuto do Idoso, aos quais são aplicáveis as normas da Resolução Normativa nº 63/2003 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

A referida Resolução determina a adoção de dez faixas etárias, organizadas da seguinte forma:

I - 0 (zero) a 18 (dezoito) anos;
II - 19 (dezenove) a 23 (vinte e três) anos;
III - 24 (vinte e quatro) a 28 (vinte e oito) anos;
IV - 29 (vinte e nove) a 33 (trinta e três) anos;
V - 34 (trinta e quatro) a 38 (trinta e oito) anos;
VI - 39 (trinta e nove) a 43 (quarenta e três) anos;
VII - 44 (quarenta e quatro) a 48 (quarenta e oito) anos;
VIII - 49 (quarenta e nove) a 53 (cinquenta e três) anos;
IX - 54 (cinquenta e quatro) a 58 (cinquenta e oito) anos;
X - 59 (cinquenta e nove) anos ou mais.

Conforme tabela acima, a última faixa etária que admite reajuste é a de 59 anos, sendo vedado que o valor fixado para a última faixa etária seja superior a seis vezes ao valor previsto para primeira.

A ANS também determina que a variação acumulada entre a sétima e a décima faixas não pode ser superior à variação acumulada entre a primeira e sétima faixas.

REGRAS DE REAJUSTE EM RAZÃO DA FAIXA ETÁRIA EM CONTRATOS ANTIGOS E NÃO ADAPTADOS À LEI

Os contratos antigos são aqueles firmados antes da vigência da Lei dos Planos de Saúde (Lei nº 9.656/1998). Neste caso, as regras de reajuste da cláusula de mensalidade devem respeitar o constante no contrato, com observância da Súmula Normativa 3/2001 da ANS e do Código de Defesa do Consumidor.

REGRAS DE REAJUSTE EM RAZÃO DA FAIXA ETÁRIA EM CONTRATOS FIRMADOS OU ADAPTADOS À LEI Nº 9.656/98 ENTRE 1º DE JANEIRO DE 1999 E 31 DE DEZEMBRO DE 2003:

Nos contratos assinados na vigência da Lei nº 9.656/98 e antes da vigência do Estatuto do Idoso, ou seja, entre janeiro de 1999 e dezembro de 2003, as faixas etárias e os percentuais de variação devem estar expressos no contrato, respeitando as faixas etárias previstas na Resolução CONSU nº 06/98.

Referida Resolução prevê sete faixas etárias e estabelece que o preço da última faixa (70 anos ou mais) poderá ser, no máximo, seis vezes maior que o preço da faixa inicial (0 a 17 anos).

Ademais, nos termos da Lei nº 9.656/98, o reajuste de mensalidade por mudança de faixa etária não poderá atingir o usuário com 60 (sessenta) anos ou mais de idade, que participa de um plano há mais de 10 (dez) anos.

REGRAS DE REAJUSTE EM RAZÃO DA FAIXA ETÁRIA EM PLANOS DE SAÚDE COLETIVOS

É importante ressaltar que a aplicabilidade do entendimento fixado no STJ sob o Tema 952 refere-se ao plano de saúde **individual** ou **familiar**.

A validade do reajuste da mensalidade em razão da faixa etária nos planos de saúde **coletivos** ainda é tema de discussão, estando a questão sob a pendência de julgamento sob o rito dos recursos repetitivos perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ). A questão submetida a julgamento tem por finalidade fixar entendimento sobre dois pontos, quais sejam:

(a) Validade de cláusula contratual de plano de saúde **coletivo** que prevê reajuste por faixa etária; e

(b) Ônus da prova da base atuarial do reajuste.

Dada a relevância do assunto e o impacto social e econômico dele decorrentes, o julgamento em questão é muito aguardado, tendo sido realizada audiência pública em 10 de fevereiro de 2020, oportunidade em que o Superior Tribunal de Justiça ouviu pessoas e representantes de entidades com experiência e conhecimento na matéria debatida no presente Tema Repetitivo para subsidiar a fixação de sua tese.

ANÁLISE DA NATUREZA DO ROL DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NO NOVO CPC SOB A PERSPECTIVA DA DECISÃO DE EXCEÇÃO DE COMPETÊNCIA.

DANIELA COSTA SOARES: Bacharel em Fisioterapia pela UCSAL. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim. Pós-Graduada em Direito Processual pela PUC Minas Virtual. Técnico Judiciário da Justiça do Trabalho da 17ª Região.

INTRODUÇÃO

O código de Processual Civil de 2015 promoveu profundas alterações no sistema recursal brasileiro. O objetivo da reforma era priorizar a razoável duração do processo, simplificando o complexo de recursos. Uma das medidas que impactou o novo sistema foi a limitação de cabimento do Agravo de Instrumento, uma vez que o acolhimento indiscriminado do recurso no código de 1973 impactou negativamente no rendimento dos Tribunais Superiores.

Pelas razões acima expostas o legislador relacionou as hipóteses impugnáveis de imediato através de Agravo de Instrumento no artigo 1.015 do CPC/15 e prorrogou o exame das demais decisões interlocutórias na fase de conhecimento para a preliminar de apelação. A limitação, entretanto, gerou grande divergência doutrinária quanto à natureza do rol. Apesar da parcela majoritária da doutrina entender pela taxatividade da relação, resultou em grande divergência quanto a possibilidade ampliação daquele rol e qual a perspectiva aplicável para tanto.

O presente artigo intenciona analisar a natureza da relação do artigo 1.015 do Estatuto Processual Civil, sobretudo sob a perspectiva da decisão interlocutória que resolve sobre a incompetência. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do tema 988, em sede de recurso repetitivo, fixou a tese de que o rol do artigo 1.015 do CPC é taxativo mitigado, reconhecendo a possibilidade de se atacar a decisão interlocutória sobre incompetência de imediato, porque verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão na apelação.

Apesar da fixação da tese vinculante, antes da decisão supra foi possível observar dois posicionamentos divergentes no mesmo órgão. O primeiro, da 4ª Turma que concluiu pela possibilidade de interposição de agravo de instrumento contra decisão que versa sobre incompetência por interpretação analógica ou extensiva da norma contida no inciso III do art. 1.015 do CPC/15, em razão da semelhança da *ratio decidendi*. A segunda turma do mesmo órgão, de maneira diversa, definiu que a interpretação do artigo deve ser

restritiva, sendo impossível o alargamento das hipóteses para contemplar situações não previstas taxativamente na lista estabelecida para o cabimento do Agravo de Instrumento.

Além das divergências jurisprudenciais, serão analisados os posicionamentos doutrinários a respeito do tema. São três as teses mais conhecidas: (i) a relação é taxativa e, portanto, não cabe qualquer esforço interpretativo fora daquelas hipóteses; (ii) o rol é taxativo, mas cabe interpretação extensiva por semelhança entre as *ratios decidendis*; (iii) o rol é taxativo, mas cabe interpretação extensiva por analogia.

1. APRESENTAÇÃO DO CASO

A decisão do Recurso Especial nº 1.704.520 – MT, no tema repetitivo 988, utilizada como paradigma, fixou a tese jurídica que o rol disposto no artigo 1.015 do CPC reflete uma taxatividade mitigada, de modo que admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

A questão tratada no julgamento em análise era uma ação de rescisão contratual. O juízo cível de Mato Grosso acolheu a exceção de incompetência interposta e determinou a remessa do processo à comarca do Rio de Janeiro/RJ, em razão de inexistência de nulidade de cláusula de eleição de foro. O Tribunal de Justiça de Mato Grosso, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, mantendo a decisão unipessoal que não conheceu do agravo de instrumento interposto, sob o argumento que não é cabível o recurso de agravo de instrumento fora das hipóteses taxativas previstas no art. 1.015 do NCPC.

O Recurso Especial, processado e julgado sob o rito dos recursos repetitivos, objetivava identificar a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15 e analisar a possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa. Especialmente, no caso em cotejo, se debateu a possibilidade de aplicabilidade do artigo 1.015 para permitir a revisão imediata de decisão de incompetência. A tese do Recurso Especial se fundamenta na impossibilidade a questão relacionada à competência aguardar o reexame apenas quando for julgada a apelação, uma vez que a tramitação do processo em juízo incompetente acarretaria danos à atividade judiciária e prejuízo às partes.

No capítulo que denominou exame da natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC, a partir do modelo constitucional de processo e normas fundamentais previstas no CPC/15, a relatora destacou que o direito processual civil deve ser interpretado à luz da Constituição Federal, pontuando especialmente a necessidade de se analisar o rol sob a perspectiva da concepção contemporânea do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Em seguimento, definiu que nas hipóteses de o pronunciamento jurisdicional se exaurir de plano ou gerar situação jurídica de difícil ou impossível reparação, é indispensável que a matéria seja reexaminada de imediato. Destaca a nocividade de adiar o julgamento nestas hipóteses, ainda que não haja preclusão da matéria, exemplificando com a questão relacionada a competência que resulta em dano não só para a parte, mas também ao judiciário, uma vez que o julgamento tramitará por longo período em juízo incompetente. Vejamos:

O exemplo mais evidente dessa circunstância nociva é, sem dúvida, a questão relacionada à competência, pois não é crível, nem tampouco razoável, que o processo tramite perante um juízo incompetente por um longo período e, somente por ocasião do julgamento da apelação (ou, até mesmo, de recurso especial nesta Corte) seja reconhecida a incompetência e determinado o retorno ao juízo competente para os fins do § 4º do art. 64 do CPC/15 (STJ, RECURSO ESPECIAL: REsp 1.704.520 - MT. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 04/06/2018, 2018).

Foi realizada ainda uma apreciação quanto à exposição de motivos do Projeto de Lei que resultou no Código do Processo civil de 2015. Verificou-se que resta claro que a intenção do legislador foi definir um rol exaustivo de hipóteses que ensejariam a recorribilidade imediata na fase de conhecimento. A partir da análise supra, aliada ao estudo do texto legal, a relatora concluiu que a restrição da recorribilidade imediata das decisões interlocutórias inserida no artigo 1.015 do Código de processo civil pretendia proteger os incidentes que não poderiam aguardar o recurso de apelação sem maiores prejuízos.

Por fim, modulou os efeitos da decisão, de modo a garantir que não haveria prejuízos às partes. Estabeleceu que a tese jurídica somente seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do acórdão.

2. REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA

De maneira diversa da decisão paradigma, a 4ª Turma do STJ, no acórdão prolatado nos autos REsp: 1679909 RS 2017/0109222-3, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, acolheu o agravo de instrumento interposto, aplicando uma interpretação analógica ou extensiva da norma contida no inciso III do art. 1.015 do CPC/2015, sob o argumento que ambas possuem a mesma *ratio decidendi*, qual seja, afastar o juízo incompetente para a causa, permitindo que o juízo natural e adequado julgue a demanda.

O julgamento foi realizado em razão de uma exceção de incompetência, ao argumento de que a causa versava sobre contrato de adesão com cláusula abusiva de

eleição de foro. O magistrado de piso afastou a exceção declinatória de foro por não se tratar de relação de consumo, mas de dívida comercial. Interposto agravo de instrumento, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul negou provimento ao recurso, sob a alegação de que a hipótese não está contemplada no artigo 1.015 do Código de Processo reformado.

Irresignados, os recorrentes interpuseram Recurso Especial, com fulcro na alínea a do permissivo constitucional, por vulneração ao art. 1.046, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015, aduziram que deve ser utilizada, por aplicação analógica, a previsão constante no artigo 1.046, § 1º, do CPC/15, no sentido de que a legislação revogada – que previa a interposição de Agravo de Instrumento, se aplica em relação a ato processual posterior à entrada em vigor do novo diploma.

O relator definiu que a norma processual de regência do recurso é o Novo Código de Processo Civil, em razão da aplicabilidade imediata das regras processuais, não retroagindo somente em relação aos atos já praticados, em conformidade com os Enunciados Administrativos 2 e 3 do STJ. Definiu ainda que não se aplica, à hipótese, o art. 1.046, § 1º, do NCPC pela mesma razão supra.

Quanto à definição do recurso cabível da decisão interlocutória que define a pretensão relativa à incompetência relativa, sustentou que o rol previsto no artigo 1.015 é taxativo, entretanto a taxatividade não impede a interpretação extensiva. Destacou a necessidade de se interpretar o inciso III do art. 1.015 do CPC para abranger as decisões interlocutórias que versam sobre competência sejam absolutas ou relativas, sob o argumento de que o foro de eleição e a convecção de arbitragem são exemplos de negócios jurídicos processuais e relacionam-se com a competência do órgão jurisdicional.

O Ministro Luis Felipe Salomão fundamentou que as *ratios decidendis* da incompetência relativa e da convecção de arbitragem são muito semelhantes e que em razão do princípio da igualdade devem ser tratadas de maneira semelhante, uma vez que ambas têm por objetivo, afastar o juízo da causa. A segunda razão aventada foi a possível perda da utilidade da decisão, caso fosse postergada por ocasião do julgamento da apelação, uma vez que o processo já teria tramitado perante o juízo territorialmente incompetente e a decisão não poderia ser invalidada.

Em sentido diverso às demais decisões analisadas, a 2ª Turma do STJ no acórdão de relatoria do ministro Herman Benjamin julgou o Recurso Especial 1.700.308-PB, cuja discussão se fundava na interpretação do art. 1.015 do Novo CPC. Nas suas razões, o agravante argumentou que independentemente do rol exaustivo do artigo 1.015 a matéria relativa à incompetência da Justiça Federal pode ser apreciada em sede de agravo de instrumento por interpretação extensiva, para abarcar situações que, embora não previstas no referido artigo, na essência, há identidade com as hipóteses ali previstas.

O relator definiu que a interpretação do artigo 1015 do CPC deve ser restritiva, sendo impossível o alargamento das hipóteses para contemplar situações não previstas taxativamente na lista estabelecida para o cabimento do Agravo de Instrumento, sob o argumento que o Código de Processo Civil de 2015 objetiva estimular a celeridade e a razoabilidade da marcha processual, restringindo as hipóteses de interposição do Agravo de Instrumento, mesmo entendendo que o sistema merece críticas.

Note-se que, por opção político-legislativa, o CPC de 2015 traz um rol taxativo de hipóteses ensejadoras de agravos de instrumento na fase de conhecimento. Fora dele, refiro-me ao rol do 1.015, não há falar em cabimento do agravo. Ressalte-se, outrossim, não se cogitar pertinente a chamada "interpretação extensiva" defendida alhures, porquanto briga com o flagrante intento do legislador em reduzir o número de agravos de instrumento em tramitação nos tribunais do país. É certo que esse novo sistema de recorribilidade das interlocutórias revisita feição preconizada pelo CPC de 1939, e que merecera críticas severas da doutrina à época. Ainda que existam reservas, mais uma vez, à opção envidada pelo legislador atual, cuida-se de estabelecimento expresso, *em "numerus clausus"*, de hipóteses de cabimento do recurso por instrumento, não sendo dado desbordar dos limites da previsão legal. (STJ, RECURSO ESPECIAL. REsp 1700308 PB 2017/0244610-6. Relator Ministro Herman Benjamin.DJ: 17/04/2018).

A 2ª Turma do STJ afastou ainda a interpretação de equiparação da hipótese contida no inciso III do referido artigo, à discussão em torno da competência do juízo. O julgador definiu que a validade da convenção, a adequação das partes ou qualidade do juízo arbitral são questões diferentes da determinação da competência jurisdicional estabelecida pela lei ou pela Constituição.

3. ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO

O Código de Processo Civil 2015 alterou substancialmente o sistema recursal que vigia até 2015. As alterações realizadas simplificaram o complexo de recursos com o fito de estimular a celeridade processual. Nesta perspectiva, foi excluído do Código de Processo o Agravo retido e o agravo de instrumento, na fase de conhecimento, passou a ser permitido apenas nas hipóteses previstas em lei. Em razão da alteração mencionada e a fim de evitar possíveis restrições do direito de defesa o sistema de preclusões também foi modificado, de maneira que todas as decisões antes da sentença, exceto aquelas agraváveis de imediato, poderão ser impugnadas a apelação.

De acordo com o Código de Processo Civil 2015 caberá agravo de instrumento das decisões interlocutórias dispostas no seu artigo 1.015 ou daquelas hipóteses expressamente previstas em lei. Diante da mudança, criou-se uma grande divergência doutrinária acerca da melhor interpretação a ser firmada sobre o rol. Foram três as teses mais discutidas na doutrina: (i) se a relação era taxativa e, portanto, não caberia qualquer esforço interpretativo fora daquelas hipóteses, (ii) se apesar de taxativa caberia interpretação extensiva por semelhança entre as ratios decidendis, (iii) se apesar de taxativa caberia interpretação extensiva por analogia.

São defensores da primeira teoria, Araken de Assis, Eduardo Arruda Alvim, Daniel Willian Granado, Eduardo Aranha Ferreira e Wiliam Santos Ferreira. Assis (2017, p. 463) define que o cabimento do Agravo de Instrumento está limitado às hipóteses enumeradas no artigo 1.015 do CPC. Desta maneira, a princípio, não caberia Agravo de Instrumento de decisão interlocutória relativa à incompetência. Na mesma linha, Alvim et al (2019, p.1.216 a 1.218) estabelecem que o próprio legislador classificou as hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento, sem possibilidade de revisão. Apesar do posicionamento restritivo, crítica a omissão do legislador quanto a algumas situações, especificamente quando a alegação de incompetência for rejeitada em primeiro grau, uma vez que o reconhecimento posterior da incompetência, acarretará a invalidação de todos os atos processuais, em franco desrespeito à razoável duração do processo. Ferreira (2017, p. 193 a 203) define que há uma taxatividade fraca, decorrente da definição de recorribilidade geral das interlocutórias, uma vez que o agravante tem o ônus de demonstrar que é necessário o agravo de instrumento em razão da inutilidade de interposição e julgamento futuros de apelação.

Didier e Cunha (2019, p. 264) entendem que o rol previsto no artigo 1015 do CPC é taxativo, entretanto, destacam que sua taxatividade não é incompatível com a interpretação extensiva. Para confirmar a sua tese, os autores enumeram uma série de hipóteses em que a enumeração taxativa comporta interpretação extensiva, quais sejam: a lista de serviços que sofre incidência de ISS disposta do Decreto Lei 406/68, as hipóteses de recursos estritos definidos no artigo 581 do Código de Processo Penal, além das hipóteses de cabimento de rescisórias do artigo 485 do antigo CPC de 1973.

Na visão dos estudiosos a interpretação extensiva ocorre por “comparações e isonomações”. Nesta perspectiva, no que diz respeito à decisão que examina incompetência, estabelecem que se assemelha àquela que rejeita a alegação de convenção de arbitragem. De maneira que se é agravável a decisão rejeita a alegação de convenção de arbitragem, também deverá ser a que trata de incompetência, seja ela relativa ou absoluta, sob pena de se ferir o princípio da isonomia (DIDIER JUNIOR, 2019, p. 264).

De maneira semelhante, Neves (2021, p. 1.682 a 1.683) e Marinone et al, (2017, p. 923) defendem que a relação do artigo 1015 do CPC é taxativa, mas comporta

interpretação ampliada através da analogia. Conforme leciona Neves “uma forma aparentemente segura de interpretação analógica é exigir que as hipóteses de cabimento respeitem o princípio da isonomia”. Apesar de concordar que foi um equívoco do legislador não incluir como recorrível por agravo de instrumento as decisões interlocutórias que versam sobre competência, o autor diverge da posição de Didier e Leonardo Carneiro quanto à possibilidade de incluí-las no rol por interpretação extensiva. O especialista considera que o entendimento tornaria uma regra legal específica em geral.

4. ANÁLISE CRÍTICA

A tese fixada pelo STJ no tema repetitivo 988 de que o rol disposto no artigo 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, admitindo a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação, foi muito bem analisada e respeitou a vontade legislativa, realizando adequações necessárias à sua aplicabilidade.

O estudo histórico do direito, sobretudo do Código de Processo Civil de 1939, aponta que dificilmente um rol taxativo é capaz de enumerar todas as circunstâncias ensejadoras da sua razão de ser. No caso do CPC de 39 a limitação das circunstâncias agraváveis de imediato resultou no crescimento da utilização do Mandado de Segurança como sucedâneo recursal. A medida, entretanto, pode impactar ainda mais negativamente o desempenho dos tribunais, em razão do prazo dilatado para interposição, gerando resultado diverso daquele pretendido pelo legislador: melhorar a produtividade dos Tribunais Superiores.

No julgamento que deu origem ao tema repetitivo 988 é possível verificar grande cuidado em respeitar a vontade política do legislador. O parâmetro de urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação foi utilizado pelo legislativo na fixação das hipóteses da listagem do artigo 1.015 do CPC. Entretanto, o parâmetro utilizado para ampliação do rol de hipóteses recorríveis de imediato é bastante elástico, por conter conceito jurídico indeterminado, ficando a cargo do julgador analisar quando o caso comporta urgência e quando é possível aguardar o julgamento da questão no recurso de apelação.

O tema central da análise da natureza do rol do artigo 1.015 do Codex processual é equacionar o princípio da razoável duração do processo com o caro princípio do acesso à justiça. Se a taxatividade absoluta do rol ofende o acesso à justiça, a sua ampliação irrestrita impactará negativamente na razoável duração do processo, prejudicando a tutela jurisdicional adequada.

É possível, que diante da existência de um parâmetro ampliativo de difícil determinação, como o fixado pelo STJ, qual seja a urgência, surjam diversas dúvidas quanto

à aplicabilidade do agravo de instrumento ou se amplie de maneira indiscriminada as hipóteses ali elencadas. Em qualquer das possibilidades, a vontade legislativa restaria desrespeitada, tendo em vista que ela se fundamenta na necessidade de simplificar o sistema recursal e promover a melhora do aproveitamento dos Tribunais Superiores.

Neste sentido, se revela mais adequada a solução defendida pelo Ministro Luis Felipe Salomão na decisão do voto vencedor do REsp: 1679909 RS 2017/0109222-3 da 4ª Turma do STJ. Na decisão supra, o relator fixou como parâmetro ampliativo a *ratio decidendi*, no mesmo sentido dos ensinamentos de Fredie Didier. Neste caso, caberia ao julgador analisar se em cada caso concreto haveria a mesma razão de decidir das hipóteses elencadas no artigo 1.015 do CPC, fixando, portanto, um parâmetro mais objetivo, o que contribuiria tanto com a limitação do rol, quanto com a segurança jurídica, em razão da maior objetividade do parâmetro indicado.

5. CONCLUSÃO

Em razão da profunda alteração produzida pelo código de Processo Civil 2015 no sistema recursal brasileiro, com a limitação das hipóteses impugnáveis de imediato através de Agravo de Instrumento, foi necessário definir a natureza da relação disposta no artigo 1.015 do Código de Processo Civil e suas possíveis consequências.

A doutrina e a jurisprudência são uníssonas em reconhecer que o legislador optou por limitar em um rol taxativo as hipóteses de cabimento de Agravo de Instrumento, postergando a recorribilidade das demais decisões para a apelação. Outro ponto de grande convergência da doutrina foi quanto à grande chance de falha da técnica adotada, tendo em vista a dificuldade de se listar todas as hipóteses que não podem aguardar a análise da apelação sem prejuízo às partes.

Diante das premissas supra, a doutrina desenvolveu teses capazes de garantir o respeito à vontade legislativa sem resultar em prejuízo ao sistema recursal brasileiro. Definida a taxatividade do rol do 1.015 do CPC, os doutrinadores discutiram se a taxatividade da relação comportava ampliação e se o alargamento ocorreria por analogia ou pela semelhança da *ratio decidendi*.

O presente artigo analisou a aplicação recorribilidade imediata de decisão interlocutória de exceção de incompetência. Nesta perspectiva, Didier defende a recorribilidade imediata da decisão por comparações e isonomia, em razão da semelhança da *ratio decidendi* àquela que rejeita a alegação de convenção de arbitragem, posição adotada 4ª Turma do STJ, na solução do REsp: 1679909 RS 2017/0109222-3.

Não obstante o posicionamento da doutrina, o Superior Tribunal de Justiça fixou em sede de recurso repetitivo, a tese vinculante de que o rol do artigo 1.015 do CPC é

taxativo mitigado, reconhecendo a possibilidade de se atacar a decisão interlocutória sobre incompetência de imediato, porque verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão na apelação. Desta maneira resta definido como parâmetro a ser utilizado para ampliação das hipóteses dispostas no artigo 1.015 do CPC o requisito da urgência.

A utilização de um conceito jurídico indeterminado como parâmetro ampliativo pode resultar na multiplicação de julgamentos sobre o tema. Desta maneira, em que pese a qualidade da técnica de julgamento seria mais adequada a fixação de um parâmetro mais objetivo, como a semelhança da *ratio decidendi*, nos termos daquele aplicado no REsp: 1679909 RS 2017/0109222-3 da 4ª Turma do STJ.

REFERÊNCIAS

ALVIM, E. A.; FERREIRA, D. W. G. E. E. A. **Direito processual civil 2**. 6. ed. São Paulo: Granado, 2019. 1.

ASSIS, A. D. **Manual dos Recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. 463 p.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 12 jan. 2020.

DIDIER JUNIOR, F. E. L. C. D. C. **Curso de Direito Processual Civil**. 17. ed. Salvador: Juspodivm, v. 3, 2020.

FERREIRA, W. S. Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade – O direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias in Revista de Processo. **Revista de Processo nº 263**, São Paulo, jan 2017.

MARINONE, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIERO., D. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2017.

NEVES, D. A. A. **Manual de Direito Processual Civil**. 13ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

STJ. RECURSO ESPECIAL : REsp 0000053-12.2016.8.21.0114 RS 2017/0109222-3. Relator Luis Felipe Salomão. DJ: 14/11/2017. **JusBrasil**, 01 dez. 2018. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549846394/recurso-especial-resp-1679909-rs-20170109222-3/inteiro-teor-549846403>>. Acesso em: 03 jan. 2020.

STJ. RECURSO ESPECIAL. REsp 1700308 PB 2017/0244610-6. Relator Ministro Herman Benjamin. DJ: 17/04/2018. **Jusbrasil**, 23 maio 2018. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860172178/recurso-especial-resp-1700308-pb-20170244610-6/inteiro-teor-860172188>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.704.520 - MT. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ:

04/06/2018. **JusBrasil**, 30 maio 2018. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/585233301/recurso-especial-resp-1704520-mt-20170271924-6>>. Acesso em: 03 jan. 2021.

A IMPORTÂNCIA DA INCLUSÃO E REGULAMENTAÇÃO DO TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO PARA O RESPEITO DA AUTONOMIA DA VONTADE DO PACIENTE

HILBERTH SOUSA DE OLIVEIRA:

Bacharelado em Direito pela
Universidade Nilton Lins.

BRENDA REIS DOS ANJOS¹

(orientadora)

RESUMO: O presente trabalho propõe uma apresentação do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro e a sua importância para o respeito da autonomia do paciente. Diferente dos outros tipos de testamentos já regulados no Código Civil, este, é garantidor da livre vontade de escolha do indivíduo que encontra-se com uma doença terminal ou incapacitado de manifestar sua vontade quanto aos tratamentos médicos que deseja receber ou não, pois é sabido que com o avanço da medicina, é possível um prolongamento de vida de forma artificial utilizando aparelhos e remédios inibidores de dor, devendo ser diferenciado também os conceitos das práticas de eutanásia, ortotanásia e distanásia, e ser abordado os princípios norteadores do biodireito, e o da dignidade da pessoa humana, princípio chave para um Estado Democrático de Direito, e regulado na Constituição Federal Brasileira de 1988. Objeto de estudo se faz presente análises bibliográficas e doutrinadores que já abordaram o assunto, jurisprudências e legislações estrangeiras. O método de abordagem é o hipotético-dedutivo devido à grande importância do testamento vital para evitar o prolongamento da vida de forma desnecessária, dando ênfase à vontade do paciente para que assim abrace a uma morte natural.

Palavras-chave: Testamento vital. Autonomia da vontade. Diretivas antecipadas de vontade. Autonomia privada

ABSTRACT: The present work propose a presentation of the living will in the Brazilian legal system and its importance for the respect of the patient's autonomy, different of others types of wills already regulated in the Civil Code, this one is guarantor of the free will to choose the individual who meets if you have a terminal illness or are unable to

¹ Professora do curso de Direito da Universidade Nilton Lins. Advogada, Mestre em Direito e Licenciada em Letras. E-mail: brenadosanjosadv@gmail.com.

express your will as to the medical treatments you wish to receive or not, as it is known that with the advancement of medicine, it is possible to artificially extend life using pain-inhibiting devices and remedies, the concepts of euthanasia, orthothanasia and dysthanasia should also be differentiated, and the guiding principles of biolaw and the dignity of the human person, the key principle for a Democratic State of Law, and regulated in the Brazilian Federal Constitution of 1988. Object of study, bibliographical and scholarly analyzes that have already addressed the subject are present, jurisprudences and foreign legislation. The approach method is the hypothetical-deductive one, due to the great importance of the living will to avoid the unnecessary extension of life, emphasizing the patient's will to embrace a natural death.

Keywords: Living will. Autonomy of will. Advance directives of will. Private autonomy

1. INTRODUÇÃO

Com o passar das décadas, vemos a medicina evoluir extraordinariamente com o principal objetivo: a busca pela cura e o fim das doenças terminais, a dificuldade de aceitar a morte é algo cada vez constante na sociedade, e isso reflete principalmente em pacientes já em estado irreversível, onde na maioria das vezes impossibilitado de manifestar a sua vontade, fica a mercê de sua família, que por sua vez submete o paciente a vários tipos de tratamentos com esperança de cura.

E com isso, aos poucos as diretrizes antecipadas de última vontade vêm ganhando um papel importante, onde nelas pode o paciente dispor previamente sobre quais tratamentos deseja se submeter ou não caso venha ficar incapacitado, e o testamento vital é uma das espécies desse gênero, e não só ele, mas como juntamente outros como o mandato duradouro e o *durable power of attorney for health care*.

No segundo capítulo estarão abordados os princípios norteadores da bioética que orientam os comportamentos humanos tanto dos pacientes, quanto dos profissionais da saúde, sendo logo em seguida tratado cada princípio com seu conceito/significado e sua importância, sendo apresentado a diferença entre ortotanásia, distanásia e eutanásia que não pode ser confundido, visto que, o testamento vital está atrelado à prática da ortotanásia.

No terceiro capítulo estão as reflexões do biodireito quanto a tomada de decisões do paciente, apresentando o nascimento das legislações que dão direito ao paciente nas suas tomadas de decisões quanto a tratamentos médicos, possibilitando assim o surgimento da resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, pois até então era completamente inexistente na lei brasileira abordando diretivas antecipadas, a resolução foi clara em estabelecer também que deve haver uma relevância na autonomia

do paciente em sua relação com médico de modo que com a evolução da ciência e medicina, os novos recursos tecnológicos permitem um prolongamento de vida desproporcional e medidas desnecessárias que podem vir a aumentar o sofrimento do paciente, sendo o testamento vital crucial para que esses tipos de situações não sejam mais contínuas, pois é uma forma de garantir a autonomia do paciente, e de um dos princípios base da Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade humana localizado no artigo 1 inciso III, e implicitamente no artigo 5.

No quarto capítulo será exposto os efeitos do testamento vital no ordenamento jurídico no âmbito internacional de forma comparada, em países como Estados Unidos, e em especial Portugal, mencionando as devidas legislações portuguesa e como se dá a sua organização, que pelo Registro Nacional das Directivas Antecipadas de Vontade (Rentev), que é responsável pelos armazenamentos e atualizações das diretrizes.

E por fim no quinto capítulo uma ideia da autodeterminação do indivíduo para a sua validade das diretrizes antecipadas de vontade, pois o exercício dessa autodeterminação dá um espaço de liberdade no âmbito social, onde tramita a intimidade e a vida privada, sendo reconhecido no direito a liberdade à vida privada.

Com isso pretende-se demonstrar a importância do instituto ser reconhecido e regulamentado, dando ênfase à liberdade do paciente de decidir sobre seu futuro tratamento médico sem interferência estatal, e caso futuramente fique em estado que não possa exprimir seu pleno discernimento, assim, abraçando a morte de uma forma natural, sendo de suma importância também, analisar os princípios da bioética que são importantes para as necessidades individuais de cada um, como parâmetros de investigações, pesquisas.

2.DOS PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA EM FACE AO DIREITO DE MORRER

Com os avanços biotecnológicos com o passar dos séculos, verifica-se que está sendo possível fazer procedimentos que no passado seria inimagináveis, como questões de inseminação artificial, transplante de órgãos, clonagens e controle da dor e prolongamento da vida (SÁ E OLIVEIRA, 2021, 961), tudo isso só foi possível com a evolução científica e estudos avançados na área médica, o termo bioética foi usado pela primeira vez por Van Rensselder Potter, em seu livro *bioethics: bridge to the future*, publicado em 1971, para ele a bioética seria responsável por proporcionar uma melhor qualidade de vida para o ser humano, permitindo sua participação na evolução biológica (CLOTET, 2009, p.3).

A bioética pautou-se em quatro princípios básicos, sendo dois deles deontológico (não maleficência e justiça) e teleológico (beneficência e autonomia), princípios norteadores na área da bioética responsáveis para orientar comportamentos humanos

nas ciências e biomedicina (DINIZ, 2017, p.38), tais princípios são importantes de serem entendidos, pois racionalizam valores e as necessidades individuais de cada indivíduo.

Sob esta perspectiva, os princípios supracitados estão relacionados com a prática de eutanásia, distanásia e ortotanásia, esta última por sua vez, garante o direito de morrer de forma correta, aceitando a morte de uma forma natural. O termo ortotanásia significa “morte correta”, não prolongando o processo de morte artificialmente (SANTORI, 2010, p. 33-34), segundo Goldim a melhor maneira de definir a ortotanásia, seria a inutilidade de certos tratamentos “reconhecer que alguns tratamentos são inúteis, sem benefício para o paciente, e que podem ser não iniciados ou retirados” (GOLDIM, 2010, p.30).

Os Princípios da Bioética/Biodireito

Como exposto anteriormente, na década de 70 foram pautados quatro princípios que foram importantes para a caminhada da humanidade encontrados no *Belmont Report*, em 1978, pela *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research* (Comissão Nacional para Proteção de Seres Humanos em Pesquisa Biomedica e Comportamental) (DINIZ, 2017, p.39).

O primeiro a ser compreendido é o princípio da autonomia onde para Dadalto, afirma ser importante em um Estado Democrático de direito, e que a Constituição Federal deixou claro nos direitos fundamentais, pois cada indivíduo escolhe o melhor viés para si por meio dessa autonomia:

No âmbito dos direitos fundamentais, pode a pessoa agir de acordo como que entende ser melhor para si, principalmente no que tange as decisões referentes a si mesma, ao seu corpo, a sua individualidade, desde que sua ação seja responsável, que tenha plenas informações sobre os efeitos dos seus atos (DADALTO, 2015, s.p)

Este princípio na bioética requer que o paciente tenha total domínio sobre a sua própria vida, e que os profissionais de saúde respeitem a sua decisão, não se intrometendo em suas decisões, como é o caso de decidir se gostaria de proceder com determinado tratamento ou não (DINIZ, 2017, p.40), aqui observa-se a exigência do consentimento livre e informado (CFM, arts. 22, 34, 44 e 101).

O segundo princípio é o da beneficência, esse princípio é baseado no sentido que o profissional da saúde, mais especificamente o médico, “Só pode usar o tratamento para o bem do enfermo, segundo sua capacidade e juízo, nunca para fazer o mal ou

praticar injustiça” (IBIDEM), no entanto deve ele prestar auxílio médico, utilizando tratamentos apenas em benefício ao paciente, sua conduta deve ter como objetivo ajudar ou salvar o paciente sem prejudicar ou causar mal ou dano ao paciente. Este princípio estimula a levar ao máximo a quantidade de bem ao mundo (FRANKENA, 1981, p.56).

O princípio da não maleficência determina a não causar um dano de forma intencional, na visão de Beauchamp e Childress, esse princípio rege regras como, por exemplo, não matar, não causar dor ou sofrimento, não expor o paciente em uma situação de risco (BEAUCHAM, CHILDRESS, 1994, s.p).

O princípio da justiça, também conhecido como equidade dispõe que todos devem ser tratado igualmente, devendo o profissional da saúde, mais especificamente o médico, atuar com imparcialidade não levando em conta aspectos sociais, culturais, financeiros e etc, devendo os recursos médicos serem equilibrados, para alcançar a melhor eficácia (CREMESP, online).

Assim conforme expôs se bioética deve observar e respeitar tais princípios para que sirvam de parâmetros de mais pesquisas e respeitos as diretrizes.

Os Princípios da dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade

Em ordem cronológica, deve-se entender primeiro o conceito do princípio da autonomia da vontade para depois adentrar no mérito do princípio da dignidade humana, pois os dois estão correlacionados entre si.

O princípio da autonomia da vontade vem da época em que o Estado não poderia interferir na esfera individual de cada indivíduo, de modo que contratos de trabalhos, serviços e outros negócios jurídicos se limitavam apenas entre os particulares ali. Assim era entendido que todos eram autônomos e tinham suas próprias capacidades para se autorregularem em seus assuntos particulares (DADALTO, 2015, p.8).

Porém, com o advento da primeira guerra mundial e industrializações, juntamente com princípios morais e sociais (inclui-se as 3 gerações dos direitos humanos), esse princípio começou a ser mutado (no sentido de mudança de interpretação) e começou a ser superado pelo princípio da autonomia privada (DADALTO, 2015, p. 8-9).

Na realidade, não há o abandono da autonomia da vontade, mas sim uma releitura desse princípio, em face das mudanças sociais ocorridas nos últimos séculos, que conduziram a uma modificação na análise dos principais institutos e princípios do Direito Civil (FARIA, 2007, p.60-61).

Assim, pode-se entender que o princípio da autonomia da vontade é onde um indivíduo pode realizar determinado ato jurídico, e ele mesmo impor a forma e seus efeitos, já a autonomia privada, é onde ele irá poder realizar determinado ato jurídico com o particular, porém com os limites estabelecidos em lei.

A autonomia privada está ligada com o princípio da dignidade da pessoa humana, que está respaldada no artigo 1, inciso III, da Constituição Federal, onde segundo Farias:

O princípio da dignidade da pessoa humana refere-se as exigências básicas do ser humano no sentido de que ao homem concreto sejam oferecidos os recursos de que dispõem a sociedade para a manutenção de uma existência digna, bem como propiciadas as condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades (FARIAS, 2000, p.63).

Para Habermas, a leitura de autonomia privada, e dignidade da pessoa humana, é o sinônimo de autonomia pública x autonomia privada, de modo que, esses dois princípios estão interligados e se complementam, não havendo nenhuma sobreposição de um com o outro (HABERMAS, 2003, p. 113-168), assim, o autor entende que o princípio da autonomia privada consiste na possibilidade de o indivíduo poder tomar suas decisões de forma individual de algo que depende de um reconhecimento intersubjetivo, ou seja, a autonomia privada está ligada ao agir individual e a autonomia pública relaciona-se com ações coordenadas por meio de leis coercitivas, que limitam este agir individual (DADALTO, 2015,p.12).

O direito de morrer: ortotanásia, eutanásia e distanásia

O princípio da dignidade humana é um dos norteadores do testamento vital, de modo que em 2006 o Conselho Federal de Medicina estabeleceu a resolução 1805/2006, que abordou a ortotanásia, onde permite que o médico limite ou suspenda procedimentos ao qual não terá uma vantagem para o paciente, se este estiver em estado terminal, consta no art. 2º da resolução 1805/2006 CFM “O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurados a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar” em outras palavras como mencionado acima, descreve um tratamento paliativo (CFM, 2006, s.p)

Este procedimento não deve ser confundido com eutanásia ou distanásia, que são completamente antônimos, a eutanásia esta dividida em passiva e ativa, a passiva é sinônimo de ortotanásia, já a ativa, “eutanásia ativa: ato deliberado de provocar a morte sem sofrimento do paciente, por fins humanitários como no caso da utilização de uma injeção letal e eutanásia passiva, quando a morte ocorre por omissão em se iniciar uma

ação médica que garantiria a perpetuação da sobrevivência” (BATISTA e SCHRAMM, 2004, p. 34), ou seja, antecipação voluntária da morte, tal prática é proibida no Brasil, se qualificando como homicídio privilegiado disposto no §1º, do art. 121 Código Penal (BRASIL, 1940, *online*).

Já a distanásia é expor uma pessoa a um processo de morte de forma lenta e sofrida, de modo que ela venha sobreviver somente de modo artificial por meio de recursos técnicos e médicos avançados, e não se preocupando com a dor do ser humano, seus desejos etc. Além disso, é um ato incivilizado que ofende a dignidade humana, pois demonstra uma falta de compaixão pelo paciente e sua família, esta que também tem seu sofrimento prolongado (PALMER, 2002, p. 57). “Embora aconteça com pouca frequência, alguns profissionais empregam procedimentos médico-hospitalares de alto custo, mesmo à revelia da vontade do paciente, para tentar inutilmente mantê-lo vivo, com a intenção de obter ganhos financeiros” (VILLAS - BÔAS, 2008, p.61-83).

Por fim, a ortotanásia, que etimologicamente significa morte correta, ou por hora certa, o não prolongamento artificial do processo de morte, além do que seria o processo natural “Na situação em que ocorre a ortotanásia, o doente já se encontra em processo natural de morte, que consiste na morte encefálica, processo este que recebe uma contribuição do médico no sentido de deixar que esse estado se desenvolva no seu curso natural” (BORGES, 2001, P.287). Diante da possibilidade de ter uma morte natural, que foi regulamentado a resolução 1805/2006 do Conselho Federal de medicina que foi elaborada por influência do princípio da dignidade da pessoa humana:

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal (RESOLUÇÃO 1805/2006, CFM, s.p).

Em outras palavras, é a limitação ou suspensão dos esforços médicos que estão prolongando a vida do paciente com uma doença em estado terminal. Um processo encarado como biologicamente natural que tem o objetivo de morte no tempo certo, a ortotanásia apresenta-se como a melhor forma ou mais “ponderada”, não prolonga e nem antecipa o processo de morte. Quando o paciente não conseguir mais se recuperar opta-se pela abstenção. “Pode-se afirmar que a ortotanásia é mais do que uma simples atitude médico-hospitalar, é um ideal pelo qual tanto o direito quanto a medicina devem lutar” (MABTUM e MARCHETO, 2015 p.71). Dessa forma é evidente afirmar que

o médico não deve de forma alguma prolongar o sofrimento do paciente se aquele tratamento for considerado fútil e não trazer nenhum benefício ao paciente.

3- REFLEXÕES DO BIODIREITO QUANTO À AUTONOMIA DO PACIENTE EM SUAS TOMADAS DE DECISÕES NOS TRATAMENTOS MÉDICOS

Historicamente a bioética sempre foi ligada em pesquisas, direitos dos pacientes, ou informações sobre práticas que os pacientes poderiam vir a ser submetidos, sempre se preocupando em resguardar os direitos do paciente, e entre eles destaca-se o direito a informação de riscos ou benefícios de tratamentos que o paciente possa aceitar ou recusar um procedimento, historicamente algum desses direitos encontra-se reconhecidos no código de Nuremberg, são eles, autonomia, consentimento livre e esclarecido (MABTUM, MARCHETTO, 2015, s.p).

Com o passar do tempo tais direitos foram fortalecidos ainda mais, a contar principalmente da autonomia do paciente

Com o fortalecimento da autonomia do paciente, passou-se a analisar a autodeterminação do indivíduo, que consiste na sua adesão ou recusa antecipada a determinados tratamentos. Essa ideia surgiu nos Estados Unidos, no ano de 1967, quando a Sociedade Humana para Eutanásia discutiu a possibilidade de um termo de consentimento prévio, denominado "living will" (testamento vital) (Mabtum, Marchetto, 2015, s.p)

Louis Kutner foi o principal defensor do instituto do testamento vital, em 1967, e nesse documento descrevia condutas que o paciente poderia vir aceitar ou recusar futuramente caso venha a ficar com enfermidade terminal, doença incurável ou irreversível, e com isso foi nasceu as diretivas antecipadas de vontade, devendo sempre levar em consideração o conhecimento do paciente para receber informação sobre o tratamento a dispor (MELO, 2018,p.3).

Em 2009 o Ministério da Saúde editou a portaria 1.820/2009 que foi importante para o conhecimento do paciente em receber informações sobre tratamentos a qual pode ser submetido

Art. 3º Toda pessoa tem direito ao tratamento adequado e no tempo certo para resolver o seu problema de saúde. Parágrafo único. É direito da pessoa ter atendimento adequado, com qualidade, no tempo certo e com garantia de continuidade do tratamento, para isso deve ser assegurado: I - atendimento ágil,

com tecnologia apropriada, por equipe multiprofissional capacitada e com condições adequadas de atendimento; II - informações sobre o seu estado de saúde, de maneira clara, objetiva, respeitosa (Ministério da Saúde, 2009, online)

Com isso, possibilitou no mesmo ano que o Conselho Federal de Medicina, criasse a resolução 1.931/2009, essa resolução foi responsável por criar o código de ética, onde considerou como infração a prática de distanásia, bem como a prática de eutanásia, aconselhando, no entanto a prática da ortotanásia, e assim oferecendo cuidados paliativos para aliviar o sofrimento (MABTUM, MARCHETTO, 2015, s.p)

Um tratamento paliativo é a prevenção e alívio de um sofrimento físico, mental, espiritual sem a intenção de cura, elas procuram diminuir os efeitos negativos da doença sobre o paciente (INCA, 2001,s.p). O tratamento paliativo é o oposto dos tratamentos extraordinários, estes por sua vez, são aqueles que prolongam a vida e o sofrimento do paciente sem trazer benefícios e tais medidas poderiam ter sido recusadas pelo paciente, posto que “ainda que em estado terminal o paciente deve ser respeitado como ser humano autônomo, ou seja, sua vontade, mesmo que prévia, deve ser considerada” (DADALTO, 2009, P. 527).

Enquanto isso aos poucos em alguns países, já estava sendo regulamentadas as diretivas antecipadas, como na Espanha, Estados Unidos, Uruguai, e demais países europeus, no Brasil houve a tentativa por meio da resolução 1.995/2012, que reconheceu a importância da existência das diretivas antecipadas (BRASIL, 2012, online)

4- DO TESTAMENTO VITAL E SEUS EFEITOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO: PONDERAÇÕES COMPARATIVAS ENTRE O DIREITO ESTRANGEIRO E O NACIONAL

Historicamente, foi nos EUA que as DAVS surgiram, em de 1967, e logo receberam a denominação de *living will*, a origem está ligada à Sociedade Americana para Eutanásia que teve a ideia de criar um documento onde a pessoa pudesse expressar seus desejos e cuidados médicos futuros e de aceitar ou não intervenção médica, a evolução do instituto teve colaboração de Louis Kutner, advogado que propôs um novo modelo para evitar conflitos nas relações entre médicos e pacientes, há previsões de sanções a médicos que desrespeitarem a vontade do paciente (Calvo, 2001, p.46), reconhecido como *patient self determination act* (PSDA), foi reconhecido pela primeira lei federal que diz respeito sobre a autonomia do paciente. (DADALTO, 2013, p.100)

Na Europa, em 4 de abril de 1997 na cidade de Oviedo, Espanha, ocorreu a convenção de Direitos Humanos e biomedicina, na qual estabeleceu no artigo 9 do convenio de Oviedo a importância da vontade do paciente (DADALTO, 2015, p.118) “Artículo 9 (Deseos expresados anteriormente) Serán tomados en consideración los

deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad (OVIEDO, 1997, *online*)²

Como pode-se verificar, os EUA foi o primeiro país a regulamentar o testamento vital, e logo depois foi a vez dos países europeus, para Dadalto, é importante verificar as discussões e apontamentos de países que já regulamentaram para que operadores do direito possam ter uma visão de implementação no ordenamento jurídico brasileiro (DADALTO, 2015, p.115).

Em Portugal a diretrizes antecipadas de vontade foram regulamentadas documentos como o parecer P/05, APB/06 a Associação Portuguesa de Bioética (APB) teve uma atuação fundamental para o reconhecimento das DAVS "O projeto P/06, sobre as diretrizes antecipadas, o *Guidelines* p/11, APB/08, o parecer E/17/APB/10 sobre o testamento vital, e proposta P/19/APB/10 sobre modelo de documento de diretivas antecipadas" (MABTUM, MARCHETTO, 2015, P.102).

A maior inovação nas leis portuguesas foi a criação do Registro Nacional de Directivas Antecipadas de Vontade (Rentev) que fica responsável por armazenar os documentos, podendo o médico que está responsável pelo tratamento ter fácil consulta ao banco de dados e saber da existência de algum tipo de DAV, a Rentev além de armazenar o registro da diretriz, organiza e mantém atualizado, assim, pode o médico buscar informações nesse banco de dados, tomando o médico conhecimento se há documento, deve atender à sua vontade. O testamento vital que irá ser registrado deve ser escrito por profissional do Rentev, ou então notário (DADALTO, 2018, p.71).

A lei portuguesa reconhece os procuradores de saúde do mandato duradouro, mas como um documento diferenciado não integra as directivas de vontade. Outra particularidade da lei portuguesa é o prazo de validade de cinco anos, podendo ser revogado a qualquer tempo (MABTUM e MARCHETTO, op.cit., p.103). A regulamentação do instituto em Portugal pode ter contribuído para o reconhecimento no Brasil, pelo fato de serem muitos próximos, não apenas pela língua, cultura, história, mas devido as "ampliações" de novidades.

O instituto civilista do Testamento

O testamento é um ato de disposição de última vontade que o testador dispõe de sobre a partilha de seus bens, para Diniz é tido como o "ato personalíssimo e

² Artigo 9º Serão levados em consideração os desejos expressados anteriormente pelo paciente, que dizem respeito a intervenção médica, quando este, no momento da intervenção, não puder expressar sua vontade (Tradução livre)

revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, não só dispõe, para depois de sua morte, no todo ou em parte, do seu patrimônio, mas também faz outras estipulações” (DINIZ, 2007, p. 75).

Para Venosa, o testamento é um negócio jurídico, que formaliza um ato ao qual pretende a realização de um efeito na seara jurídica, é unilateral, *causa mortis*, pois somente com a morte do testador é que ele vem surtir efeitos, é revogável a qualquer tempo, dependendo da vontade do testador, é solene, deve ser obedecido a legislação, e personalíssimo, pois é o próprio testador que irá elaborar (VENOSA, 2013, p.189-191). Tendo no código civil as modalidades ordinárias e extraordinárias, nos artigos 1.862 e 1.886.

É sabido que o testamento começa a produzir efeitos após a morte do testador, no caso do testamento vital, surge no momento da doença ou do estado de incapacidade, e tem como disposição a recusa/ou aceitação de cuidados e tratamentos que possam prolongar a vida artificialmente, não podendo haver a recusa dos cuidados paliativos pois estes são garantidores do princípio princípio da dignidade humana (DADALTO, 2015, p.181).

Um aspecto que deve ser observado é que o testamento tem como característica a gratuidade, não podendo haver vantagem correspondida em troca da liberdade testamentária, “Não se trata de um negócio jurídico oneroso, não havendo qualquer remuneração ou contraprestação para a aquisição de bens” (TARTUCE, SIMÃO, 2010, p.296).

Outro aspecto característico é quanto a solenidade/forma, todos os requisitos exigidos encontram-se já regulamentados no código civil afigurado como *ad substantiam*, ou seja, quando exigido formalidade solene intrínseco ao próprio ato, quando desrespeitados as formalidades, devendo ser estabelecidas sanções como a nulidade do testamento.(VERDAN, online, s.p)

Para finalizar, por se constituir um negócio jurídico unilateral, basta apenas a vontade do testador para que sejam produzidos seus efeitos, assim afirma Miranda:

Trata-se de declaração unilateral de vontade, não receptícia (não existe qualquer aceitante ou recebedor da declaração de última vontade). Ninguém é comparsa, ou destinatário. No testamento público ou no testamento cerrado, o tabelião recebe o que se lhe dita, sem participar do negócio jurídico em si: inscreve, quiçá escreva pelo testador. Mero instrumento, com funções acuteladoras. Tanto assim que poderia o disponente escrever o testamento particular: seria válido. A sombra que se vê, o outro

polo da relação jurídica, é a mesma dos outros negócios jurídicos unilaterais, nos direitos reais, nas aquisições não consensuais da propriedade (MIRANDA, 1972, p.72)

Assim, dada a proeminência do tema do testamento vital, é necessário pontuar a diferença e suas características, com os outros testamentos já regulamentados no código civil, desta feita, é necessário ter a compreensão como mecanismo essencial para sua aplicação, tendo como todos eles a característica da última disposição de vontade do testador, e como explicado, o efeito do testamento vital que começa a produzir efeitos ainda em vida, mas no momento que adquire uma doença ou fica incapacitado.

Ponderações sobre a validade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro

Conforme o que foi exposto até aqui percebe-se que o testamento possui eficácia após a morte, já o testamento vital não, na verdade o termo vital é uma tradução equivocada do inglês "*living will*", possuindo efeito ainda *inter vivos* cujo principal objetivo é garantir a autonomia do sujeito quanto aos tratamentos a que esta sendo submetido.

A declaração prévia de vontade do paciente terminal é conhecida como testamento vital, nomenclatura fruto de errôneas e sucessivas traduções de living will, pois o dicionário Oxford apresenta como traduções de will três substantivos: vontade, desejo e testamento. Em paralelo, a tradução de living pode ser o substantivo sustento, o adjetivo vivo ou o verbo vivendo. Assim, é possível perquirir se a tradução literal mais adequada seria desejos de vida ou, ainda, disposição de vontade de vida, expressão que também designa testamento – que nada mais é do que uma disposição de vontade. (DADALTO.2009, P. 526)

Para adentrar no testamento vital em geral, deve-se verificar o que traria a sua validade no ordenamento jurídico brasileiro, Em 28 de novembro de 2006, o Conselho Federal de Medicina publicou a resolução 1805/2006 que dispôs sobre limitação e suspensão dos procedimentos e tratamentos médicos que prolongam a vida do paciente, sendo consideradas as suas manifestações de vontade, ou por meio de seus representantes legais, mesmo assim foi assegurada a manutenção da assistência médica, incluindo aplicação de medidas para alívio de dores (CFM, 2006, s.p).

Art.1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal,

de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

§ 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

§2º A decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

§3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando se as disposições em contrário hospitalar (CFM, 2006, s.p).

Mais tarde, no ano de 2012 em 31 de agosto, foi publicada uma nova resolução, n.1.995/2012, que definiu que o paciente pode manifestar seus desejos expressamente e previamente, o medico poderá levar em consideração a sua vontade e se houver algum documento anteriormente manifestado, por um parecer ou pela vontade dos familiares. Destarte que a resolução é algo importante para a inclusão e regulamentação do testamento vital de modo que vise, aos profissionais da área médica que respeitem a autonomia do paciente e a sua vontade, afirma Dadalto que:

A principal mudança com a aprovação da resolução CFM 1995/2012 foi um maior conhecimento do tema por parte dos profissionais de saúde, e, por consequência, da sociedade, pois estes profissionais (não apenas médicos, mas também enfermeiros, psicólogos e demais profissionais que trabalham com pacientes em fim de vida) tem informado aos pacientes acerca da possibilidade de fazer o testamento vital (DADALTO, 2015, s.p)

Assim verifica-se que o testamento vital asseguraria a disposição de última vontade dopaciente para que não aconteça nenhum desrespeito quanto a sua vontade

de fazer ou deixar de fazer determinados tratamentos médicos caso ele venha ficar incapacitado, importante observar também que as duas resoluções não trouxeram nenhuma prática que contrariou as normas jurídicas, apenas abordou de forma mais sucinta a prática da ortotanásia. Pode ser encontrado também na doutrina o enunciado que aborda a diretriz antecipadas de vontade, enunciado 528 da V Jornada do CNJ, realizado em 2012, que afirma:

Enunciado 528 - É válida a declaração de vontade, expressa em documento autêntico, também chamado 'testamento vital', em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade (ENUNCIADO 528, 2015, s.p)

Nota-se que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde que ela deseja receber, como o próprio enunciado já diz, caso se encontre em situação que não possa manifestar a sua vontade, logo ela não deve ser obrigada a fazer tratamento médico forçada, contra a sua vontade, já visando se no futuro, ela se encontrar em estado que não possa exprimir sua vontade, já existe um documento autêntico onde ela estabelece as suas disposições, o próprio enunciado já dá a ideia do testamento vital (ENUNCIADO 528, 2015, s.p). Dessa forma observa-se que o direito formal já está praticamente completo, dispondo de como funcionaria os documentos que aborda o assunto, comparando com Portugal, poderia haver um sistema de registro geral que nos cartórios que ficaria responsável para o armazenamento dos documentos e mantendo atualizados.

5- AUTODETERMINAÇÕES COMO CONDIÇÃO DE VALIDADE DAS DIRETRIZES ANTECIPADAS DE VONTADE

Nos termos do artigo 5, inciso X da Constituição Federal, são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, desse modo a ideia de auto determinação deve ser considerada para que haja espaço de liberdade, a etimologia da palavra autonomia vem de "convenção" ou "lei", então, tem-se autonomia como a competência do indivíduo criar suas determinações na vida privada (COSTA, LEITE, MADEIRA, MOTA e VILELA, 2013, P.12)

Segre, Silva e Schramm afirmam que "Se a liberdade é um modo de existir e não um ideal separado da existência, então a autonomia é sempre o exercício em que a liberdade se confronta com o seu contrário, com as determinações. Ela se exerce sempre num espaço ameaçado pela heteronomia" (1998, P.4), eles também conceituam a

autonomia do médico e do paciente, sendo um denominado paternalista e um outro de real liberdade, ainda assim segundo eles:

De modo geral, pode-se dizer que o princípio de autonomia confronta a postura paternalista (embasada nos princípios de não-maleficência e de beneficência da tradição hipocrática), que não faz parte somente do ethos médico mas também da nossa cultura, levando as pessoas, quando não os grupos religiosos, sociais, políticos ou o próprio Estado, a interferirem em questões que, em princípio, dizem respeito à esfera do indivíduo, pelo menos na concepção produzida pela cultura moderna ocidental e nos Estados leigos das sociedades secularizadas da tradição da Aufklärung (iluministas) (SEGRE, SILVA, SCHRAMM, 1998, P.5)

Nesta perspectiva o princípio da beneficência se opõe ao da autonomia, pois o primeiro princípio dispõe sobre decisões “boas” para pessoa decididos pelo hospital ou pelo Estado incumbido a ideia de que a doença é um estado que precisa ser vencido, mesmo que seja contra a vontade do paciente, percebe-se uma interpretação de que “ninguém é dono de si” (COSTA, LEITE, MADEIRA, MOTA e VILELA, 2013, P.13).

Porém, uma pessoa deve sim manifestar sua vontade e as suas escolhas quando se diz respeito sobre cuidados médicos, não devendo ser decidido ou ter intervenções por entidades hospitalares ou Estado, tendo em vista se tratar do princípio da dignidade humana, “A dignidade confere-lhe o direito de ser sempre considerado como sujeito, em si mesmo, com uma finalidade própria, dotado de liberdade no plano ético, não podendo ser considerado como um objeto do desejo de manipulação de terceiros” (NUNES, 2011, P.31)

Com isso, pode-se concluir que é necessário um espaço que deve ser reconhecido, respeitado, protegido e garantido para que haja esse consenso sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes, principalmente da classe médica, respeitando e confirmando a valorização do documento e as suas tomadas de decisões do paciente.

6- CONSIDERAÇÕES FINAIS

O testamento vital não possui os mesmos efeitos que os demais testamentos, visto que seus efeitos surtirão antes de cumprida a morte do testador. Trata-se de uma resposta de vontades e desejos do paciente ao qual quando se tratar de incapacidade futura, ele já deixará decidido se será submetido ou não.

Nesse sentido, como abordado no primeiro capítulo, os princípios da bioética, são norteadores para se compreender quanto a autonomia do paciente, visto que alguns tratamentos fúteis pode vir trazer um sofrimento para o paciente, sendo o testamento vital um garantidor da autonomia do paciente, não sendo necessário este, ser submetido à tratamentos que podem potencializar seus riscos de vida, todavia não pode abrir mão dos cuidados paliativos pois estes são necessários e garantidores do princípio da dignidade humana, mencionado no mesmo capítulo, porém pode haver a rejeição de tratamentos fúteis como por exemplo, o da entubação, reanimação e etc.

Essa prática como explicada, é caracterizada como ortotanásia, estando sempre a bioética ligada aos direitos de pacientes, como abordado no capítulo três. E embora tal assunto ainda não tivesse sido discutido no Brasil, aos poucos surgiu leis internacionais que é importante abordar, no direito estrangeiro, como apresentado no capítulo quatro para ter melhor esclarecimentos e ponderações, podendo o Brasil reproduzir da mesma forma que Portugal faz, criar um registro de diretivas antecipadas para assegurar a eficácia das declarações em todo o território nacional, e especialmente, devendo a equipe médica ter acesso exclusivamente a esse documento, devendo ser obrigatório o profissional consultar esse registro caso o paciente já não possa mais expressar a sua vontade.

Resume-se então conforme o capítulo quatro, que o testamento trata do direito do paciente decidir sobre sua autonomia de tratamento que pode salvar a sua vida ou não, caso haja algum conflito com o direito a vida, deve haver uma ponderação pois o conceito de dignidade, também tem a ver com ter uma morte digna, enquanto em relação ao âmbito médico esta muito bem consolidado na resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina

Conclui-se então no capítulo cinco, a autodeterminação do paciente como validade, pois é justo visto que, o paciente encontra-se em um estado democrático de direito, e mesmo que ainda não haja a regulamentação e inexistência de lei específica, a constituição garante, pois, sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana, autonomia e da liberdade.

Oferecer ao cidadão a proteção e o respeito sobre as suas decisões, sem nenhum tipo de intervenção, é democrático, e é o direito dele governar a sua própria existência, trilhando seu próprio caminho, em consonância aos seus próprios princípios, o presente trabalho apresentado demonstrou que esse paciente em estado terminal possui o direito de optar por uma morte natural, é lícito a regulamentação da ortotanásia, por isso é necessário a regulamentação para que haja maior divulgação para a sociedade, e que evite-se um prolongamento de vida artificial de forma inútil, que pode trazer mais sofrimentos tanto físico ou psíquico para o paciente e para sua família, e que os profissionais de saúde respeitem a sua vontade.

REFERÊNCIAS

BEAUCHAMP TL, Childress JF. **Principles of Biomedical Ethics**. 4ed. New York: OUP, 1994:189.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado**. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). Biodireito: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 283-305.

CALVO SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: RT, 2001. p. 46.

Centro de bioética do CREMESP, online, disponível em: http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=53&cod_publicacao=6

CLOTET, Joaquim, Revista Bioética, **Por que bioética?**, P. 3 Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/474/291. Acesso em: 16/10/2021

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.805/2006 disponível em: <https://sbgg.org.br/wp-content/uploads/2014/10/tratamentos-na-terminalidade-da-vida.pdf>. Acesso em: 16/10/2021

Convenio de Oviedo, 1997, disponível em: https://www.hospitalsantjoan.cat/wp-content/uploads/2018/07/Convenio_Oviedo1997.pdf. Acessado em 03/07/2021

COSTA, José de Fara; LEITE, Jorge; MADEIRA, Dhenis Cruz; MEIRA, José Boanerges; MOTA, Lindomar Rocha; VILELA, Alexandra. **Temas Contemporâneos de Direito Brasil e Portugal**, Belo Horizonte, editora Arraes, 2013

DADALTO, Luciana **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. Revista **Bioética**, vol. 17, nº 3, 2009, P. 524, 526 e 527

DADALTO, Luciana, **Testamento vital** / Luciana Dadalto - 3. ed. -. São Paulo : Atlas, 2015.

DINIZ, Maria Helena, **O estado atual do biodireito** / Maria Helena Diniz – 10 ed. – São Paulo : Saraiva, 2017, P.38-40

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. v. 6. 22. Ed.São Paulo: Saraiva, 2008.

FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. **Autonomia da Vontade e Autonomia Privada: urna distinção necessária**. In: FIUZA, César; , NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SA, Maria de Fátima Freire. *Direito Civil: atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 60-61.

FARIAS, Edílson Pereira de. **Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem, versus a liberdade de expressão e informação**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 63

FRANKENA, Ética, Rio de Janeiro, Zahar, 1975, p. 57, disponível em: <http://www.faberj.edu.br/cfb-2015/downloads/biblioteca/etica/FRANKENA-William-K-Etica-2a-Ed-Rio-de-Janeiro-Zahar-Editores-1975.pdf>. Acessado em 03/07/2021

GOLDIM, José Roberto. **O direito de morrer: bioética, morte e morrer**. Revista JurídicaConsulex. Ano XIX, n. 332, 15 de junho de 2010, p. 30

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. 1, 2. ed., RiodeJaneiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 113-168.

MABTUM, MM., and MARCHETTO, PB. **Concepções teóricas sobre a terminalidade da vida. In: O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade** [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015, pp. 53-72. ISBN 978-85- 7983-660-2. Available from SciELO Books

MABTUM, MM., and MARCHETTO, PB. **Diretivas antecipadas de vontade como dissentimento livre e esclarecido e a necessidade de aconselhamento médico e jurídico. In: O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade** [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015, pp. 100-103. ISBN 978-85- 7983-660-2. Available from SciELO Books

MARTINI, Miguel. **Ortotanásia, sim; eutanásia, não!!!** Revista Jurídica Consulex. Ano XIX, n. 332, 15 de junho de 2010, p. 33-34.

MELO, Juliana Nicolini, 2018, **Diretivas antecipadas de vontade: a possibilidade de inclusão do testamento vital no ordenamento jurídico**, a Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), p.3

MINISTÉRIO DA SAÚDE GABINETE DO MINISTRO PORTARIA Nº 1.820, DE 13 DE AGOSTO DE 2009 https://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2009/01_set_carta.pdf

MINISTERIO DA SAÚDE, INCA, instituto nacional do câncer, cuidados paliativos, disponível em <https://www.inca.gov.br/tratamento/cuidados-paliativos>

NUNES, Rui; MELO, Helena Pereira. **Testamento vital**. Coimbra, Almedina, 2011

PALMER, Michael (2002). **Problemas morais em medicina: curso prático**. São Paulo. Loyola. p. 57

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. III, p.72

VERDAN, Tauã Lima. O INSTITUTO DO TESTAMENTO: ANÁLISE DO TEMA SOB ÓTICA DO DIPLOMA CIVILISTA. Revista Científica. Semana Acadêmica. Fortaleza. Ano MMXXII N. 000012. 10/07/2013. Disponível em: <https://semanaacademica.com.br/artigo/o-instituto-do-testamento-analise-do-tema-sob-otica-do-diploma-civilista>. Acesso em: 03/07/2021.

SÁ, Maria de Fátima Freire e Naves, Bruno Torquato de Oliveira **Bioética e Biodireito** / Maria de Fátima Freire de Sá, Bruno Torquato de Oliveira Naves. – 5. ed. – Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2021, p. 961

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito das Sucessões, vol. 06. 3ª ed.**, rev. e atual. São Paulo: Editora Método, 2010.

V Jornada de direito civil, 2012, Brasília, disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/597>. Acesso em: 20/10/2021

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. Coleção direito civil. v. 7. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.189-191

VILLAS-BÔAS, M. E. **A ortotanásia e o direito penal brasileiro**. Revista **Bioética**, Brasília, DF, v.16, n.1, p.61-83, 2008.

TRÁFICO DE PESSOAS

FERNANDA OLIVEIRA SILVA:

Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (desde 10/2016 - atual). Formada em Direito pela Universidade Prebisteriana Mackenzie - SP. Mestranda em Direito - habilitação em Efetividade do Direito (núcleo de Direito Penal) - pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (agosto/2020) - em andamento³.

Resumo: O tráfico de pessoas é fenômeno que acompanha a história da humanidade, é crime que atenta contra a dignidade da pessoa humana, atividade complexa e extremamente lucrativa, e que, portanto, se perfaz no âmbito da criminalidade organizada. Para efetivo combate é necessário a ação concertada das diversas nações, por meio de cooperação e previsão legislativa que repudie a exploração de pessoas vulneráveis.

Palavras-chave: Tráfico internacional de pessoas. Tráfico de Pessoas. Convenção de Palermo.

Sumário: 1. Introdução – 2. Tráfico internacional de pessoas – 3. Tráfico de pessoas no Brasil – 4. Bem jurídico tutelado – 5. Vítimas – 6. Tráfico de pessoas para fins de remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo – 7. Conclusão – 8. Referências.

1 Introdução

O tráfico de pessoas é fenômeno antigo, desde primórdios pessoas eram escravizadas em razão de guerras, dívidas ou pela prática de crimes. É, também, precedente histórico o tráfico de negros que, por determinado período, constituía atividade lícita, era possível exercer direito de propriedade sobre outra pessoa. À época do tráfico de negros, as atividades exercidas pelos escravos consistiam no trabalho forçado e, por vezes, na obrigação de o escravo se prostituir para constituir fonte de renda ao seu proprietário.

Abolida a escravidão de negros, passou-se ao tráfico de mulheres brancas para fins de exploração sexual, e, assim, foram entabulados acordos internacionais para reprimir esta

³ Já foi Defensora Pública do Estado de Pernambuco (10/2015 - 10/2016). Analista de Promotoria do Ministério Público do Estado de São Paulo (07/2011 - 10/2015). Advogada (05/2008 - 07/2015).

prática que envolvia mulheres e meninas; em evolução, reconheceu-se que qualquer pessoa poderia ser vítima da atuação ilícita.

O tráfico de pessoas é atividade criminosa das mais lucrativa, assim como o tráfico de armas e drogas, e sua prática é possível com a estrutura do crime organizado⁴.

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional cujo objetivo é “promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional”⁵, previu, em seu artigo 37, que poderia ser complementada por protocolos e, assim, adveio o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Criança (Protocolo de Palermo).

O Protocolo estabeleceu que tráfico de pessoas

significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos.⁶

O Protocolo entrou em vigor no dia 29 de setembro de 2003, foi promulgado no Brasil em 28 de fevereiro de 2004 por meio do Decreto 5.017 de 12 de março de 2004.

E, como se vê, para além da exploração sexual, em evolução, foi reconhecido que a conduta pode almejar, ao menos, trabalho forçado e remoção de órgãos.

Segundo a Organização Internacional para Migrações, o tráfico de pessoas, previsto no Protocolo de Palermo constitui processo de coação e exploração que se inicia

4 Rodrigues, T. d. C., **Tráfico Internacional de Pessoas para Exploração Sexual**. São Paulo, Editora Saraiva, 2013. P. 64

5 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm - consulta em 27 de maio de 2021, às 10:26 horas

6 Artigo 3, alínea 'a'.

com o recrutamento da pessoa em seu lugar de origem e continua com a exploração nos locais de trânsito e destino⁷.

Nesta esteira, vê-se que se trata de crime que determina a transposição de barreiras geográficas, às vezes dentro do mesmo país, de regiões mais pobres para outras mais desenvolvidas, ou, mais comumente, entre países.

No artigo 5 do Protocolo de Palermo foi previsto que o Estado Parte deveria adotar medidas legislativas e outras que considerasse necessárias para estabelecer como infrações penais os atos descritos no Artigo 3 quando tenham sido praticados intencionalmente, estabelecendo, assim, um mandado internacional de criminalização.

2 Tráfico internacional de pessoas

O crime envolve, necessariamente, ao menos mais de um país. É crime complexo, conforme se viu do artigo 3 do Protocolo de Palermo se constitui em uma cadeia de ações para que a vítima transponha barreiras até ser efetivamente explorada no país fim. E, por tal complexidade é que o crime é praticado por grupos criminosos organizados que agem de maneira concertada e, comumente especializada.

No pertinente a consumação, Thaís Rodrigues esclarece que há corrente que entende que o crime se perfaz instantaneamente com a entrada da vítima em algum país ou com sua saída rumo ao exterior, independentemente de a finalidade do crime ser efetivada. A efetiva exploração sexual ou remoção de órgãos, por exemplo, consubstanciaria mero exaurimento e poderia influenciar no *quantum* de pena; entretanto, ela cita que há entendimento em sentido oposto, tal como o esposado por Guilherme Nucci que acredita ser necessário, na hipótese de exploração sexual, que a atividade seja exercida para que o crime se consuma⁸.

A mencionada autora, ao estabelecer a transnacionalidade do crime, o qual é perpetrado por meio de organização criminosa, aduz que os criminosos se valem da abertura de fronteiras e mercados, do avanço tecnológico e da jurisdição limitada dos países e das falhas dos sistemas jurídicos internos e incompatibilidade entre Estados⁹ para alcançarem seus objetivos.

Assim, para efetivo combate é necessária atuação conjunta das nações.

⁷ Rodrigues, T. d. C., **Tráfico Internacional de Pessoas para Exploração Sexual**. São Paulo, Editora Saraiva, 2013. P. 71

⁸ Rodrigues, T. d. C., **Tráfico Internacional de Pessoas para Exploração Sexual**. São Paulo, Editora Saraiva, 2013. P. 113, 114

⁹ Idem, P. 116

A guisa de exemplo da transnacionalidade do crime, complexidade para sua consecução, registra-se que, no ano de 2003, a Polícia Federal Brasileira identificou organização criminosa internacional que praticava o crime de tráfico de pessoas que envolvia o Brasil – tratou-se da chamada “Operação Bisturi”. A organização criminosa era especializada na venda de rins, iniciou sua atividade em Israel, na década de 90, primeiramente as vítimas eram refugiados palestinos, mas a ação foi denunciada por jornalistas, assim a organização passou a buscar vítimas na Turquia e no Leste Europeu, e posteriormente, no Brasil. Na periferia de Recife foram recrutados homens entre 18 e 23 anos, com boa saúde, e os compradores dos órgãos estavam na África do Sul, país que contava com centros médicos de excelência para transplantes, ao passo que os receptores de órgãos advinham principalmente do Canadá, Estados Unidos, Japão, Arabia Saudita e Israel¹⁰, fomentando o chamando turismo de transplantes.

3 Tráfico de pessoas no Brasil

O Código Penal, em sua redação original, previa no Capítulo V – Do lenocínio e do tráfico de mulheres, a partir do ano de 2005 (alteração promovida pela Lei 11.106), portanto, após a promulgação do Decreto pertinente ao Protocolo de Palermo, passou a tratar “Do lenocínio e do tráfico de pessoas”.

A crime continuava sob a égide do título “Dos crimes contra os costumes” e no capítulo “Da liberdade sexual”, a previsão legal estava albergada no artigo 231 que versava tão somente sobre a prostituição, assim vê-se que as demais finalidades para o tráfico de pessoas não foram encampadas a época pela legislação brasileira. O mandado de criminalização não foi integralmente cumprido, a proteção a pessoa se manteve insuficiente.

Apenas no ano de 2016, por meio da Lei 13.344/2016, passou a ser tutelada no âmbito nacional as demais modalidades de tráfico de pessoas.

A Lei vigente objetiva prevenir e reprimir o tráfico interno e internacional de pessoas – além de estabelecer medidas de atenção às vítimas (parágrafo único do artigo 1). Para enfretamento do tráfico de pessoas aponta como princípios o “respeito à dignidade da pessoa humana” (inciso I do artigo 2º), a “promoção e garantia da cidadania e dos direitos humanos” (inciso II do artigo 2º), a “universalidade, indivisibilidade e interdependência” (inciso III do artigo 2º), dentre outros. As diretrizes para enfretamento do tráfico de pessoas constituem-se no “fortalecimento do pacto federativo, por meio da atuação conjunta e articulada das esferas de governo no âmbito das respectivas

10 Siqueira, P. **Tráfico de Pessoas: Um fenômeno de raízes históricas e práticas modernas**, em Tráfico de Pessoas: quanto vale o ser humano na balança comercial do lucro? São Paulo, Editora Ideias e Letras, ano 2013, P. 48

competências” (inciso I do artigo 3º); na “articulação com organizações governamentais e não governamentais nacionais e estrangeiras” (inciso II do artigo 3º); no “fortalecimento da atuação em áreas ou regiões de maior incidência do delito, como as de fronteira, portos, aeroportos, rodovias e estações rodoviárias e ferroviárias” (inciso V do artigo 3º); no “estímulo à cooperação internacional” (inciso VI do artigo 3º), entre outros.

Já como meios para repressão do tráfico de pessoas, a lei previu no artigo 5º a necessidade de “cooperação entre órgãos do sistema de justiça e segurança, nacionais e estrangeiros, de integração de políticas e ações de repressão aos crimes correlatos e da responsabilização dos seus autores e da formação de equipe conjuntas para investigação” (incisos I, II e III).

Ainda, a lei promoveu alteração no Código Penal, revogou o artigo 231 e inseriu o artigo 149-A que prevê as condutas de “agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de” (*caput*) remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo, submissão a trabalho em condições análogas à de escravo e qualquer tipo de servidão, à adoção ilegal ou à exploração sexual (incisos I a V).

O delito foi alocado na seção “dos crimes contra a liberdade pessoal”, no capítulo “dos crimes contra a liberdade individual” e título dos crimes contra a pessoa.

A modificação legal, para além, afastar a proteção insuficiente que decorria do artigo 231, que versava tão somente sobre o tráfico para fins de exploração sexual, permite o debate de qual o bem jurídico tutelado pelo crime de tráfico de pessoas.

4 Bem jurídico tutelado

Thaís de Camargo Rodrigues explica que o tráfico de pessoas viola os mais elementares direitos da pessoa, configura total desprezo pela dignidade humana e cita que

“Maria Elizabeth Queijo e João Daniel Rassi, discorrendo sobre o delineamento dos possíveis bens jurídicos protegidos no delito do tráfico internacional de pessoas, afirmam que existem teorias conciliadoras que situam o tráfico como delito pluriofensivo que afeta diversos bens jurídicos, inclusive direitos humanos das pessoas traficadas.”¹¹.

No crime de tráfico de pessoas a vítima é tratada como mercadoria, coisa, o que configura, inquestionavelmente, violação à sua dignidade humana, aliás, observa-se que um dos precedentes históricos do tráfico de pessoas é a escravidão que foi objeto de

¹¹ Idem, P. 105, 106

atenção da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) que, em seu artigo 4, estabelece que “ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos estão proibidos em todas as suas formas”, e o Pacto de São José da Costa Rica (1969) que prevê em seu artigo 6.1 que “ninguém poderá ser submetido a escravidão ou servidão e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas.”.

Assim, vê-se que o tráfico de pessoas é crime que tutela a dignidade da pessoa humana; contudo, questão tormentosa, considerando que, como mencionado, se trata de crime pluriofensivo é apontar qual o bem jurídico em cada uma das modalidades de tráfico de pessoas.

Na hipótese de o crime ser praticado com o escopo de exploração sexual, em contexto histórico, estava mais relacionado à moralidade pública sexual, a honra (tanto que é previsto no âmbito de crimes contra o costume), a dignidade sexual e liberdade (previsão legal atual).

Em relação ao tráfico de pessoas praticado com a finalidade de remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo, Manuel Canciό Meliá aduz que há quem defenda que o bem jurídico é a saúde (poderia configurar delito de lesão ao doador), ou, ainda à saúde pública (do país do doador, dado que os receptores daquele país seriam prejudicados), entretanto o renomado autor aponta que o bem, em verdade, seria a dignidade, estão sendo protegidos sentimentos coletivos¹².

Nesta toada, crê-se que, para além de outros bens jurídicos especificamente protegidos e atingidos pelo delito, temos que, em última análise, seja qual for a finalidade do tráfico de pessoas, é tutelada a dignidade da pessoa humana.

E, estabelecido que o bem jurídico é a dignidade da pessoa humana, há que se debater se o bem é disponível ou indisponível, se é possível que a vítima consinta ou não com sua exploração.

Em sua obra, Thaís Camargo, aponta que “Para Renato Silveira, o consentimento será considerado válido sempre que não exceder os limites da proteção penal fundados no princípio da dignidade da pessoa humana, dentro da sociedade pluralista presente.”.¹³

¹² Transcrição da Palestra “Tráfico de pessoas: o tráfico de órgãos sob a perspectiva do direito espanhol” – proferida em 18 de outubro de 2018 na Escola Superior do Ministério Público de São Paulo - tradução e adaptação de Roberto Barbosa Alves

¹³ Rodrigues, T. d. C., **Tráfico Internacional de Pessoas para Exploração Sexual**. São Paulo, Editora Saraiva, 2013. P. 105, 175

Assim, entendo que é possível que uma pessoa consinta em ser removida de um país para, por exemplo, praticar a prostituição, mas não é facultado que ela consinta em ser submetida a situação degradante. Na hipótese que, desde o primeiro momento, a pessoa ou grupo de pessoas responsável pelo recrutamento, aliciamento, alojamento, transporte (e demais verbos) intencionava submeter a pessoa a situação de violação à dignidade da pessoa humana, o crime se perfez e não há que se falar em consentimento, que seria inválido, dado que viciado.

5 Vítimas

Conforme exposto, qualquer pessoa – independente de raça, origem, sexo, idade pode ser vítima do crime de tráfico de pessoas.

O delito consiste na comercialização de pessoas para as mais diversas finalidades, é praticado por grupos criminosos que almejam auferir vantagem econômica, e, via de regra, o delito é praticado entre países, sendo as vítimas pessoas vulneráveis.

Esta vulnerabilidade não é só econômica, embora seja a forma mais comum, ela pode advir de qualquer condição que torne a pessoa mais suscetível de ser ludibriada, explorada como baixa escolarização, lares desestruturados.

A questão da vulnerabilidade está atrelada ao consentimento, a validade da autorização dada para que a pessoa seja transferida de um local ao outro para, por exemplo, trabalhar em condições indignas ou ser submetida a exploração sexual.

Na hipótese de ser aferido que o grau de exercício da liberdade da vontade está por qualquer forma mitigado, o consentimento é inválido, a questão é se essa presunção é absoluta ou relativa; o Protocolo de Palermo entende ser relativa, ao passo que a legislação brasileira, absoluta.

6 Tráfico de pessoas para fins de remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo

Entre 30 de abril e 02 de maio de 2008, representante de mais de 150 organismos científicos e médicos de todo o mundo, membros de governo, cientistas sociais e especialistas em questões éticas, se reuniram em Istambul, Turquia, para debater a questão atinente ao transplante de órgãos por meio do tráfico de pessoas.

Desta reunião adveio a Declaração de Istambul sobre o Tráfico de Órgãos e Turismo de Transplantes, que, em seu preâmbulo, explica que o transplante de órgãos é símbolo da solidariedade humana, que, "Contudo, estes feitos têm sido denegridos por inúmeros relatos de tráfico de seres humanos que são utilizados como fonte de órgãos e

de turistas-doentes de países ricos que viajam para o estrangeiro com o objetivo de comprarem órgãos de pessoas pobres.”¹⁴, e definiu como tráfico de órgãos

o recrutamento, transporte, transferência, refúgio ou recepção de pessoas vivas ou mortas ou dos respectivos órgãos por intermédio de ameaça ou utilização da força ou outra forma de coação, rapto, fraude, engano, abuso de poder ou de uma posição de vulnerabilidade, ou da oferta ou recepção por terceiros de pagamentos ou benefícios no sentido de conseguir a transferência de controle sobre o potencial doador, para fins de exploração através da remoção de órgãos para transplante¹⁵.

Em 2004, a OMS instou os Estados-membros a “tomarem medidas no sentido de proteger os grupos mais pobres e vulneráveis contra o turismo de transplante e a venda de tecidos e órgãos, prestando atenção ao problema mais vasto do tráfico internacional de tecidos e órgãos humanos.”¹⁶.

O Brasil passou a ser signatário da mencionada Declaração por intermédio da Portaria n.º 201 de 07 de fevereiro de 2012, que “dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano vivo para fins de transplante no território nacional envolvendo estrangeiros não residentes no país.”¹⁷.

Importante pontuar que o acesso a cuidado de saúde é direito humano embora, com frequência, não seja uma realidade¹⁸.

No tocante ao consentimento do doador, e sua validade, Thaís Rodrigues expõe que a UN. Gift (A Iniciativa Global das Nações Unidas para Combater o Tráfico de Pessoas) e o UNODC (Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime) propõem um conceito de vulnerabilidade nos seguintes termos: Vulnerabilidade refere-se a uma condição resultante da forma como os indivíduos experimentam negativamente a interação complexa de fatores sociais, culturais, econômicos, políticos, ambientais que criam o contexto de suas comunidades. Como tal, a vulnerabilidade não é um estado estático,

¹⁴ <http://www.transplante.rj.gov.br/Site/Arq/declaracaoistambul.pdf> - consulta em 27 de maio de 2021, às 15:11 horas

¹⁵ Idem 12 – “definições”.

¹⁶ Idem.

¹⁷ http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt0201_07_02_2012.html. Acesso em 27 de maio de 2021, às 15:23 horas.

¹⁸ Idem.

absoluto, mas que muda de acordo com o contexto, bem como à capacidade de resposta individual.¹⁹

E, ainda, a mencionada autora expôs que “A UNODC elaborou um modelo de lei de tráfico de pessoas, segundo o documento “o abuso de uma situação de vulnerabilidade pode referir-se a qualquer situação na qual a pessoa envolvida acredite que não exista alternativa possível ou aceitável que não seja submeter-se.”²⁰.

Verificada a situação de vulnerabilidade, o consentimento (que seria possível conforme o Protocolo de Palermo) está maculado e o doador passa a ser vítima, aludida questão é de extrema importância para que afira a responsabilização do doador ou receptor, dado que na legislação pátria, o artigo 15 da lei 9.434 de 1997 estabelece que é crime comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano (pena de reclusão de 03 a 08 anos).

A questão é de extrema importância para evitar a punição da vítima do tráfico de pessoas pelo crime previsto na lei especial.

7 Conclusão

O crime de tráfico de pessoas é delito, em regra transnacional, altamente lucrativamente, realizado por meio de ação complexa, que demanda organização empresarial, atinge grupo de pessoas em situação de vulnerabilidade. Há violação da dignidade da pessoa humana.

Os grupos criminosos para êxito se valem das falhas e diferenças do sistema jurídico dos países, de modo que, para efetivo combate, é necessário a atuação conjunta, por meio de cooperação e melhoramento de leis penais – abarcando as condutas e finalidades de delito, bem como processuais penais para que o crime seja revelado e a punição imposta.

8 Referências

Meliá, M. C. **Tráfico de pessoas: o tráfico de órgãos sob a perspectiva do direito espanhol** – tradução e adaptação de Roberto Barbosa Alves de palestra proferida em 18 de outubro de 2018 na Escola Superior do Ministério Público de São Paulo.

¹⁹ Rodrigues, T. d. C., **Tráfico Internacional de Pessoas para Exploração Sexual**. São Paulo, Editora Saraiva, 2013. P. 176.

²⁰ Idem.

CUNHA, R. S. **Tráfico de pessoas**. Lei 13.344/2016 comentada por artigos: Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto. 02ª Ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

MARZAGÃO JÚNIOR, L. I. (coordenação) **Tráfico de Pessoas**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2010.

QUINTEIRO, M. e SIQUEIRA, P. (organizadoras). **Tráfico de pessoas: quanto vale o ser humano na balança comercial do lucro?** São Paulo: Editora Ideias & letras, 2013.

RODRIGUES, T. d. C. **Tráfico Internacional de Pessoas para Exploração Sexual**. São Paulo, Saraiva, 2013.

A EFETIVIDADE DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL SOB A ÓTICA DO PRAGMATISMO

STELLA SOUTTO MAYOR TOTOLI:

Mestranda em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-Graduada (lato sensu) em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público. Advogada.

Resumo: O presente artigo trata do avanço da tipificação penal e dos métodos de investigação de crimes (principalmente aqueles praticados por Organizações Criminosas) à luz do pragmatismo. O principal objetivo deste trabalho é analisar como o pensamento pragmatista (em oposição ao positivista) se mostra mais eficaz na investigação de crimes de Organizações Criminosas. Para tanto, busca-se, inicialmente, expor as características principais do pensamento pragmatista, para, em seguida, relacioná-lo à efetividade do direito penal e processual penal. Em sequência, passa-se à análise específica do avanço na tipificação e investigação de crimes praticados por Organizações Criminosas (Leis n. 9.034/95, 12.694/12 e 12.850/2013 – esta última atualmente vigente).

Palavras-chave: Pragmatismo; Organizações Criminosas

Abstract: This article deals with the advancement of criminal classification and methods of investigation (especially those committed by Criminal Organizations) in the light of pragmatism. The main objective of this work is to analyze how pragmatist thinking (as opposed to positivist thinking) is more effective in the investigation of crimes by Criminal Organizations. Therefore, it seeks, initially, to expose the main characteristics of pragmatist thinking, and then to relate it to the effectiveness of criminal law and criminal procedure. In the following, there is the specific analysis of the progress in the classification and investigation of crimes committed by Criminal Organizations (Laws n. 9,034/95, 12,694/12 and 12,850/2013 – the latter currently in force).

Key-words: Pragmatism; Criminal Organizations.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Características Essenciais do Pensamento Pragmatista. 2 A efetividade do Direito Penal e Processual Penal e a relação com o Pragmatismo. 2.1 Surgimento de Novas Figuras Típicas Penais e Mecanismos Processuais para Atendimento das Demandas Sociais. 3 Criminalidade Organizada. 3.1 Conceituação de Crime Organizado. 3.2 As Alterações Legislativas e a Evolução no Tratamento Jurídico-Penal do

Crime Organizado. 3.3 A necessidade de criação de novos mecanismos de investigação. 4 Conclusões. 5 Referências Bibliográficas.

Introdução

O presente trabalho tem como objetivo principal a análise das características principais do pensamento pragmatista como forma de garantia da efetividade do Direito Penal e Processual Penal Brasileiro. Pretende-se, para tanto, expor como o olhar do julgador a partir da perspectiva do pragmatismo, em contraponto ao positivismo lógico-normativo, faz-se necessária para que as leis penais e os métodos de investigação e persecução criminal se mantenham alinhados e caminhem juntamente com os avanços das formas de criminalidade e com as especializações nas formas de ofensas aos bens jurídicos tutelados (a depender da natureza do crime, cada qual terá um bem jurídico tutelado distinto).

Neste sentido, o avanço na estruturação e nos crimes praticados por Organizações Criminosas representam perfeitamente a necessidade de o legislador e o aplicador das leis penais olharem para o contexto e para as consequências de aplicação de determinada norma ou método de investigação, buscando sempre que seja o mais eficaz possível na proteção ao bem juridicamente protegido. Seria dizer, portanto, que, se as formas de lesão ao bem jurídico evoluem, os mecanismos de proteção devem evoluir conjuntamente, impedindo a proteção deficiente do bem jurídico (que é, justamente, a outra face do princípio da proporcionalidade). A metodologia adotada será o método pragmatista.

Para tanto, a primeira parte do trabalho é composta por uma breve análise acerca das principais características do pensamento pragmatista, expondo, inclusive, suas contraposições ao positivismo lógico-normativo. Na segunda parte, será avaliada a efetividade do Direito Penal e Processual Penal Brasileiros, no sentido de cumprimento de suas funções de proteção aos bens jurídicos tutelados, a partir do pensamento pragmatista. A questão central a ser respondida é se, a despeito do Direito Penal, em seu aspecto formal, trabalhar com a subsunção do fato típico e ilícito à conduta humana supostamente criminosa, seria melhor analisado a partir do ponto de vista do pragmatismo, observando-se o contexto em que as normas penais foram criadas, em comparação ao atual contexto, para avaliar o legislador e o julgador penais a eventual necessidade de criação de novos tipos penais ou, ainda, de aperfeiçoamento daqueles já existentes, bem como dos métodos de investigação. Assim, na parte final serão analisados os avanços constantes na estruturação e crimes praticados por Organizações Criminosas, no intuito de tentar responder à questão central exposta anteriormente, e verificar se, de fato, a ótica pragmatista, de observação do contexto e das consequências, ao invés de adotar o julgador uma postura contemplativa da realidade, através de uma aplicação mecanizada

das leis, seria mais compatível com os interesses da sociedade, e garantiria, portanto, a melhor efetividade do Direito Penal e Processual Penal.

1. Características Essenciais do Pensamento Pragmatista

O pensamento pragmatista, originado nos Estados Unidos em meados do século XIX, remete ao dinamismo e volatilidade da compreensão e estudo do Direito, conferindo maior valor à aplicação das normas jurídicas de forma condizente com os eventos práticos e as mudanças na sociedade, do que da forma literal como estão positivadas nos códigos. Neste sentido, as críticas que passaram a ser feitas acerca do pensamento Kelseniano e ao positivismo lógico-normativo apontavam para o abismo epistemológico criado entre existência e pensamento, que não era condizente com a realidade e a prática.

Desta feita, diferentemente do positivismo, o pragmatismo entende que a prática e a norma jurídica são indissociáveis entre si, sendo que a completa compreensão da norma posta só poderá ser dimensionada após ser colocada em prática, a fim de que sejam observadas suas consequências. Há, portanto, um rompimento com a dicotomia do “ser” e do “dever-ser”.

Não é por acaso que algumas das principais características do pragmatismo são, justamente, o **antifundacionalismo**, o **contextualismo**, o **consequencialismo**, e a **interdisciplinaridade**. Há, portanto, a necessidade de análise do contexto em que se insere a norma, a partir de fatos sociais, políticos, econômicos, históricos, etc, no afã de que sejam observadas as consequências que a aplicação daquela norma poderá trazer àquela determinada sociedade, ao invés de adotar o julgador uma postura de aplicação quase que mecanizada de princípios tidos como norteadores do Direito e de normas postas tidas como supostas verdades absolutas.

Necessário destacar, neste ponto, que o pensamento Pragmatista não nega a aplicação de leis e precedentes judiciais, no entanto, defende que haja uma ponderação por parte do julgador, a depender de cada caso concreto, para que esta aplicação legal não seja feita de maneira automática e impensada, mas sim, observando-se as consequências e impactos desta decisão no contexto fático.

De nada adiantaria, portanto, a aplicação da lei de forma indistinta e mecanizada, sem que fossem analisados os impactos desta ação, suas consequências para a sociedade. Seria a aplicação da lei simplesmente por aplicá-la, sem um sentido maior.

Charles Sanders Peirce²¹, um dos maiores expoentes do pensamento pragmatista, defendia que a fixação de “crenças” (que seriam o pensamento enraizado, consolidado) como se fossem verdades satisfatórias tornaria o indivíduo como que “cego” aos acontecimentos presentes, haja vista que esta crença não é capaz, por si só, de alterar a realidade. É dizer, por exemplo, que o fato de determinado indivíduo acreditar piamente que não será contaminado por determinada doença, não tem o condão de evitar que esta contaminação aconteça. Deste modo, embora a esfera da crença lhe seja mais conveniente e agradável, não significa que será condizente com a realidade.

Ademais, não se pode admitir que o Direito permaneça estanque, engessado em leis criadas em contextos passados que não mais refletem as necessidades sociais atuais, sob pena de tornar-se absolutamente inócuo à manutenção da ordem social e solução de conflitos.

Neste sentido, argumentam Bruno Salama e Mariana Pargendler²²:

“Historicamente, reservou-se ao direito o papel de manter a ordem. Nos últimos séculos, em muitos lugares, inclusive no Brasil, agregou-se também um caráter progressivista, isto é: a função não apenas de manter a ordem, mas também de impulsionar a melhora, a mudança, o desenvolvimento, o avanço. O novo contexto exige do jurista um pensar para frente, uma visão prospectiva sobre o incentivo e sobre a pertinência entre meio e fim.”

Essa necessidade de “pensar para frente” a que se referem os juristas supramencionados reflete o caráter do pragmatismo de observar o contexto e de questionar a forma de aplicação das normas, buscando evitar que o julgador adote uma postura meramente contemplativa da realidade (de apenas aplicar mecanicamente um texto legal a uma determinada conduta) e passe a adotar uma postura ativa, com a intenção de modificar a realidade.

²¹ PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica e Filosofia. Textos escolhidos de Charles Sanders Peirce*. Introdução, seleção e tradução de Octanny Silveira da Mota e Leonidas Hegenberg. São Paulo, Ed. Cultrix, 1972, pps. 71 a 92.

²² PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. *Direito e consequencia no Brasil: em busca de um discurso sobre o método*. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 262. p. 95-144, jan./abr. 2013.

É neste sentido, também, que Leonardo Monteiro Crespo de Almeida e George Browne Rego²³ apontam para a necessidade de reavaliação das Cortes e Tribunais acerca de precedentes já firmados, em razão das mudanças sociais, a fim de verificarem se aquele posicionamento se mantém alinhado com as novas demandas sociais ou se merece ser revisto, a fim de que continue a produzir efeitos condizentes com esta nova realidade:

“A insistência para que sejam consideradas as consequências de cada decisão, e que esta deve ser a que trará melhores benefícios futuros, implica também uma reconsideração contínua das decisões já tomadas e dos entendimentos firmados: cortes e tribunais, para além de julgarem, investigam e repensam posições à luz de novas circunstâncias e transformações institucionais e sociais. Isso faz com que toda apreciação dos casos jurídicos seja marcada por uma pluralidade de opções e movimentos que não podem ser previstos.”

Deste modo, a análise dos impactos da aplicação da norma na sociedade mostra-se de suma importância para garantir sua efetividade, tendo em vista que o contexto que existia quando a norma foi criada provavelmente não era o mesmo que o atual, e, deste modo, deverá o julgador ponderar se a aplicação daquela determinada norma em determinados casos continua sendo eficaz na produção de seus efeitos tais como desejado pelo legislador, bem como se continua sendo capaz de atender às novas demandas da sociedade, ou, ao contrário, se deverá ser revista.

2. A Efetividade do Direito Penal e Processual Penal e a Relação com o Pragmatismo

Christiano Jorge Santos²⁴ expõe que “crime”, no Brasil, é, juntamente com as *contravenções penais*, espécie do gênero *infração penal*, sendo que, atualmente, predomina a divisão do conceito de crime sob três principais enfoques: (i) analítico; (ii) formal; e (iii) material.

Sob o enfoque analítico, que analisa o conceito de “crime” a partir da sua divisão em elementos, a teoria tripartida (também chamada de teoria clássica ou causal-naturalista), adotada pelo Direito Brasileiro, defende que o crime é composto por um fato

²³ ALMEIDA, Leonardo Monteiro Crespo de; REGO, George Browne. *Pragmatismo Jurídico e Decisão Judicial*. Revista Pensar, Fortaleza, v. 20, n. 2, p. 404-429, maio/ago. 2015. P. 418

²⁴ SANTOS, Christiano Jorge. *Direito Penal - Parte Geral*. Rio de Janeiro: Elsevier-Campus Jurídico, 2007, p. 2.

típico, ilícito (ou antijurídico) e culpável. Por sua vez, o enfoque formal determina que o delito é a subsunção (“encaixe”) da conduta humana à figura penal, ou seja, aquilo que o legislador tipificou em lei como sendo ilícito e passível de determinada sanção. Ainda, o enfoque material determina que crime é a conduta humana que, proposital ou descuidadamente, lesa ou expõe a perigo bem jurídico protegido (que, a depender do crime praticado, poderá ser a vida, o patrimônio, a integridade física, o meio-ambiente, a segurança pública, etc).

Deste modo, depreende-se que, no Brasil, para se apurar eventual cometimento de crime pelo agente, deverá haver o “encaixe” de uma conduta ilícita que esteja tipificada (prevista expressamente) em lei como sendo criminosa ao fato concreto ocorrido (conduta humana), sendo que, caso se amoldem perfeitamente, e sendo o agente culpável, poderá se falar na ocorrência de crime, passível de punição estatal. Haverá, portanto, uma subsunção do fato à norma, similar ao que se verifica no raciocínio silogístico, sendo que o fato típico e ilícito se equipararia à premissa maior, a conduta do agente se equipararia à premissa menor e o “resultado” do “encaixe” entre fato típico e ilícito e conduta do agente se equipararia à conclusão do silogismo lógico-dedutivo.

Este processo de subsunção do fato à norma pode conduzir ao entendimento, em um primeiro momento, de que o Direito Penal seria mais afeto ao positivismo lógico-normativo do que ao pragmatismo, porque, em tese, não haveria uma análise, pelo julgador, do contexto em que estaria inserida a norma e tampouco das consequências que a aplicação desta norma poderia produzir na sociedade.

Como já exposto anteriormente, o pragmatismo possui como algumas de suas características principais o consequencialismo, o antifundacionalismo e a interdisciplinaridade, estimulando a investigação e análise dos elementos fáticos (contexto) que circundam cada caso. Ora, se, no Direito Penal, há um processo de amoldar uma determinada conduta humana a uma norma posta, seria possível realizar uma ponderação das consequências deste amoldamento, ou, ainda, uma análise ampla e interdisciplinar do fato em comento, a fim de verificar as possíveis consequências que geraria para a sociedade?

Ocorre que o Direito Penal, conquanto realize a subsunção do fato à norma, sendo certo que não haverá crime sem lei anterior o que o defina (artigo 1º do Código Penal Brasileiro), não se limita a isto. Pelo contrário: o Direito Penal possui o dever de analisar e acompanhar as mudanças sociais, no intuito de adequá-lo às reais necessidades dos indivíduos, mantendo sua eficácia de proteção e manutenção da paz social. Inclusive,

dentre os principais princípios norteadores do Direito Penal, tem-se o da razoabilidade e da proporcionalidade, que preveem que os meios aplicados devem ser razoáveis (condizentes com o que a situação exige, evitando excessos desnecessários ao caso) e proporcionais (adequados ao que aquela situação determinada exige).

O princípio da proporcionalidade possui, ainda, uma segunda face, que veda a proteção deficiente do bem jurídico tutelado, ou seja, busca garantir que a proteção conferida ao bem jurídico seja adequada e suficiente para, de fato, resguardá-lo. Neste sentido, é possível compreendermos que, havendo um avanço nas formas de ameaça ao bem jurídico, naturalmente, deverá o Direito Penal observar estes avanços e buscar criar mecanismos suficientes para combatê-los, de modo a continuar garantindo a proteção necessária ao bem jurídico tutelado.

2.1 Surgimento de Novas Figuras Típicas Penais e Mecanismos Processuais para Atendimento das Demandas Sociais

Neste ponto, a partir dos avanços nas formas de ameaça ao bem jurídico, cumprirá ao Direito Penal, se for o caso, tipificar novas condutas.

É o caso, por exemplo, do crime de importunação sexual, previsto no artigo 215-A do Código Penal, que foi introduzido no ordenamento jurídico penal com a Lei n. 13.718/2018, a partir de situação que vinha tornando-se frequente no interior de transportes públicos coletivos de São Paulo: alguns homens passaram a ejacular em mulheres que se encontravam no interior destes coletivos, sem que restasse a elas apresentar qualquer tipo de defesa ou reação. Embora não houvesse dúvida de que a dignidade sexual destas mulheres estava sendo violada, a conduta dos agentes não se amoldava perfeitamente a nenhum tipo penal até então existente (nem estupro – artigo 213 do Código Penal – nem ato obsceno, do artigo 233 do Código Penal). Deste modo, em razão da falta de uma figura típica adequada para este novo delito que surgia, o que impedia a perfeita subsunção do fato à norma, não haveria como punir penalmente tais indivíduos, o que não podia ser tolerado pela sociedade. Desta feita, surgiu a necessidade de criação do tipo penal da “Importunação Sexual”, previsto no artigo 215-A do Código Penal, cuja pena cominada é de um a cinco anos de reclusão, se o ato não constitui crime mais grave.

Há a possibilidade, ainda, de que seja criada uma causa de aumento de pena ou qualificadora específica para um tipo penal já existente, em razão de uma situação especializada que esteja se mostrando recorrente. Foi o caso da inclusão da qualificadora do “Feminicídio” ao crime de homicídio (parágrafo 2º, inciso VI, do artigo 121 do Código

Penal), incluída pela Lei n. 13.104/2015, em razão do aumento alarmante nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, que culminavam em tentativa ou consumação do homicídio das vítimas (na grande maioria das vezes, por seus atuais ou ex-companheiros).

Da mesma forma, cumprirá ao Direito Processual Penal criar ou aperfeiçoar os mecanismos de investigação destas novas formas de delito. O Direito Penal e Processual Penal devem caminhar juntos, de modo que, sempre que houver alguma modificação no campo do direito material (que é o direito penal em si, que prevê as condutas criminosas, bem como os elementos de culpabilidade e de ilicitude), deverá haver também previsão no campo do Direito Processual Penal, acerca da investigação e processamento destes novos delitos ou novas formas qualificadas de um delito já previamente existente. A título de exemplo, o crime de importunação sexual, cuja pena prevista é de um a cinco anos de reclusão (caso o fato não constitua crime mais grave), será de ação penal pública condicionada à representação, consoante artigo 225 do Código Penal (porque inserido no Capítulo dos Crimes contra a Dignidade Sexual), bem como adotará o rito ordinário de processamento, em razão da pena máxima cominada ser de cinco anos de reclusão, observado o artigo 394, §1º, inciso I, do Código de Processo Penal. No mesmo sentido, a qualificadora do “Feminicídio” seguirá o mesmo rito do crime de homicídio, sendo a competência de julgamento do Tribunal do Júri (ressalte-se que o “Feminicídio” será sempre crime doloso, do contrário, o enquadramento típico seria em homicídio culposo – artigo 121, §3º, do Código Penal).

É cristalino que o Direito Penal (e, conseqüentemente, o Direito Processual Penal) deve estar atento às demandas sociais, no intuito de proteger o bem jurídico tutelado de ameaças, devendo, também, acompanhar o dinamismo social e adequar-se às mudanças que venham a requerer novas formas de proteção destes bens jurídicos, o que nos permite afirmar que guardam bastante proximidade com o pensamento pragmatista, portanto.

Neste sentido, chamamos a atenção para o fenômeno das Organizações Criminosas, que constantemente desafiam o Direito Penal e Processual Penal Brasileiros a acompanharem o ritmo veloz de seu desenvolvimento, exigindo do julgador um olhar mais dinâmico e multidisciplinar do contexto em que se inserem.

3. Criminalidade Organizada

3.1. Conceituação de Crime Organizado

A Convenção de Palermo²⁵ traz, em seu artigo 2º, alínea "a", o conceito de "Grupo Criminoso Organizado", nos seguintes termos:

"Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material; (...)"

Trata-se, porém, de conceito bastante amplo e que não permite uma aplicação adequada em razão da falta de delimitação penal precisa.

Neste sentido, Guilherme de Souza Nucci²⁶ aponta que "O conceito de *organização criminosa* é complexo e controverso, tal como a própria atividade do crime nesse cenário. (...)".

As Organizações Criminosas se comportam como se fossem organismos vivos, na medida em que vão se adaptando e se transmutando de acordo com os novos contextos sociais que vão sendo impostos pela sociedade, a fim de se propagarem no tempo (evitando, assim, sua extinção). Deste modo, faz-se mister que o Direito acompanhe essas transformações e busque adequar os métodos já existentes (e, se necessário, crie novos mecanismos) para enfrentar esta nova forma de criminalidade.

3.2. As Alterações Legislativas e a Evolução no Tratamento Jurídico-Penal do Crime Organizado

Inicialmente, é necessário observar que o sistema penal e processual penal brasileiro tradicional foi desenvolvido para o modelo de delinquência individual e localizada, de modo que, com o desenvolvimento de novas práticas criminais, de maior alcance e complexidade, que passaram, inclusive, a ofender direitos coletivos e difusos, os meios de

25 A Convenção de Palermo, também conhecida como "Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional", é considerada o principal instrumento global de combate ao crime organizado transnacional. Foi aprovada pela Assembleia-Geral da ONU em 15 de novembro de 2000, entrando em vigor internacionalmente em 29 de setembro de 2003, e no Brasil, em 28 de fevereiro de 2004 (Decreto de Promulgação n. 5.015/2004).

26 NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa*. 5ª.ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020, p. 12.

obtenção de prova vigentes passaram a se mostrar obsoletos, incapazes de combater de forma efetiva essa nova criminalidade.

É a partir deste desenvolvimento do conceito de criminalidade que se destaca o surgimento das Organizações Criminosas, as quais, cada vez mais estruturadas e organizadas, mostram-se extremamente deletérias à sociedade. Fez-se imprescindível, portanto, a criação de novas leis penais e processuais penais, no afã de combater devidamente os crimes praticados por estas organizações, bem como tipificar as condutas e penas adequadas aos seus agentes.

A primeira lei brasileira a tratar do tema de Organizações Criminosas foi a Lei nº 9.034/95 (alterada pela lei nº 10.217/2001), que previa, de forma genérica, a utilização de meios de prevenção e repressão a ações de Organizações Criminosas, sem, contudo, definir o que caracterizaria estas Organizações nem, tampouco, tipificar as condutas consideradas crimes para fins desta lei especial. Por este motivo, sua eficácia restava comprometida, na medida em que não apresentava solução prática para o devido enfrentamento do crime organizado.

Em seguida, a lei nº 12.694/12 (que, ressalte-se, não revogou a lei nº 9.034/95) inovou ao dispor sobre o processo e julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por Organizações Criminosas. Ademais, na mesma esteira da Convenção de Palermo, a referida lei trouxe, em seu artigo 2º, o conceito de Organização Criminosa, porém, esta previsão, por si só, não foi suficiente para sanar todas as lacunas legislativas existentes a respeito do tema, haja vista que não foram tipificadas as condutas que seriam consideradas crimes praticados por Organizações Criminosas.

Neste cenário de incertezas legislativas e de falta de aplicação de legislação efetiva no combate ao crime organizado, surgiu, em 2013, a Lei nº 12.850, que permanece em vigor, a qual, além de revogar a lei nº 9.034/95, foi a primeira lei a trazer a definição efetiva, em seu artigo 1º, §1º, de Organização Criminosa, bem como a tipificar, com a respectivas penas, as condutas de *promover, constituir, financiar ou integrar* tais Organizações (artigo 2º da Lei nº 12.850/13).

Ademais, a Lei de Organizações Criminosas atualmente em vigor também dispõe acerca do procedimento criminal para processo e julgamento dos crimes praticados por Organização Criminosa. Mostra-se, portanto, bastante completa e robusta, motivo pelo qual pode-se afirmar que é mais eficiente e aplicável no combate ao crime organizado do que as leis anteriores que, a despeito de tratarem sobre o tema, apresentavam lacunas legislativas.

3.3. A necessidade de criação de novos mecanismos de investigação

Em que pese a importância da tipificação de Organização Criminosa e das penas aos indivíduos que se associam para a prática desta nova modalidade de criminalidade, fez-se igualmente necessária a criação de novos mecanismos de investigação destes crimes, haja vista que o crime organizado se especializou de tal forma, isto é, encontrou maneiras tão tecnologicamente avançadas de operar, que o uso apenas dos meios “tradicionais” de investigação penal tornou-se insuficiente para garantir a efetividade da persecução penal.

De acordo com Flávio Cardoso Pereira²⁷, em artigo publicado na Revista do Ministério Público do Estado de Goiás em 2008 (portanto, anteriormente à Lei nº 12.850/2013):

“Os meios tradicionais de averiguação do delito utilizados pela polícia (inspeções oculares, escutas telefônicas, interrogatórios etc.) mostram-se absolutamente ineficazes na luta contra a expansão do fenômeno delitivo denominado de ‘delinquência organizada’. Tal constatação é obtida em razão de alguns fatores, dentre os quais se destaca a complexidade das organizações criminosas, que se utilizam de altíssimo grau de profissionalismo, já que são assessoradas por especialistas em matérias técnicas como a informática, a economia e o direito(...). Dessa forma, esses clãs organizados empregam em suas empreitadas alta tecnologia como, por exemplos, meios de transmissão de comunicação cada vez mais sofisticados, os quais têm por finalidade determinar a não-detecção dos contratos mantidos entre os criminosos”.

Na mesma linha, Raecler Baldresca²⁸ esclarece acerca da necessidade dos órgãos de punição estatais de acompanharem o desenvolvimento e evolução destas Organizações Criminosas:

27 CARDOSO PEREIRA, Flávio. Artigo: *Meios extraordinários de investigação criminal: infiltrações policiais e entregas vigiadas (controladas)*. Revista do Ministério Público do Estado de Goiás. Ano 11, nº 16, dez/2008, p. 28.

28 BALDRESCA, Raecler. *A Definição de Competência para o Processo e Julgamento dos Crimes praticados por Organizações Criminosas*. 2016. 243 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, pp. 84-85.

"(...). De um modo geral, as organizações adaptaram-se à realidade atual com bastante desenvoltura. Souberam se beneficiar dos novos instrumentos que a tecnologia colocou à disposição de todos, especialmente na área da comunicação e do transporte da informação em tempo real. Também usufruíram das facilidades criadas para a circulação de bens, serviços e dinheiro decorrentes do processo de globalização.

Com o passar do tempo, e com a finalidade de se esquivarem das armadilhas tradicionais preparadas pelos órgãos policiais, as organizações passaram a mesclar modelos estruturais e a adotar estratégias diferenciadas, especialmente em decorrência da maior profissionalização de seus integrantes na atividade delinquencial.

(...).

Neste sentido, é fundamental que os órgãos de persecução penal considerem tais circunstâncias na elaboração de estratégias para o controle das atividades do crime organizado. Se o crime é dinâmico e se adapta às mudanças sociais com facilidade, é crucial que os diversos órgãos repressivos estatais mantenham atualização constante, troquem informações e atuem de forma conjunta, e jamais isoladamente. (...)."

Dentre os principais meios de investigação criados para combater a criminalidade organizada, pode-se citar aqueles previstos no artigo 3º da Lei nº 12.850/13, quais sejam: **(i)** a colaboração premiada; **(ii)** a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; **(iii)** a ação controlada; **(iv)** o acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; **(v)** a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; **(vi)** o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; **(vii)** a infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11; e **(viii)** a cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

Uma breve introdução acerca dos principais mecanismos se faz necessária. Primeiramente, o instituto da colaboração premiada (que se tornou bastante conhecido

popularmente principalmente durante a *Operação Lava-Jato*, em 2014), é um instrumento de investigação que permite seja concedida recompensa ao investigado ou acusado (redução de pena, por exemplo), em troca de sua cooperação com os órgãos de persecução criminal. Tais benefícios devem levar em consideração a personalidade do agente colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade, a repercussão social do fato e a eficácia dos resultados da colaboração.

No acordo de colaboração, o Ministério Público pode até mesmo deixar de oferecer denúncia, mitigando o princípio da obrigatoriedade.

A grande relevância deste instituto nas investigações das Organizações Criminosas repousa no fato de que, por vezes, a única maneira de saber como essa “empresa do crime” funciona, ou seja, sua divisão interna de tarefas e posições hierárquicas, é através de um integrante que participe desta estrutura, sendo que os membros mais importantes da organização (o “topo” da pirâmide hierárquica) normalmente mantêm-se protegidos, ocultos e dificilmente são descobertos sem medidas extraordinárias de investigação, como a delação.

De outra banda, acerca do mecanismo da ação controlada, Nucci²⁹ expõe que:

“trata-se do retardamento legal da intervenção policial ou administrativa, basicamente a realização da prisão em flagrante, mesmo estando a autoridade policial diante da concretização do crime praticado por organização criminosa, sob o fundamento de se aguardar o momento oportuno para tanto, colhendo-se mais provas e informações. Assim, quando, futuramente, a prisão se efetivar, será possível atingir um maior número de envolvidos, especialmente, se viável, a liderança do crime organizado.”

Trata-se da mitigação do flagrante obrigatório, de modo que, apesar de a prisão em flagrante durante o cometimento de crime ou logo após continuar sendo obrigatória, o momento do flagrante será retardado para garantir maior efetividade às investigações.

Portanto, a Ação Controlada é justamente a autorização judicial que é dada à autoridade policial ou ao membro do Ministério Público para que deixem de agir ao

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas: Vol. 2*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.746.

presenciarem a prática de um crime, no intuito de aguardarem a obtenção de maiores informações sobre aquela atividade criminosa (por exemplo: ao invés de prenderem em flagrante por tráfico de drogas um indivíduo que é visto trazendo consigo uma mala contendo cocaína, é feito um acompanhamento para ver para quem ele entregará a droga, bem como quem lhe entregará o dinheiro em troca do entorpecente, no afã de se descobrir maiores informações acerca da estrutura interna, das atividades e dos membros da Organização Criminosa).

Ressalte-se que este procedimento já era previsto na Lei de Drogas (Lei no 11.343/06) e na Lei de Lavagem De Dinheiro (Lei no 9.613/98). Trata-se de mecanismo de investigação que permite, inclusive, a cooperação internacional na investigação das organizações.

Outro mecanismo bastante utilizado na investigação de crimes praticados por Organizações Criminosas é a infiltração policial, que consiste na introdução planejada de integrantes dos órgãos policiais em uma Organização Criminosa, passando a agir como um de seus integrantes, ocultando a real identidade com o objetivo de obter informações internas para desarticulação da organização criminosa. Apenas agentes da polícia, federal ou estadual, podem participar, sendo vedada a infiltração de particulares. Os direitos do agente estão preceituados no art. 14 da Lei n. 12.850/13.

Frise-se que esse meio de obtenção de prova é permitido apenas nas situações em que houver indícios de infração penal praticada por meio das Organizações Criminosas e a prova não puder ser produzida por outros meios, caracterizando uma medida subsidiária, excepcional, sendo necessária a prévia, circunstanciada e sigilosa autorização judicial. Seu prazo é de no máximo 6 meses, podendo, contudo, ser prorrogada com base na razoabilidade e dificuldade do caso.

Ademais, o agente infiltrado apenas responde pelos atos praticados em excesso; portanto, diante de hipótese de inexigível conduta diversa, o agente não responde, seja por ausência de culpabilidade ou por agir em estrito cumprimento do dever legal (causa excludente da ilicitude). É o caso, por exemplo, do agente infiltrado que é envolvido pelos reais integrantes da Organização em uma operação de tráfico de drogas, e sua única opção é participar, para não revelar sua identidade prematuramente e arruinar a operação. Ressalte-se que o agente deve agir de modo passivo, não instigando a prática de crimes pelos demais membros da organização.

Esse meio de obtenção de prova é de grande eficiência, porque o agente infiltrado passa a fazer parte da estrutura da organização criminosa, tendo contato direto com alguns

de seus membros, o que garante uma possibilidade ímpar de conhecimento. Contudo, os riscos são enormes, de modo que deve ser a última alternativa.

É inconteste, portanto, que, com o desenvolvimento de uma criminalidade que não mais era centrada nos crimes cometidos por apenas um indivíduo (por exemplo: um roubo simples), mas, sim, voltado à associação de indivíduos para o cometimento de crimes com penas máximas superiores a quatro anos de reclusão (a indicar, portanto, maior periculosidade e maior reprovabilidade da conduta), fez-se mister a criação de novos meios legislativos para buscar entender esta nova forma de criminalidade, tipificando as condutas e penas no intuito de delimitar o escopo da investigação penal, bem como a criação de novos mecanismos de investigação, que auxiliassem na obtenção de provas e garantissem a eficácia da persecução criminal.

4. Conclusões

O presente artigo objetivou demonstrar como as principais características do pensamento pragmatista, quais sejam, o antifundacionalismo, o consequencialismo, o contextualismo e a interdisciplinaridade influenciam diretamente na efetividade do Direito Penal e Processual Penal Brasileiro, sendo imperioso que o legislador e aplicador das leis penais acompanhem a dinamicidade e volatilidade com que os delitos vão se transformando, exigindo uma resposta estatal cada vez mais multidisciplinar e eficaz na proteção do bem jurídico tutelado.

Para tanto, utilizou-se como exemplo o fenômeno das Organizações Criminosas, que cada vez mais desafiam o Direito Penal e Processual Penal, em razão das constantes mudanças a que se submetem para se propagarem no tempo, esquivando-se dos métodos tradicionais de investigação policial e exigindo, assim, que sejam aperfeiçoados ou criados novos métodos de investigação mais apropriados para apurar os crimes cometidos por Organizações Criminosas (como é o caso da colaboração premiada, da ação controlada e da infiltração de agentes, por exemplo).

Neste sentido, é possível chegarmos às seguintes conclusões:

(i) O Direito Penal, embora à primeira vista pareça mais alinhado com o pensamento positivista, em razão de seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, não se limita a este processo de amoldamento do tipo penal à conduta humana, sendo de suma importância para a sua efetividade que o aplicador das leis penais observe o contexto e as consequências que a aplicação de determinada norma gerariam naquela determinada

sociedade, a fim de sopesar se seria o caso de aplicá-la ou, eventualmente, modificá-la, para adequá-la ao caso concreto;

(ii) As constantes transformações dos delitos, que trazem inovações nas formas de lesão ao bem jurídico tutelado (o qual variará a depender do crime praticado), exigem do legislador e do aplicador da lei penal uma resposta multidisciplinar e que se aperfeiçoe continuamente, a fim de gerar consequências eficazes no combate a esta forma especializada de delito (um exemplo, são os crimes praticados por Organizações Criminosas, as quais vão se transmutando continuamente, a fim de garantirem sua propagação no tempo);

(iii) De nada adiantaria a aplicação mecanizada de leis e instrumentos de persecução penais já existentes que se mostrassem inócuos no combate a determinado tipo de delito, não sendo capazes de proteger adequadamente o bem jurídico tutelado;

(iv) A necessidade do legislador e aplicador da lei penal de observar o contexto e as consequências geradas a partir da aplicação de determinada norma a um caso concreto, no intuito de sopesar se seria o caso de eventual modificação ou aperfeiçoamento de uma lei penal ou método de investigação, demonstra a afinidade do Direito Penal e Processual Penal com o pensamento pragmatista, como forma de garantir sua efetividade na proteção aos bens jurídicos.

É inegável, portanto, que a aplicação mecanizada da lei penal, ou seja, a mera subsunção de uma conduta humana a um fato tipificado em lei e considerado ilícito, por si só, sem que seja feita qualquer ponderação por parte do julgador acerca do contexto em que o delito ocorreu, tampouco as consequências de aplicação daquela norma (inclusive, analisando se é ou não suficiente e capaz de proteger adequadamente o bem jurídico tutelado), não é compatível com as necessidades da sociedade e com os constantes avanços criminais, principalmente, no âmbito das Organizações Criminosas.

5. Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Leonardo Monteiro Crespo de; REGO, George Browne. **Pragmatismo Jurídico e Decisão Judicial**. Revista Pensar, Fortaleza, v. 20, n. 2, p. 404-429, maio/ago. 2015;

BALDRESCA, Raecler. **A Definição de Competência para o Processo e Julgamento dos Crimes praticados por Organizações Criminosas**. 2016. 243 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016;

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Artigo: Anatomia do crime de importunação sexual tipificado na Lei 13.718/2018.** Revista Consultor Jurídico, 30 de set. de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-30/cezar-bitencourt-anatomia-crime-importunacao-sexual>>. Acesso em 16 nov. 2021;

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal Brasileiro.** In BINENBOJM, Gustavo; NETO, Claudio Pereira de Souza; SARNENTO, Daniel. Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris 2009, pps. 363 a 385;

CARDOSO PEREIRA, Flávio. **Artigo: Meios extraordinários de investigação criminal: infiltrações policiais e entregas vigiadas (controladas).** Revista do Ministério Público do Estado de Goiás. Ano 11, nº 16, dez/2008, p. 28;

MASSON, Cleber, MARÇAL, Vinicius. **Crime organizado.** 4.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018;

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Superando o dualismo entre fato e norma, ser e dever-ser.** In: Um método para a investigação das consequências. A lógica pragmática da abdução de C. S. Peirce aplicada ao Direito. Ed. Ideia, João Pessoa, 2013, p. 118-134;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas: Vol. 2.** 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020;

_____. **Organização Criminosa.** 5ª.ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020;

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. **Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método.** In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 262. p. 95-144, jan./abr. 2013;

PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica e Filosofia. Textos escolhidos de Charles Sanders Peirce.** Introdução, seleção e tradução de Octanny Silveira da Mota e Leonidas Hegenberg. São Paulo, Ed. Cultrix, 1972, pps. 71 a 92;

SANTOS, Christiano Jorge. **Direito Penal - Parte Geral.** Rio de Janeiro: Elsevier-Campus Jurídico, 2007, p. 2.

PESSOAS PRETAS E PARDAS EM CERTAMES PÚBLICOS E O SUBJETIVISMO DAS COMISSÕES DE HETEROIDENTIFICAÇÃO: A JUDICIALIZAÇÃO DO COLORISMO NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

BRUNO RAFAEL PAIXÃO MEDRADO:

Formado em Direito pela Faculdade de Petrolina (FACAPE) e especialista em Direito Público Municipal pela mesma IES. Advogado militante na área de Direito Público. Professor de Direito da FACAPE (2018-2019), Uninassau (2020) e UniFTC (2022). Juiz Leigo no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (2019).

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo discutir a produção legislativa relacionada à inserção da população preta ou parda na estrutura estatal, através de certames públicos. Como se sabe, a política nacional de igualdade racial trouxe diversos mandamentos à Administração Pública no sentido de reservar vagas nas suas seleções. O que tem tornado ineficaz essa diretriz é a falta de objetivismo na redação dos diplomas e o excesso de subjetivismo nos agentes que participam do processo de verificação da condição de pessoa negra. Outro ponto que é destacado no trabalho é a falta de iniciativa nos entes da federação brasileira. Nem todos os Estados-membros e municípios do Brasil possuem regulamentação sobre cotas para pessoas pretas ou pardas.

Palavras-chave: concurso; cotas; universidades; lei; heteroidentificação.

ABSTRACT: This article aims to discuss the legislative production related to the insertion of the black or brown population in the state structure, through public contests. As is well known, the national racial equality policy brought several commandments to the Public Administration in the sense of reserving places in its selections. What has made this guideline ineffective is the lack of objectivism in the drafting of diplomas and the excess of subjectivism in the agents who participate in the process of verifying the condition of a black person. Another point that is highlighted in the work is the lack of initiative in the entities of the Brazilian federation. Not all member states and municipalities in Brazil have regulations on quotas for black or brown people.

Keywords: public tender; quotas; universities; law; heteroidentification.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO – 2. O QUESTIONAMENTO DA LEI DE COTAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – 3. AS BRECHAS QUE PERMITEM JUDICIALIZAÇÃO – 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS – 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO

A discussão acerca das ações afirmativas para promover o fim da desigualdade étnico-racial precisa ser encarada com seriedade. Isso porque as políticas públicas voltadas para a produção legislativa, dado o seu caráter verticalizado, têm sido para “inglês ver”.

E essa expressão, que deriva de um conhecido adágio, vem a calhar porque sua origem se deu num contexto histórico que guarda muita semelhança com os dias de hoje e se resumia a falsa percepção da existência de leis para coibir o tráfico negreiro no século XIX.

Não existe uma explicação acima de controvérsia para a conhecidíssima expressão “para inglês ver”, cujo sentido o Houaiss define como “para efeito de aparência, sem validade”. A mais aceita, e que me parece também a mais plausível, é a que apresentou o filólogo João Ribeiro em seu livro “A língua nacional”: no tempo do Império, as autoridades brasileiras, fingindo que cediam às pressões da Inglaterra, tomaram providências de mentirinha para combater o tráfico de escravos africanos – um combate que nunca houve, que era encenado apenas “para inglês ver”. (VEJA, 2020)

Ainda nos tempos hodiernos isso se verifica, pois há no Brasil, em números absolutos (quanto se junta o arcabouço federal, estadual e municipal) uma farta legislação que trata da inserção das pessoas negras dentro da estrutura do Estado, mas, analisando as normas de forma detida e casuística, verifica-se que, muito embora na forma exista uma legalidade, há algo que falta na matéria.

Diversos são os pontos que podem ser elencados nessa retórica, a começar pela falta de objetivismo e clareza das leis que tratam de reserva de vagas para pessoas pretas ou pardas. A título de exemplo serão mencionadas duas delas: a Lei 12.711 de 29 de agosto de 2012, que dispõe sobre o ingresso nas universidades públicas federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio, e a Lei 12.990 de 9 de junho de 2014, que trata da reserva de vagas destinadas a pessoas pretas ou pardas nos concursos públicos de provimento de cargos efetivos e empregos públicos na Administração Pública Federal. São leis curtas, que não definem, nem deixam elementos de norte para as entidades mais descentralizadas e, no fim das contas, uma parafraseia a outra.

A aplicação dos diplomas normativos acima referidos se dá em relação à Administração Pública Federal. Os demais entes têm competência legislativa própria, que se espelham no modelo feito pela União Federal - quando fazem (já que nem todos os Estados e 5.570 municípios possuem regulamentação sobre esse tipo de assunto).

Para se ter uma ideia dos dados, segundo levantamento, ainda em algumas capitais não há a instituição da política de cotas raciais no funcionalismo público. Em alguns estados do norte do país, nenhum município está imbuído com a prestação positiva.

Vitória (ES), Porto Alegre (RS), Salvador (Bahia), São Paulo (SP), Cuiabá (MT), Belo Horizonte (MG), Rio de Janeiro e Brasília (DF) são as capitais que possuem lei de cotas nos concursos públicos municipais. No caso de Brasília, a legislação vale para todo o território do Distrito Federal. A Lei nº 6.321/2019 garante 20% das vagas para pessoas negras, válido para concursos com mais de três vagas. No Amapá, Rondônia e Roraima e Acre, nenhum município informou ter legislação para garantir vagas em concursos públicos à população negra. (CONGRESSO EM FOCO, 2021)

Ainda em relação à estatística publicada no site, pouco mais de um terço das capitais instituíram sua própria política pública.

Entre as 26 capitais e o Distrito Federal, só oito possuem a garantia de vagas por meio de lei. Mas a existência de ações afirmativas não implica, necessariamente, na sua efetividade. Casos de leis restritivas, pouco divulgadas e até apagão de informações. (CONGRESSO EM FOCO, 2021)

Da mesma forma que se verifica no ato normativo federal, nos âmbitos estadual e municipal o trabalho legislativo, quando há, limita-se a poucos artigos, sem detalhamento, delegando para decretos a função de minudenciar o texto da lei, que, por sua vez, transfere para o agente público ou órgão da ponta a função de destrinchar os direitos e condições para que uma pessoa aprovada em certames públicos possa ingressar no quadro de pessoal estatal.

O processo de criação dos atos normativos, sejam de alto escalão (como as leis) ou do mais subalterno (como as portarias) respeitam a Constituição Federal na forma, mas nem sempre são legítimas no conteúdo, daí porque, utilizando um método exploratório e descritivo e com pesquisa documental e bibliográfica, o objetivo deste trabalho é explicar o cenário atual das políticas públicas voltadas para fomento de cotas e sugerir correção de algumas incoerências no trato do Estado, no que respeita a promoção efetiva das ações afirmativas.

2. O QUESTIONAMENTO DA LEI DE COTAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A ideia deste trabalho não é discutir a validade ou não dessas leis. Isso já está superado. Como se sabe, logo que entrou em vigor, havia uma controvérsia nos tribunais

do país acerca de uma pseudo-inconstitucionalidade. Para dirimir essa celeuma, foi ajuizada a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 41.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), julgando a Ação declarou, por unanimidade, a validade da Lei nº 12.990/2014, que reserva 20% das vagas oferecidas em concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal.

O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente o pedido, para fins de declarar a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, e fixou a seguinte tese de julgamento: “É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa”. Ausentes, participando de sessão extraordinária no Tribunal Superior Eleitoral, os Ministros Rosa Weber e Luiz Fux, que proferiram voto em assentada anterior, e o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 8.6.2017. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADC 41, Relator MINISTRO ROBERTO BARROSO. Brasília, 08 de jun. de 2017/06/2017, Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal)

Com esse precedente, tornou-se possível a utilização da autodeclaração e de critérios subsidiários de heteroidentificação.

Convém ressaltar, entretanto, que, de forma pertinente, o voto do Ministro Alexandre de Moraes, proferido na referida ADC, consagrou a importância das provas documentais, considerando-as prioritárias em relação à entrevista presencial:

De qualquer modo, parece fora de dúvida que, para preservar melhor maneira possível a dignidade dos candidatos, evitando maiores constrangimentos, o ideal é que o processo de verificação da autenticidade da declaração privilegie, inicialmente, registros documentais capazes de corroborar a afirmação dos candidatos. Isso pode ser providenciado pela apresentação de fotografias ou até mesmo por documentos públicos que assinalem sinais étnico-raciais referentes aos candidatos e, também, a seus respectivos genitores. Segundo Hédio Silva Junior, especialista no tema, há uma série de documentos públicos que ostentam informações relevantes para

solver dúvidas sobre a realidade étnico-racial: (...) em pelo menos sete documentos públicos os brasileiros são classificados racialmente com base na cor da pele, são eles: 1. cadastro do alistamento militar; 2. certidão de nascimento (cor era assinalada até 1975); 3. certidão de óbito; 4. cadastro das áreas de segurança pública e sistema penitenciário (incluindo boletins de ocorrência e inquéritos policiais); 5. cadastro geral de empregados e desempregados. 6. Cadastro de identificação civil – RG (SP,DF, etc); 7. Formulário de adoção de varas da infância e adolescência. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADC 41, Relator MINISTRO ROBERTO BARROSO. Brasília, 08 de jun. de 2017, Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal)

Portanto, para MORAIS, deve ser oportunizada aos candidatos cotistas a apresentação de documentos capazes de comprovar a declaração, com prioridade sobre a comissão de heteroidentificação. A verificação feita por uma comissão só seria possível se a análise desses documentos se revelasse insuficiente. Para ele, a entrevista, por ser invasiva, teria um caráter subsidiário.

Surge, com base nesse precedente, demasiadamente persuasivo, afinal, provém de um magistrado da mais alta corte brasileira, o entendimento segundo o qual os editais de certames que reservam vagas para pessoas pretas ou pardas devem prever, primeiramente, a apresentação de documentos oficiais, e segundo, caso isso não venha bastar, estabelecer critérios objetivos de análise do fenótipo dos candidatos, como por exemplo, os relativos ao nariz, boca, dentes, face, crânio, cabelo, barba, tonalidade da cor da pele, além de prever a possibilidade de envio de documentos complementares emitidos por órgãos públicos que corroborassem com a afirmação dos candidatos.

Com base na fundamentação do julgado, a conclusão obtida pelos ministros foi providencial para, além de eliminar as dúvidas sobre a sua constitucionalidade, estabelecer padrões que evitem o subjetivismo na hora de definir quem é ou não pessoa preta ou parda.

3. AS BRECHAS QUE PERMITEM JUDICIALIZAÇÃO

Nos certames públicos, há uma fase em que os candidatos que optam pela reserva de vagas são submetidos a uma heteroidentificação feita por uma comissão composta por pessoas de notório saber sobre assuntos étnico-raciais. Nas universidades públicas, essas equipes já fazem parte da estrutura administrativa.

No entanto, diversos são os casos em que essas comissões, durante o procedimento de verificação, concluem que a aparência dos candidatos, principalmente os de cor parda, não traz traços fenotípicos da condição de pessoa negra.

Dentro desse contexto, em situações raras são expostos os fundamentos de cada um dos examinadores acerca do porquê que determinado candidato não se enquadra no fenótipo negroide, o que se torna ainda mais cristalina a ilegalidade do parecer dessas comissões, pois extrapola o limite estabelecido pela lei, que, por sinal, não existe.

O ato administrativo, seja a portaria, o edital, o parecer, não pode extrapolar o limite legal, pois a Administração Pública deve obedecer fielmente os ditames da lei. É o que disciplina o princípio da legalidade, sobre o qual se anotam as lições do professor Matheus Carvalho:

Com efeito, o administrador público somente pode atuar conforme determina a lei, amplamente considerada, abarcando todas as formas legislativas, desde o próprio texto constitucional, até as leis ordinárias, complementares e delegadas. É a garantia de que todos os conflitos sejam solucionados pela lei, não podendo o agente estatal praticar condutas que considere devidas, sem que haja embasamento legal específico. (...) Não havendo previsão legal, está proibida a atuação do ente público e qualquer conduta praticada ao alvedrio do texto legal será considerada ilegítima. (CARVALHO, 2019, p.62)

O silêncio legislativo, em todos os níveis (federal, estadual e municipal), no que pertine às características de uma pessoa para que se enquadre como preta, branca, amarela ou qualquer outra cor, faz com que qualquer ativismo dos agentes públicos subalternos ponha em xeque a lisura dos certames, em razão do excesso de poderes.

É importante aqui fazer a ressalva de que é extremamente importante o trabalho de uma comissão com essa finalidade, mas isso não pode ser justificativa para se abandonar a higidez dos certames, pois ao invés de se promover a isonomia, estar-se-ia ferindo de morte tal princípio constitucional.

Desde que foi criada a política de igualdade racial, em 2014, os Tribunais brasileiros são uníssomos nas suas fundamentações. Nesse sentido, a jurisprudência é enfática ao firmar entendimento de que os critérios para a aferição da condição de cotista devem ser objetivos, conforme se depreende dos julgados colacionados abaixo:

ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. INGRESSO NA UNIVERSIDADE. SISTEMA DE COTAS RACIAIS. ENTREVISTA. CRITÉRIOS SUBJETIVOS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. FENÓTIPO NEGRO OU PARDO. NÃO COMPROVAÇÃO. I - A entrevista para aferição da adequação do candidato à concorrência especial das cotas raciais se posta legal,

desde que pautada em critérios objetivos de avaliação. "Não há, pois, ilegalidade na realização da entrevista. Contudo, o que se exige do candidato é a condição de afrodescendente e não a vivência anterior de situações que possam caracterizar racismo. Portanto, entendo que a decisão administrativa carece de fundamentação, pois não está baseada em qualquer critério objetivo (...) Considero que o fato de alguém 'se sentir' ou não discriminado em função de sua raça é critério de caráter muito subjetivo, que depende da experiência de toda uma vida e até de características próprias da personalidade de cada um, bem como do meio social em que vive. Por isso, não reconheço tal aspecto como elemento apto a comprovar a raça de qualquer pessoa." (STF - ARE: 729611 RS, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 02/09/2013, Data de Publicação: DJe-176 DIVULG 06/09/2013 PUBLIC 09/09/2013). (...) IV - Apelação Parcialmente provida. objetivos. Sucumbência recíproca. Suspensão da exigibilidade da cobrança para a autora, já que beneficiária da gratuidade de justiça. (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AC: 122238720094013400, Relator: Juíza Federal Hind Ghassan Kayath, Sexta Turma. Brasília, 28 de jul. de 2014, Lex: Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região)

E até os dias atuais o entendimento permanece.

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA CONCURSO PÚBLICO. TÉCNICO JUDICIÁRIO - ÁREA JUDICIÁRIA. SISTEMA DE COTAS. CANDIDATO IMPETRANTE AUTODECLARADO NEGRO (PRETO OU PARDO). ELIMINAÇÃO DO CERTAME APÓS PROCEDIMENTO DE VERIFICAÇÃO. PROCESSO LEGÍTIMO, PORÉM, IN CASU, COM ELIMINAÇÃO ALICERÇADA EM CRITÉRIOS SUBJETIVOS E SEM MOTIVAÇÃO CLARA VOLTADA À ANÁLISE DA CONDIÇÃO FENOTÍPICA DO CANDIDATO IMPETRANTE. NULIDADE DO ATO DE ELIMINAÇÃO EM EXAME. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. No julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 41, sob a Relatoria do eminente Ministro Roberto Barroso, o Eg. Supremo Tribunal Federal adotou a tese de que: "[...] É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla

defesa". 2. No caso dos autos, refoge à legalidade e à razoabilidade, a eliminação do candidato impetrante que restou excluído do certame porque não atendeu aos critérios fenitícios aqui expostos de forma vaga e manifestamente subjetiva pela banca examinadora, no processo de verificação que alicerçou o ato combatido. (...) 5. Nestes casos excepcionais, ou seja, de manifesta ilegalidade, tem a jurisprudência pátria perfilhado a linha de pensamento pela qual é possível sim a atuação do Poder Judiciário para corrigir impropriedades manifestadas em sede de concurso público. 6. SEGURANÇA CONCEDIDA. A C Ó R D Ã O Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em unanimidade de votos, por conceder a segurança requestada. Fortaleza, 01 de outubro de 2020 DESEMBARGADOR EMANUEL LEITE ABUQUERQUE RELATOR (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Mandado de Segurança Cível 0624465-84.2020.8.06.0000, Rel. Desembargador(a) EMANUEL LEITE ALBUQUERQUE, Órgão Especial, Fortaleza, 01 de out. de 2020. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará)

Significa dizer que os decretos, por estarem numa posição hierarquicamente inferior à lei, devem, sem extrapolar os limites daquela, detalhar os aspectos genéricos da norma originária, definindo critérios objetivos de enquadramento da condição de pessoa negra. Com isso, os editais de certames, como concursos públicos, vestibulares, exames nacionais e congêneres, teriam legitimidade para reproduzir tais regras em suas minutas.

Com base nas amostras de julgados que tratam do assunto, todos os editais de concursos públicos para provimento de cargos e empregos públicos e processos seletivos de ingresso em instituições públicas de ensino, ao estabelecerem que apenas o fenótipo dos candidatos é levado em consideração, acabam por adotar a utilização de um critério genérico e subjetivo que, inclusive, o Ministro Edson Fachin, em seu voto proferido no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 41, assim cunhou.

A pior parte da experiência do heterorreconhecimento é que, embora tenha criado juízes para avaliar a raça, ela não respondeu à pergunta que havia ficado aberta acerca do critério que essas pessoas devem aplicar. Todos os editais com previsão de heterorreconhecimento trouxeram previsão genérica do que faria alguém ser considerado negro, aludindo, por exemplo, a "traços fenotípicos", sem dizer quais, ou não trouxeram critério algum. (...) Nenhuma lei, federal ou estadual, define quais características o candidato deve levar em conta

para se declarar. Não se define sequer se a avaliação é fenotípica ou genotípica e, muito menos, quais os traços que devem ser considerados pelo interessado, ao se olhar no espelho, ou avaliar sua experiência de vida pretérita, para se declarar ou não. (...) Isso se comprova pelo modo como o próprio IBGE, expressamente referido pelo Estatuto da Igualdade Racial, conduz o questionamento racial no contexto do censo. Nele, ao cidadão apenas é perguntado “qual a sua cor?”, sem que se diga o que se entende por cor, devendo o recenseado se enquadrar em uma das cinco opções (branco, pardo, preto, indígena ou amarelo). A Lei, ao afirmar que seria considerados negros aqueles que se enquadrassem nos critérios do IBGE, estabeleceu um falso parâmetro, uma vez que, como percebeu o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, “tanto a Lei 12990/2014, quando o Estatuto da Igualdade Racial instituído pelo Lei 12288, de 2010, dizem apenas que será aquele que preencha os requisitos do IBGE, órgão que, até o presente momento, não conseguiu definir por intermédio de qualquer ato administrativo normativo quem é negro ou pardo. (VITORELLI, 2017, p. 76- 81).

Novamente, com base nos julgados da amostra, que representam um posicionamento pacífico da jurisprudência brasileira, o que se percebe é que o critério utilizado pela administração pública não é capaz de coibir situações de injustiças, bem como atestar, sem sombra de dúvidas, qual candidato cotista seria beneficiado ou não pela ação afirmativa.

Esse tipo de cenário é um ambiente propício para a ocorrência de avaliações genéricas e subjetivas, pois, em razão do silêncio legislativo, a fixação das características fenotípicas de um candidato negro, seja ele preto ou pardo, ficaria ao alvedrio exclusivo dos membros da comissão avaliadora, o que a torna completamente subjetiva. Tal contexto é incompatível com o regime constitucional democrático estabelecido no Brasil.

Para que se entenda a perspectiva aqui exposta, se um ato normativo (lei, decreto, edital etc) dispuser que, para ser enquadrado como negro, preto ou pardo, o candidato deve ter característica “X” ou “Y”, percebendo que não atende a tal exigência, o candidato nem seu tempo perderia se inscrevendo nessa condição. Por outro lado, acabaria o exercício do arbítrio dos membros das comissões, já que roteiro estaria pronto e sua atuação seria vinculada.

É uma questão de boa-fé objetiva de ambas as partes.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se viu, o modelo federativo adotado pelo Brasil reparte as competências levando em consideração o grau de interesse de cada um dos entes federativos, não dispensando as suas particularidades. A ideia de autonomia das pessoas políticas impede que, em determinados assuntos como o acesso a cargos e empregos públicos de seus respectivos entes, uma lei federal se aplique a um Estado-membro e, da mesma forma, uma lei estadual se aplique a determinado município, ainda que dentro dos limites territoriais daquele ente.

Viu-se que existem vários obstáculos que impedem a concretização do fundamento republicano de reduzir a desigualdade social e étnico-racial.

O primeiro deles é a cobertura legislativa que, como se viu no decorrer deste trabalho, ainda é muito tímida. O segundo dos problemas destacados é a generalidade dos diplomas normativos, que, não bastasse isso, transfere para normativos de menor hierarquia o trabalho de minudenciar o texto genérico da lei.

Mais um entrave é o alto grau de subjetivismo presente nos atos dos agentes que estão na ponta do processo, a exemplo das comissões de heteroidentificação presentes nas instituições de ensino e montadas para fases de outros certames.

Muito há o que se fazer, a começar pela iniciativa legislativa naqueles entes que estão inertes. Mas isso não é suficiente; é necessário que, verdadeiramente, haja um conteúdo que contribua para a eficiência e eficácia da norma, sem generalidades, sem muita delegação e, na hipótese de ser necessária a regulamentação por ato normativo estatal inferior, que haja critérios objetivos que assegurem o direito das pessoas pretas e, principalmente, pardas.

Nesse contexto, os órgãos de assessoramento e as pessoas jurídicas especializadas em promoção de eventos de seleção de pessoal devem alterar o método de produção dos textos normativos, adotando uma técnica que seja clara, objetiva e razoável.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BRASIL, **Lei 12.990, de 09 de junho de 2014**. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADC 41, Relator MINISTRO ROBERTO BARROSO. Brasília, 08 de jun. de 2017/06/2017, Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Mandado de Segurança Cível 0624465-84.2020.8.06.0000, Rel. Desembargador(a) EMANUEL LEITE ALBUQUERQUE, Órgão Especial, Fortaleza, 01 de out. de 2020. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará).

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito Administrativo**, 2ª edição, revista, ampliada e atualizada – Editora JusPodivm, 2019.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>> Acesso em 26 de novembro de 2021.

RODRIGUES, Sérgio. Como nasceu a expressão 'para inglês ver?'. **VEJA**, São Paulo, 31 de jul. de 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/sobre-palavras/como-nasceu-a-expressao-para-ingles-ver/>. Acesso em 04 de jan. de 2022.

RODRIGUES, Thais. Falta de dados e de leis de cotas causam desigualdade racial em prefeituras. **Congresso em foco**, Brasília, 07 de maio de 2021. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/temas/direitos-humanos/falta-de-dados-e-de-leis-de-cotas-causam-desigualdade-racial-em-prefeituras/>>. Acesso em 03 de jan. de 2022.

VITORELLI, Edilson. **Estatuto da Igualdade Racial e Comunidades Quilombolas**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

O ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL E SUA INCOMPATIBILIDADE COM AS OPERAÇÕES URBANAS CONSORCIADAS

IVAN OLIVEIRA LOUREIRO DE CARVALHO:

Advogado; Ex-advogado da Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro; Ex-advogado residente da Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro; Pós-graduado em Direito Público pela Fundação Getúlio Vargas - FGV.

ROSÂNGELA RIBEIRO³⁰

(orientadora)

RESUMO: Este artigo avaliará se o relevante instrumento de políticas urbanas denominado Estudo de Impacto Ambiental, bem como seu Relatório (EIA/RIMA), é compatível de ser elaborado e exigido no âmbito de outro, as Operações Urbanas Consorciadas. Trata-se de uma questão interdisciplinar que envolve a análise da Constituição Federal de 1988, da legislação e normas especiais, bem como da doutrina especializada.

Palavras-chave: Direito Ambiental, Estudo de Impacto Ambiental e Relatório (EIA/RIMA), Operações Urbanas Consorciadas.

ABSTRACT: This article will promote an analysis if a relevant tool to public policies called Environmental Impact Research, and his Report ("EIA/RIMA") is compactible to me elaborated and required in scope of another, the Consortium Urban Operations. Its about an Interdisciplinary matter which involves the analysis of 1988's Federal Constitution, legislation and regulations, as specialized doctrine

Key Words: Environmental Law, Environmental Impact Research and Report, Consortium Urban Operations

SUMÁRIO: 1 – Introdução. 2 – As cidades e a sustentabilidade. 3 – O Estatuto das Cidades e os Instrumentos de Política Urbana. 3.1 As Operações Urbanas Consorciadas. 3.2 O Estudo de Impacto Ambiental. 3.3 O Desenvolvimento Urbano Sustentável. 3.4 A Constituição Federal de 1988 e legislação infraconstitucional. 3.5 Da interpretação conforme a Constituição. 3.6 Do rol exemplificativo da Resolução Conama. 4 - Um Estudo de Caso: Porto Maravilha. 4.1 Da incompatibilidade do EIA com a OUCPRJ. 4.2 Da dispensa do EIA/RIMA pelos órgãos estadual e municipal competentes. 4.2 Da lei estadual nº 1.356/1988. 5 – Conclusão. 6 – Referências.

³⁰ Advogada; Professora Tutora Cursos FGV Online; rosangela@rosangelaribeiro.adv.br

1. INTRODUÇÃO

Os Municípios estão previstos na Constituição Federal de 1988 como os entes federativos incumbidos de executar a política de desenvolvimento urbano visando a ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantir o bem-estar de seus habitantes.

Diante da verticalização cada vez maior atualmente verificada nas cidades e do aumento de sua densidade demográfica, logo se percebe que o legislador por bem regulamentou o dispositivo constitucional que delas tratava e editou o Estatuto das Cidades, Lei Federal nº 10.257, de 2001, que, por sua vez, dotou os municípios de inúmeros instrumentos para a execução da Política Urbana, dentre os quais, as Operações Urbanas Consorciadas (BRASIL, 2001).

Segundo o referido Estatuto, considera-se Operação Urbana Consorciada o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público Municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, “com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental” (BRASIL, Lei Federal nº 10.257/2001, Art. 32, §1).

Dessa forma, considerando-se as inovadoras disposições da Magna Carta de 1988 acerca do Meio Ambiente e da exigência do importantíssimo Estudo de Impacto Ambiental e relatório (EIA/RIMA) para execução de obras, é que se faz necessário analisar as implicações de tal exigência com aquele novo instrumento de política urbana e sanar as dúvidas existentes relativas à sua obrigatoriedade de elaboração antes da implantação de uma Operação Urbana Consorciada.

Urge, portanto, a necessidade de conciliar o desenvolvimento das cidades com outro instrumento de grande importância no Direito Pátrio, qual seja, o Estudo de Impacto Ambiental e seu respectivo Relatório – EIA/RIMA. Instrumento também de máxima importância para o regime jurídico brasileiro, com previsão expressa na CRFB/88, art. 225, § 1º, IV [1].

Isso porque, recentemente, a referida celeuma foi objeto de preocupação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro quando, ao analisar a Operação Urbana Consorciada da Região do Porto da Cidade do Rio de Janeiro – OUCPRJ, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro verificou que o supramencionado estudo e seu relatório foram dispensados por órgão ambiental municipal, o que ocasionou em Ação Civil Pública visando apurar irregularidades na execução do bilionário Projeto do Porto Maravilha.

Essa questão foi objeto de intensa controvérsia, não apenas entre o Poder Judiciário e aplicadores do direito, mas entre autoridades públicas, ocupando espaço até mesmo em debates televisionados de candidatos à Prefeitura do Município do Rio de Janeiro. Em 2012, no início da implantação do Projeto do Porto Maravilha, que é uma Operação Urbana Consorciada, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ), movido por denúncias, moveu Ação Civil Pública questionando a ausência de prévio Estudo de Impacto Ambiental e seu Relatório (EIA/RIMA).

É aqui, portanto, onde recentemente residiu uma das maiores controvérsias no Direito Urbanístico concernente à implantação de uma Operação Urbana Consorciada - OUC: se o conjunto das intervenções urbanísticas demanda de um prévio Estudo de Impacto Ambiental ou não. Além do Direito Urbanístico, por óbvio a solução ora proposta perpassará por ramos afetos ao Direito Público como o Direito Constitucional, o Direito Administrativo e Ambiental.

O Porto Maravilha, no Rio de Janeiro, ou Operação Urbana Consorciada da Região do Porto do Rio de Janeiro – OUCPRJ é executado por meio de um contrato de Parceria Público-Privada no valor de R\$ 7,6 bilhões, a mais cara do país e considerada por muitos como a primeira bem-sucedida. Suas principais intervenções urbanísticas são a demolição do famoso Elevado da Perimetral (já concluída), da construção dos túneis subterrâneos da Via Binário (já concluído) e da Via Expressa, a construção do Museu do Amanhã (já concluído), do Museu de Arte do Rio (já concluído), a implantação do Veículo Leve sobre Trilhos –VLT e do Teleférico do Morro da Providência (já concluído). Tudo em uma área de 5 milhões de metros quadrados que abrange três bairros do centro histórico do Município do Rio de Janeiro.

Conforme delimitado pela lei que instituiu a OUCPRJ, a Lei Complementar Municipal nº 101, de 23 de novembro de 2009, os três bairros históricos são os bairros do Santo Cristo, Saúde e Gamboa, que, por décadas, permaneceram no mais completo abandono social, urbanístico e ambiental, mantidos na precariedade por praticamente todos os órgãos públicos de todos os entes federativos e pelos três poderes [2].

2. AS CIDADES E A NECESSIDADE DE UM ESPAÇO URBANO SUSTENTÁVEL PARA AS PRESENTES E FUTURAS GERAÇÕES.

Os seres humanos vivem, em maioria, nas cidades. Desta forma, pode-se considerá-las como habitat e é com elas que interagimos todos os dias modificando-as e sendo modificados por elas, mesmo que não seja percebido. Com o crescimento exponencial da população urbana e a verticalização das cidades, a densidade demográfica nas próximas décadas deverá atingir proporções tais que intervenções urbanas agora são, mais do que nunca, medidas profiláticas inibidoras de uma futura vida na urbe insustentável.

Diante deste cenário alarmante é que surgem as Operações Urbanas Consorciadas como as grandes responsáveis por tornarem viáveis amplas intervenções em cidades que se preparam para os novos tempos.

Esta conveniência de amplitude, todavia, não significa abrir-se mão da qualidade da intervenção, ou seja, da forma com que ocorrerá a sua implantação e operação, em respeito à sadia qualidade de vida daqueles direta e indiretamente afetados pelas obras. Afinal, uma vez que as presentes e futuras gerações mereceram especial atenção do Poder Constituinte Originário, o meio ambiente construído, altamente antropizado, também é objeto de proteção ambiental

Segundo os estudiosos, as primeiras cidades surgiram no período neolítico, há cerca de 5 ou 6 mil anos, quando a atividade de agricultura passou a se tornar a maior fonte do comércio e as pessoas passaram a ter a necessidade de viverem mais próximas umas das outras [3].

As primeiras cidades a surgirem possuíam a característica comum de serem em suas respectivas épocas os principais polos de convergência das rotas comerciais. Estamos falando das cidades ao longo dos vales dos rios Tigres e Eufrates, na Mesopotâmia; ao longo do Nilo, no Egito; do rio Indo, na Índia; do Yang-Tsé- Kiang e Hoang-Ho na China; e do San Juan, na Meso-América. No entanto, a que mais se destacou devido a sua complexidade foi Roma.

Com o evoluir das civilizações e a percepção pelo homem de que as cidades constituíam não apenas uma conveniência meramente espacial e circunstancial, mas também de garantia e exercício de Direitos fundamentais, até mesmo aqueles que viviam e tiravam seu sustento dos campos, viram-se atraídos pelas inúmeras facilidades geradas pelas cidades.

Entretanto, não apenas de benefícios podemos atualmente usufruir ao optarmos por viver nos aglomerados urbanos. E tal constatação deve-se exatamente à grande atração gerada por eles outrora. O "inchaço" os tornaram um ambiente favorável à violência, à propagação de doenças, ao desvio de verbas públicas, e até mesmo a mais completa desordem urbana tendo em vista o crescimento de sua população e a ineficiente atuação do Poder Público.

Recentemente, a cidade de São Paulo registrou um congestionamento de veículos recorde, alcançando a marca histórica de 836 km de lentidão (notícias da Band Uol). Ao considerarmos uma cidade como um organismo vivo, com órgãos públicos incumbidos de atender às necessidades da população, agentes de saúde, de segurança pública etc. podemos concluir que a capital paulista sofreu um colapso em suas artérias, enfartou. [3]

Isto porque, em uma cidade cujo crescimento tenha sido desordenado, o congestionamento pode ser considerado como o primeiro e principal sintoma de uma ineficiente política pública de ordenação adequada do espaço urbano. A gravidade é tamanha que, se não fossem os modernos instrumentos de políticas urbanas atualmente existentes, em um futuro muito próximo verificaríamos o mais completo esvaziamento de direitos e garantias fundamentais a serem gozados pelos residentes das maiores metrópoles brasileiras.

Graças, portanto, à Lei Federal nº 10.257/2001, o Estatuto das Cidades, temos agora um diploma legal sistematizando juridicamente a forma com que o Direito Urbanístico poderá nortear a execução das políticas urbanas pelos Administradores Públicos no âmbito dos Municípios, merecendo, contudo, nossa atenção para compatibilizar adequadamente seus novos institutos com outros já consagrados no Direito brasileiro, como é o caso das Operações Urbanas Consorciadas e o Estudo de Impacto Ambiental.

3. O ESTATUTO DAS CIDADES (LEI FEDERAL Nº 10.257/2001) E OS INSTRUMENTOS PÚBLICOS DE POLÍTICA URBANA

A União Federal no exercício de uma competência a ela diretamente conferida pelo art. 21, inciso XX, da CRFB/1988 editou a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, que instituiu o Estatuto das Cidades e regulamentou os artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988 que atribuem ao Poder Público Municipal o dever de executar a política de desenvolvimento urbano:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

No referido Estatuto, o legislador, ao tratar dos instrumentos de política urbana em seu artigo 4º, inseriu, ao lado das Operações Urbanas Consorciadas, o Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV) e o Estudo de Impacto Ambiental (EIA):

CAPÍTULO II - DOS INSTRUMENTOS DA POLÍTICA URBANA

Seção I - Dos instrumentos em geral

Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:

(...)

V – institutos jurídicos e políticos:

p) operações urbanas consorciadas;

(...)

VI – estudo prévio de impacto ambiental (EIA) e estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV).

Foi outorgado, portanto, às Administrações Públicas municipais a possibilidade de se utilizar de ambos os estudos visando regular “o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental”:

Art. 1º Na execução da política urbana, de que tratam os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, será aplicado o previsto nesta Lei.

Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

Em relação ao EIA/RIMA, a sua inclusão foi uma opção muito feliz do legislador uma vez que tal instrumento possui arrimo na Constituição Federal de 1988, onde, no art. 225, inciso IV, o previu expressamente para nos informar que será exigido, na forma da lei, “para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente”.

O Constituinte atribuiu especial importância a este estudo ao estabelecer, em uma norma constitucional de eficácia limitada, que será exigido como forma de permitir aos órgãos de controle competentes a verificação técnica de questões ambientais de determinado empreendimento. Tal previsão é salutar e escorreita medida de prevenção e tutela do meio ambiente, importante direito e garantia de 3ª geração, de natureza transindividual e difuso.

3.1 AS OPERAÇÕES URBANAS CONSORCIADAS

O instrumento das Operações Urbanas Consorciadas, criado pela Lei Federal nº 10.257, de 2001, é conceituado pela mesma como sendo “o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental”.

Logo, não seria equivocado entender que cada intervenção urbanística estrutural (e não o seu conjunto) inserida no âmbito de uma Operação Urbana Consorciada é a efetiva execução de um único projeto urbanístico e deve ser objeto de análise individualizada pelo órgão ambiental competente para que, se for caso, se pronunciar acerca da exigibilidade ou não de apresentação de estudos ambientais.

Tal medida vai ao encontro do Princípio da Eficiência uma vez que na dinâmica das cidades muitos projetos sequer saem do papel. Portanto, demasiado prejuízo ocorreria ao interesse e finanças públicas se toda e qualquer Operação Urbana Consorciada fosse interrompida devido a uma ou outra intervenção urbanística que apresentasse irregularidades técnicas. A nobre previsão do legislador restaria completamente esvaziada, se tornando um instrumento apenas teórico e utilizado somente em provas de concursos públicos, tal como era o Mandado de Injunção antes da evolução jurisprudencial (“um sino sem badalo”), pois dificilmente uma OUC se iniciaria e terminaria durante o mandato do Administrador Público idealizador.

Ainda mais quando muitas vezes são previstas para épocas, estágios e fases completamente distintos para serem implementados, conforme previsto em instrumento contratual. A Operação Urbana Consorciada da Região do Porto do Rio de Janeiro – OUCPRJ, mais famosa como Porto Maravilha, por exemplo, possui o prazo de 30 anos para ser concluída e diversas fases de obras que se protraem no tempo:

Lei Complementar Municipal nº 101/2009:

“Art. 1º. Parágrafo único. O término da Operação Urbana Consorciada ocorrerá quando estiverem concluídas todas as intervenções previstas no programa básico de ocupação da área, em prazo que não ultrapassará o período de trinta anos contados da publicação desta Lei Complementar.”

Significa que o entendimento de se exigir um único estudo de impacto ambiental prévio – que analisa apenas um momento, desconsiderando a dinâmica da cidade e tudo o que está por mudar nos próximos anos com a implantação de operação urbana de médio ou grande porte – ensejará a elaboração de inúmeros estudos que se tornarão obsoletos, completamente inúteis em pouquíssimo tempo. A obrigatoriedade, por exemplo, do EIA/RIMA apenas se tornará conveniente para os ineficientes, para aqueles que desejam se desincumbir rapidamente de uma tarefa, em vez de manter uma atividade de acompanhamento individualizado da execução dos projetos de uma OUC.

Nestes casos, exigir licenciamento para cada intervenção é salutar medida de eficiência e economicidade ao resguardar o erário público, pois individualmente, cada intervenção será objeto de análise específica que lhe dê o adequado tratamento em relação

ao contexto fático e aos impactos ambientais que naquele momento poderá gerar e no futuro. Isso é o que a jurisprudência já bem enfrentou e acertadamente se posicionou a respeito:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONCESSÃO DE LIMINAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. LICENCIAMENTO AMBIENTAL. INEXISTÊNCIA DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. INEXIGIBILIDADE DO EIA/RIMA. REGULAR PROCEDIMENTO DA FEPAM. AGRAVO PROVIDO. Havendo interesse da União e do IBAMA a Justiça Federal é competente para o processamento e julgamento do feito, na forma do art. 109, I, da Constituição Federal. Não se trata de área de preservação permanente a gleba situada em curso de água artificial, de acordo com a inteligência do Código Florestal. Precedentes desta Corte. A Resolução CONAMA n.º 01/1986 que trata dos critérios para a exigência do EIA/RIMA, elenca como atividade potencialmente poluidora a realização de projetos urbanísticos superiores a 100 ha. **O empreendimento em discussão não ultrapassa o referido tamanho e não causará significativo impacto ambiental, não sendo exigível o estudo de impacto ambiental e o seu relatório.** Inviável concluir em sede de cognição sumária que o licenciamento realizado pela FEPAM, com acompanhamento do Ministério Público Estadual, tenha sido conduzido de forma irregular. Agravo de instrumento provido para reformar a decisão que deferiu a antecipação de tutela. 109 I Constituição Federal Código Florestal (24685 RS 2009.04.00.024685-5, Relator: Relatora, Data de Julgamento: 09/03/2010, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: D.E. 14/04/2010).

Observamos de plano, portanto, que as operações urbanas não configuram *per se* uma única intervenção, mas um *conjunto de intervenções e medidas* coordenadas pelo Poder Público municipal. Neste sentido, renomado jurista já definiu igualmente aludido instrumento:

“A Operação Urbana Consorciada não se limita a uma única e isolada ação. Ao contrário, a lei averba que a operação se compõe de um *conjunto de intervenções e medidas*, o que indica a variedade de ações a serem executadas por vários participantes” [4].

Assim, constituindo um *conjunto de intervenções e medidas*, o legislador, por bem, optou por exigir nas OUC tão-somente o respectivo Estudo de Impacto de Vizinhança – EIV por considerá-lo como sendo o estudo adequado ao instituto ora em comento. O

citado entendimento é lastreado na clara omissão no rol constante do art. 33 do outro estudo e instrumento ao serviço de políticas urbanas, o Estudo de Impacto Ambiental.

Se o legislador claramente retirou o EIA dos requisitos mínimos exigidos para o projeto da operação urbana, o estudo deve ser considerado como medida excepcional e não obrigatória. É o denominado “Silêncio Eloquente”, expressão do jurista alemão Karl Larenz, cuja ideia pode ser assim sintetizada: se a lei não disse, é porque ela não quis dizer.

Ainda que se entenda que o EIV não substitui o EIA, em uma obviedade ímpar, para nós é equivocado o entendimento de que o Estatuto da Cidade, em seu art. 38, teria imposto a obrigação de sua elaboração pelos órgãos públicos na implementação dos *conjuntos de intervenções*.

Art. 38. A elaboração do EIV não substitui a elaboração e a aprovação de estudo prévio de impacto ambiental (EIA), requeridas nos termos da legislação ambiental.

3.2 O ESTUDO DE IMPACTO DE VIZINHANÇA – EIV E A SUA ADEQUAÇÃO ÀS OPERAÇÕES URBANAS CONSORCIADAS.

O Estudo de Impacto de Vizinhança – EIV como instrumento de política urbana “busca conciliar interesses geralmente conflitantes, que são, de um lado, o interesse de construções e, de outro, o interesse daqueles que, por sua proximidade, são suscetíveis de sofrer os efeitos daquelas” [5]. Neste sentido, é o EIV o estudo adequado à análise dos impactos de diferentes intervenções consideradas em seu conjunto.

Segundo ÉLIDA SÉGUIN, “o EIV deve analisar os efeitos do empreendimento na vida da população da região, inclusive do entorno da obra. Com o aumento da população na vizinhança e do tráfego que vai ser produzido, bem como a capacidade e existência dos equipamentos urbanos e comunitários existentes se estes suportarão o aumento da demanda”. [6]

Para TOSHIO MUKAI, “enquanto o EIA é exigível somente nos casos em que haja, potencialmente, significativa degradação do meio ambiente, o EIV é exigível em qualquer caso, independentemente da ocorrência ou não de significativo impacto à vizinhança”. [8]

A Declaração do Rio Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento elaborada durante a Rio+20 em 2012, insta lembrar, consagrou os princípios da Legislação Ambiental Eficaz, da Observância do Contexto Ambiental e de Meio Ambiente e da Adequação das Normas Ambientais:

“DECLARAÇÃO DO RIO SOBRE MEIO AMBIENTE E
DESENVOLVIMENTO - Princípio 11

Os Estados adotarão legislação ambiental eficaz. As normas ambientais, e os objetivos e as prioridades de gerenciamento deverão refletir o contexto ambiental e de meio ambiente a que se aplicam. As normas aplicadas por alguns países poderão ser inadequadas para outros, em particular para os países em desenvolvimento, acarretando custos econômicos e sociais injustificados”.

Logo, o EIA não é o estudo adequado para uma OUC a ser implantada em área urbana em total degradação, inserida em meio ambiente construído, altamente antropizado, por exemplo. As obras de intervenção urbanística de ampla escala normalmente visam resgatar o meio urbano de uma situação de completo abandono e deterioração. Como dito, objetiva alcançar transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental (art. 32, do Estatuto da Cidade).

3.3 DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL

O princípio do desenvolvimento sustentável contempla exatamente as dimensões humana, física, econômica, política, cultural e social em harmonia com a proteção ambiental. Reflete a necessidade de compatibilização das estratégias de desenvolvimento econômico-social com a proteção do meio ambiente.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal afirmou em relação ao referido princípio que ele “... representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável...” (ADI-MC 3540/DF, Relator Min. Celso de Mello, j. 1º-9-2005, Pleno, DJ 3-2-2006).

Igualmente, o TRF da 5ª Região já reconheceu que a “Constituição de 1988, ao consagrar como princípio da Ordem Econômica a defesa do meio ambiente e ao estabelecer que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida e vital para as presentes e futuras gerações, agasalha a teoria do desenvolvimento econômico sustentável” (TRF 5ª Região, Ap. Cív. 209.609/SE, Relator Desembargador Federal Paulo Gadelha, j. 20-11-2001, DJ, 8-4-2002”.

O natural desenvolvimento econômico e social da cidade e de seus habitantes não pode ser impedido por razões de análise literal de dispositivos legais. Tal desiderato ensejaria uma orientação contrária à necessidade de se estimular atividades sustentáveis. O Princípio do Desenvolvimento Sustentável, no tocante à implantação das operações urbanas, impõe que estas atendam às suas quatro ideias centrais de serem socialmente justas, culturalmente aceitas, ecologicamente corretas e economicamente viáveis.

Neste ínterim, verifica-se que o Estudo de Impacto de Vizinhança é realmente o mais adequado às cidades para a avaliação se determinado empreendimento ou conjunto de empreendimentos localizado em área urbana consolidada atende eficazmente aos anseios da sociedade no que toca à justiça social, à cultura, ao meio ambiente e à economia pública.

Assim, basear-se apenas no que consta no art. 38, do Estatuto da Cidade, e na Resolução Conama nº 001, para exigir EIA/RIMA nas Operações Urbanas, desconsiderando por completo a análise da efetiva ocorrência ou não de degradação ambiental, contraria de uma só vez, além da legislação, a evolução jurisprudencial relativa a temas afins.

3.4 O ARTIGO 225 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A "SIGNIFICATIVA DEGRADAÇÃO DO MEIO AMBIENTE".

Na *práxis* da Administração Pública brasileira, os órgãos públicos costumam fundamentar seus pedidos de elaboração de EIA/RIMA na Resolução CONAMA nº 001/86, editada com esboço na Lei nº 6.938, de 1981, que instituiu o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA e a Política Nacional do Meio Ambiente.

A Lei nº 6.938/81, por sua vez, possui arrimo constitucional no artigo 225, inciso I, da Constituição Federal de 1988. Este dispositivo atribui ao Poder Público competência para exigir antes da instalação de *obra* ou *atividade potencialmente* causadora de *significativa* degradação do meio ambiente, o estudo de impacto ambiental:

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.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(...)

IV – exigir, na forma da lei, **para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente**, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

De 1981 a 1988, o Constituinte optou por compatibilizar na Carta a proteção ambiental com o desenvolvimento econômico e exigir o EIA apenas para aquela atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente. A legislação infraconstitucional, por conta disso, deve contar com uma interpretação condizente com a

mudança, que não foi pouca significância e desarrazoada. Não por outra razão é que neste sentido se decidiu em acórdão proferido pelo TRF da 1ª Região:

AMBIENTAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRAS DE INFRAESTRUTURA PORTUÁRIA E DE PROTEÇÃO DA ORLA FLUVIAL DORIO TOCANTINS. LICENCIAMENTO AMBIENTAL CONCEDIDO PELO GOVERNO DO ESTADO DO PARÁ. **DISPENSA DO ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL – EIA E RELATÓRIO DE IMPACTO AMBIENTAL – RIMA. LEI Nº 6.938/81. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO REGIONAL DA OBRA. NÃO INTERFERÊNCIA NO CURSO DO RIO TOCANTINS. AUSÊNCIA DE FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA PARA O DEFERIMENTO DO PEDIDO LIMINAR. 6.938/81. Não há demonstração de significativa degradação do meio ambiente que venha a ser causada pela execução da obra**, que seria um prolongamento de outro trecho já construído, com **a indicação de que na área não existe floresta, mata ciliar, ou outro interesse significativo** que não seja o fato da obra constituir intervenção nas margens do Rio Tocantins, bem da União, sem alteração em seu curso, **em uma área que já é urbanizada há mais de 50 (cinquenta) anos. 2. Não é possível maior degradação do que a que já ocorreu** na orla do rio Tocantins em Marabá e a obra sub judice se justifica para conter um barranco que já desmoronou a metade de uma rua e ameaça as casas existentes na margem. (...) 3. O art. 10, § 4º da Lei nº 6.938/81 dispõe competir ao IBAMA o licenciamento de obras que apresentem significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional, circunstância que não se verifica na hipótese dos autos, onde a obra a ser realizada, de recuperação e melhoria de equipamentos públicos às margens do Rio Tocantins, situa-se **em área que não apresenta nenhuma vegetação passível de destruição**, tampouco ameaça o curso do rio, prejudicando ou poluindo suas águas. 4. O *periculum in mora*, ante a indicação de desabamento e degradação da área, haja vista o esgoto a céu aberto, milita contra a paralisação da obra, que tem como finalidade a melhoria da qualidade de vida da população, com indicação, inclusive, de proteção contra enchentes que imunda a cidade com objetos de esgoto. 5. Tendo o órgão regional competente autorizado a obra, é de se pressupor que o regramento legal foi observado, **não sendo razoável exigir a presença do IBAMA em qualquer obra municipal que potencialmente possa atingir o meio ambiente, sob pena de tornar desnecessária a existência dos órgãos estaduais descentralizados de fiscalização**

ambiental. 6. Agravo de instrumento improvido.10§ 4º6.938 (31776 PA 2003.01.00.031776-0, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 04/10/2004, QUINTA TURMA, Data de Publicação: 25/10/2004 DJ p.59). [GRIFOS NOSSOS]

Neste contexto, supracitado julgado ainda poderia ter ido além esclarecendo que o constituinte previu requisitos para o estudo em comento. São eles: 1) obra ou atividade; 2) potencialidade de impactos ambientais negativos; 3) significativa degradação. Logo percebemos a presença de conceitos jurídicos indeterminados (com destaque para a palavra significativa) que, como muito bem terminou o julgado, carecem de definição pelo órgão ambiental competente, considerando-se o interesse público, se nacional, regional ou local.

No âmbito do interesse local municipal, tais requisitos assumem grande importância, pois a tutela do meio-ambiente, após a Constituição Federal de 1988, passou a receber influência pelos princípios da Ordem Econômica e Financeira, estabelecidos no Título VII. Portanto, as normas de Direito Ambiental não podem ensejar a cobrança desarrazoada de estudos e licenças ambientais que impeçam por completo o desenvolvimento econômico dos grandes centros urbanos. Ademais, a livre iniciativa é Princípio Fundamental da República Federativa do Brasil (Art. 1º, IV, da CRFB/1988) e Princípio Geral da Atividade Econômica (Art. 170, *caput*, da CRFB/1988).

As disposições da Lei nº 6.938, de 1981, portanto, devem ser interpretadas sob a ótica da *Lex Matter* para não atribuírem ao Conama ou ao Ibama a competência exclusiva para estes órgãos estabelecerem diretamente normas e requisitos para o licenciamento de atividades que não sejam potencialmente causadoras de *significativa* degradação ambiental (Art. 8º, I).

Entendimento dissonante ensejaria uma aplicação inconstitucional da Resolução CONAMA nº 001/1986, uma vez que no artigo 2º, inc. XV, exige o referido EIA/RIMA para *qualquer* "atividade modificadora do meio ambiente". Em **completa contrariedade ao atual texto constitucional e aos princípios hoje nele consagrados:**

RESOLUÇÃO CONAMA Nº 001, de 23 de janeiro de 1986:

Artigo 2º - Dependerá de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental – RIMA, a serem submetidos à aprovação do órgão estadual competente, e do IBAMA em caráter supletivo, o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente, tais como:

(...)

XV – Projetos urbanísticos, acima de 100ha. Ou em áreas consideradas de relevante interesse ambiental a critério da SEMA e dos órgãos municipais e estaduais competentes;

Atualmente, o Estudo de Impacto Ambiental – EIA e seu respectivo Relatório de Impacto Ambiental – RIMA, de acordo com o art. 225, § 1º, IV da CF, são exigíveis nos casos de instalação de atividade ou obra potencialmente causadora de *significativa* degradação do meio ambiente. De acordo com FIORILLO (2006, p.90), a Constituição Federal, através do aludido dispositivo, passou a admitir a existência de atividades impactantes que não se sujeitam ao EIA/RIMA, porquanto o estudo somente será destinado àquelas atividades ou obras potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente. [8]

O legislador estadual não por outra razão providenciou a adequação de suas normas ambientais editadas já à luz da Constituição Federal de 1988. Podemos citar, como exemplos, a Resolução CONEMA nº 035, de 2011, e a Lei Estadual nº 1.912/1988 que acrescentou o § 5º, ao art. 1º da Lei Estadual nº 1.356, de 1991:

RESOLUÇÃO CONEMA Nº 35, DE 15 DE AGOSTO DE 2011:

“Estabelecer procedimentos para a realização de Audiências Públicas no âmbito do licenciamento ambiental de obras, empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores ou daqueles que, sob qualquer forma, possam causar *significativa* degradação ambiental, a serem licenciados com base em Estudo de Impacto Ambiental – EIA e respectivo Relatório de Impacto Ambiental – RIMA.”

LEI ESTADUAL Nº 1.356, DE 03 DE OUTUBRO DE 1988.

§ 5º - A Comissão Estadual de Controle Ambiental – CECA, com base em parecer técnico da Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente – FEEMA – que conclua pela ausência de potencial e *significativo* dano ambiental, poderá dispensar, para as instalações e/ou atividades constantes nos incisos do *caput*, a elaboração do estudo de impacto ambiental, desde que a licença preveja as medidas necessárias à preservação e proteção do meio ambiente, aplicando-se o disposto neste parágrafo aos licenciamentos já concedidos, que tenham atendido aos seus termos. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 1.912/1991)

Portanto, a exigência da elaboração de EIA não deve, por conseguinte, ensejar o entendimento de que o estudo há de ser elaborado sempre que houver uma atividade humana no meio ambiente, sob risco de privilegiar uma interpretação literal de uma norma ultrapassada em detrimento de inúmeros princípios constitucionais consagrados, com destaque para os princípios da Ordem Econômica e Financeira, da Separação dos Poderes, do Pacto Federativo, da Livre Iniciativa, Eficiência Administrativa, Eficiência, Razoabilidade etc.

O licenciamento ambiental é um dos instrumentos da política nacional de meio ambiente, conforme estatuído no art. 9º, IV, da Lei 6.938/81, por meio do qual a Administração Pública busca exercer o necessário controle sobre as atividades humanas que interfiram nas condições ambientais, de forma a compatibilizar o desenvolvimento econômico com a preservação do equilíbrio ecológico.

Trata-se a licença ambiental de ato administrativo vinculado e complexo, gozando, portanto, dos atributos da autoexecutoriedade e presunção de legitimidade, constituindo-se de diversas etapas sequenciais onde serão analisadas a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais.

Ambos os diplomas, federal e estadual, foram utilizados pelo *Parquet* em Ação Civil Pública que questionou as obras da Operação Urbana Consorciada da Região do Porto do Rio de Janeiro – OUCPRJ, mas sem a necessária atenção à expressão “significativa degradação ambiental”, tal como se verificou na preocupação do Constituinte e do legislador estadual ao editar suas normas. O MP/RJ, no caso, utilizou tão-somente de uma interpretação literal de uma norma relativamente ultrapassada.

3.5 DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO (Art. 225, § 1º, IV) A SER ATRIBUÍDA À RESOLUÇÃO CONAMA Nº 001, DE 1986

Ao se aplicar os princípios específicos de interpretação constitucional para salvar e compatibilizar a Resolução Conama nº 001/1986 à Constituição Federal de 1988, conferindo unidade ao ordenamento jurídico (BARROSO, 2009, p. 202) e em respeito ao Princípio da Supremacia da Constituição, estamos tratando do denominado Princípio da Interpretação Conforme a Constituição, que nos permitirá resgatar a sobredita resolução de uma eventual aplicação hoje manifestamente inconstitucional. [9]

Conforme o acima explanado, o mestre em Direito Constitucional e ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, bem explica o citado princípio de interpretação constitucional que busca exatamente conservar a norma editada e em vias de ser declarada inconstitucional:

“o princípio guarda suas conexões com a unidade do ordenamento jurídico e, dentro desta, com a supremacia da Constituição. Disso resulta que as leis editadas na vigência da Constituição, assim como as que procedam de momento anterior, devem curvar-se aos comandos da Lei Fundamental e ser interpretadas em conformidade com ela.

Pelo Princípio da Supremacia da Constituição entende-se que “nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental”. (BARROSO, 2009, p. 165)

Não diferente é a doutrina do mestre José Afonso da Silva (DA SILVA, 1992, p. 47):

“Da rigidez emana, como primordial consequência, o Princípio da Supremacia da Constituição. (...) Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuído”. [10]

A noção da Supremacia da Constituição possui lastro em dois outros relevantes institutos oriundos do século XVIII, no surgimento do Constitucionalismo Moderno, quais sejam, a distinção entre o Poder Constituinte e Poder Constituído, e entre Constituições Rígidas e Flexíveis.

Todos nos informam que não basta uma mera atividade de subsumir o fato à norma, como alguns órgãos de controle externo entendem, e privilegiar de forma isolada e desarrazoada a aplicação do art. 2º, XV, da Resolução Conama nº 01, de 1986, pois, repita-se, não é qualquer atividade modificadora do meio ambiente, nos termos da Resolução Conama nº 001, de 1986, que justificaria a elaboração do EIA/RIMA, mas, conforme a Constituição Federal de 1988, apenas naquelas *atividades potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente*.

3.6 DO ROL EXEMPLIFICATIVO DA RESOLUÇÃO CONAMA Nº 001/1986

Ainda que remotamente se entenda que há necessidade de Estudo de Impacto Ambiental de toda e qualquer obra ou atividade, mesmo que com alguma degradação do meio ambiente, nos termos da Lei nº 6.938/1981, aos Estados compete conceder licenças das atividades potencialmente degradantes ao meio ambiente. A Resolução Conama nº 001, de 1986, em seu art. 2º, *caput*, segue a mesma linha ao atribuir aos Estados a competência para aprovar os eventuais estudos ambientais e licenciamento. [11]

Neste diapasão, verificada a atribuição expressamente conferida aos Estados para conceder/aprovar os licenciamentos ambientais, conforme os EIA/RIMA elaborados, não nos restam dúvidas de que os órgãos ambientais competentes são os estaduais. A constatação recebe ainda mais relevância ao olharmos para o parágrafo único do artigo 3º da Resolução Conama nº 237, de 1997, pois, após esclarecido que compete ao órgão estadual de meio ambiente aprovar eventual EIA/RIMA, fica claro qual será o competente para definir os estudos ambientais pertinentes [12]:

Art. 3º- A licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio dependerá de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA), ao qual dar-se-á publicidade, garantida a realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação.

Parágrafo Único. **O órgão ambiental competente**, verificando que a atividade ou empreendimento não é potencialmente causador de *significativa* degradação do meio ambiente, definirá os estudos ambientais pertinentes ao respectivo processo de licenciamento.

O dispositivo acima transcrito nos leva à conclusão de que o rol das atividades não é taxativo, mas exemplificativo, com possibilidade de o órgão ambiental exigir o estudo para outras hipóteses que não aquelas elencadas no art. 2º, e até mesmo dispensá-lo ainda que em eventual caso ali previsto.

Aproveita-se, então, o ensejo para retornarmos ao item anterior para demonstrar que o conceito jurídico indeterminado (BARROSO, 2010, p; 313) “significativa degradação ambiental” empregado na Resolução Conama nº 237, de 1997, diga-se de passagem, não se encontra ali coincidentemente em consonância com o texto constitucional. Datada de 19 de dezembro de 1997, a atual redação surgiu compatibilizada com a utilizada pelo Constituinte de 1988. [13]

A potencial degradação deve ser significativa, cabendo ao órgão estadual proceder à elaboração de critérios para estabelecer os graus dos impactos da atividade humana sobre o meio ambiente a fim de aferir a potencialidade de degradação pela atividade ou empreendimento.

4. ESTUDO DE CASO: A OPERAÇÃO URBANA CONSORCIADA DA REGIÃO DO PORTO DO RIO DE JANEIRO – PORTO MARAVILHA.

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ajuizou, em fevereiro de 2013, contra o Município do Rio de Janeiro, Ação Civil Pública cujo objeto era a proteção do meio ambiente construído, apontando como irregular a ausência de elaboração de Estudo de Impacto Ambiental pela Administração Pública local, constituindo, como um dos pedidos da aludida ACP, a obrigação de fazer de elaboração e apresentação do referido estudo.

Diante da magnitude e complexidade do projeto, e de tudo o que ele já representa para a Cidade do Rio de Janeiro em termos de renovação urbana, social e econômica, o presente artigo se propõe a tentar exaurir o tema de forma objetiva, utilizando dos mesmos fundamentos que serviram para esclarecer e sanar eventuais dúvidas relativas à obrigatoriedade de EIA//RIMA para a Operação Urbana Consorciada da Região do Porto do Rio de Janeiro – OUCPRJ.

Urge ressaltar que, apesar de acreditarmos que todo o exposto já bastaria para demonstrar ao MP/RJ a incompatibilidade e justificar a dispensabilidade de EIA/RIMA para quaisquer Operações Urbanas Consorciadas a serem implantadas em Áreas Urbanas Consolidadas (Art. 2º, V, da Resolução Conama nº 302/2002), no caso específico do Porto Maravilha, a dispensa destes estudos ainda ocorreu dentro dos estritos parâmetros da legalidade, como será mostrado.

4.1 A INCOMPATIBILIDADE DO EIA COM A OUCPRJ – PORTO MARAVILHA

O Estudo de Impacto Ambiental é instrumento da política nacional do meio ambiente e não são raras as vezes em que se encontra em dissonância com a dinâmica atividade de planejamento urbanístico de uma grande e populosa cidade. O entendimento é corroborado pelo renomado jurista, José dos Santos Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, 2009, p. 26):

“O núcleo da ideia de planejamento urbanístico é a transformação da cidade, razão por que se transmite um sentido dinâmico, de mudança, de conversão do *status quo* em situação mais organizada e favorável à coletividade. De nada adianta a estagnação quando se trata de urbanismo. As cidades são o resultado de um robusto complexo de relações sociais, de modo que só com o planejamento é que o Poder Público poderá conseguir real desenvolvimento urbanístico” [14]

O licenciamento ambiental, por sua vez, é fixado de modo inflexível pelo órgão competente. Este determinará a forma pela qual o projeto será executado, impondo medidas de prevenção e mitigação de impactos, bem como medidas compensatórias de danos que não possam ser evitados.

Este licenciamento é incompatível com o planejamento urbanístico também em função da constante análise discricionária a cargo do Administrador Público, envolvendo um processo político e democrático de debates e decisões, além de outras variáveis técnicas que, no âmbito das grandes cidades, conta com inúmeras influências de todas as áreas e graus de intensidade.

Contudo, tal incompatibilidade do EIA/RIMA não impediu que o Projeto Porto Maravilha ficasse sem a devida atenção de estudos que viabilizassem a observância obrigatória da variável ambiental pelo Poder Público, cumprindo, inclusive, o que orienta o princípio que leva o mesmo nome.

Além disso, por ser incompatível com o projeto, evidenciam-se as diferenças manifestas entre o EIA e o EIV, razão pela qual entende-se muito despreziosa a redação do artigo 38 do Estatuto da Cidade ao dispor que “a elaboração do EIV não substitui a elaboração e aprovação do estudo prévio de impacto ambiental (EIA), requeridas nos termos da legislação ambiental”. O entendimento aqui defendido é referendado, inclusive, pelo próprio *Parquet* na Informação Técnica nº 156/08 da 4ª CCR – Câmara de Coordenação e Revisão – Meio Ambiente e Patrimônio Cultural, facilmente encontrada na rede mundial de computadores.

O Ministério Público Federal ressalta, ainda, a dificuldade da utilização dos dois instrumentos para análise do mesmo projeto, como no caso em tela. Em síntese, envolveriam: i) as diferenças entre órgãos de aprovação e esferas de competências; ii) a conclusão do EIV não deve se antecipar à Licença Prévia e somente depois de cumpridas as exigências para fins de Licença de Instalação, é que o EIV, incluso no EIA/RIMA, poderá ser submetido à aprovação do órgão de urbanismo; iii) se o EIA/RIMA não abarcar o EIV, mas tê-lo como estudo complementar, surge uma dificuldade de ordem prática para a análise do departamento de urbanismo municipal, por estarem as informações fracionadas, parte no EIA, parte em estudo complementar.

Se o EIV estiver contido no EIA/RIMA, a análise também fica prejudicada por ser necessário “pinçar” não apenas o capítulo referente ao meio urbano, como também os demais itens relacionados ao tema, dispersos ao longo do texto.

4.2 A DISPENSA DE EIA/RIMA PELOS ÓRGÃOS ESTADUAIS E MUNICIPAIS DE MEIO AMBIENTE

Conforme já demonstrado acerca da competência dos órgãos ambientais estaduais para dispensar o EIA/RIMA, tal desnecessidade de apresentação restou comprovada e dentro dos parâmetros da legalidade no caso da OUCPRJ tendo em vista que o órgão competente estadual, ao analisar o processo de construção dos túneis da Via Expressa e da Via Binária, sua Gerência de Licenciamento emitiu parecer entendendo ser desnecessária

a sua elaboração para tais projetos, levando em consideração “que as intervenções serão feitas em **áreas totalmente urbanizadas**, e fazem parte do conjunto de intervenções, para revitalização da Zona Portuária da Cidade do Rio de Janeiro”.

Posteriormente, a Comissão Estadual de Controle Ambiental – CECA acolheu o referido parecer e encaminhou os autos do processo administrativo à Secretaria Municipal de Meio Ambiente – SMAC, “tendo em vista que **a Câmara de Licenciamento e Fiscalização da CECA, em reunião, ao avaliar o presente processo, definiu o seu licenciamento como municipal,**” conforme disposto no Art. 9º, XIV, “a”, da Lei Complementar nº 140, de 2011, que trata da cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora:

LEI COMPLEMENTAR FEDERAL Nº 140, DE 2011:

“Art. 9º **São ações administrativas dos Municípios:**

XIV - observadas as atribuições dos demais entes federativos previstas nesta Lei Complementar, **promover o licenciamento ambiental das atividades ou empreendimentos:**

a) **que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local, conforme tipologia definida pelos respectivos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade;**”

A Secretaria de Meio Ambiente foi no mesmo sentido do entendimento aqui defendido de que o EIA/RIMA não seria o estudo mais adequado à Operação Urbana Consorciada Porto Maravilha, e que bastaria o Estudo de Impacto de Vizinhança – EIV para a região por se situar em Área Urbana Consolidada:

“Esse projeto de revitalização da Zona Portuária foi submetido, ainda, à realização e à aprovação do Estudo de Impacto de Vizinhança, que é o **instrumento adequado** para as Operações Urbanas Consorciadas, caso do projeto, com fundamento no art. 32 da Lei Federal nº 10.257/2001 (Estatuto das Cidades), eis que **não se classifica como projeto de desenvolvimento urbano** nos moldes previstos pela Lei nº 1.356/1988, **não sendo portanto, necessária a elaboração de Estudo e Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA)**, segundo parecer da Coordenadoria Geral de Controle

Ambiental desta Secretaria.” (Secretário Municipal de Meio Ambiente Altamirando Fernandes Moraes).

O entendimento de que não se trata de desenvolvimento urbano é no sentido de que não se está ampliando o perímetro urbano, com eventual desmatamento de áreas verdes e vai ao encontro do que estabelece o Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa (FERREIRA, 2008, p. 302). Afinal, conforme a legislação, uma Operação Urbana Consorciada objetiva “alcançar *transformações* urbanísticas estruturais, *melhorias* sociais e *valorização* ambiental de parte das Regiões Administrativas” previstas na LC 101/2009 [17]. Segundo o dicionário, a atividade de transformar é “dar nova forma, feição ou caráter; mudar, modificar, transfigurar; converter; mudar de estado, condição, forma, etc.” (FERREIRA, 2008, p. 786) o que não se confunde com a atividade de desenvolver, ampliar, aumentar.

Ademais, o licenciamento ambiental pelo próprio Município, apesar das críticas acerca da parcialidade feitas pelo *Parquet* estadual, é aceito pela doutrina, gozando as referidas licenças de todos os atributos dos atos administrativos, em especial do da Presunção de Legalidade:

“Como já afirmado, os Municípios detêm competência administrativa comum para atuar em assuntos de interesse local, com base nos arts. 23, 30, 225, *caput*, da Carta-Magna e, ainda, nos princípios da preponderância de interesses e da subsidiariedade, incluindo-se aí a competência para o licenciamento ambiental.

Ora, **se tal atribuição lhes é conferida diretamente pela CRFB, não poderá nenhuma lei, nem mesmo complementar, reduzir ou excluir a competência dos Municípios para a condução do procedimento de licenciamento e para a expedição das competentes licenças.** O professor Édis Milaré é categórico a respeito da matéria:

(...)

Desse modo, **é inegável que a competência para a outorga de licenças ambientais também foi conferida aos Municípios pela Carta Política.**

E, se assim é, o art. 10 da Lei nº 6.938/81 deve ser interpretado conforme a Constituição, entrevendo-se que, não obstante o silêncio da lei, **sempre que houver obras e atividades de interesse predominantemente local a competência para o licenciamento será dos Municípios.**

(...)

Demais disso, a própria noção de pacto federativo nos conduz à ideia de que os Municípios se organizam e regem-se por leis próprias e, sendo assim, em se verificando situações em que haja interesse predominantemente local, neste campo os Municípios deterão as competências legislativa e administrativa plenas.” [18].

A pretensão do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro de exigir a elaboração e apresentação do EIA/RIMA para as obras de transformação urbanística do Porto Maravilha chega ao ponto de assemelhá-lo, ou até de torná-lo o próprio “órgão ambiental competente” de que trata o parágrafo único do art. 3º da Resolução Conama 237, de 1997.

Ora, se as normas ambientais estabelecem que competirá aos órgãos administrativos a função de analisar os impactos ambientais na concessão de licenças e, se for o caso, exigir a elaboração de outros estudos, não haveria razão de existir aquela competência atribuída, pois bastaria, segundo o *Parquet*, uma atividade modificadora do meio ambiente para subsumir o fato à norma. Os órgãos ambientais dos Estados restariam esvaziados. Praticamente inúteis em função da perda de uma de suas principais, senão a principal atribuição que é a de identificar o grau da intervenção humana no meio ambiente avaliando os respectivos impactos.

Por se tratar a atividade de licenciamento de um ato administrativo, o mesmo goza de todos os seus atributos que, segundo HELY LOPES MEIRELLES, “os distinguem dos atos jurídicos privados e lhes emprestam características próprias e condições peculiares de atuação. Referimo-nos à Presunção de Legitimidade, à Imperatividade e à Autoexecutoriedade”. [19]

Além do EIV, no âmbito da OUCPRJ foram apresentados, ainda, outros estudos para obtenção das Licenças de Instalação: Estudo de Tráfego, Estudo de Viabilidade Econômica, Estudos de Controles Ambientais, Relatório Técnico de Avaliação de Ruído Ambiental, RCA – Relatório de Controle Ambiental do Túnel da Via Binária, RCA – Relatório de Controle Ambiental do Túnel Denominado Via Expressa, PGRCC – Projeto de Gerenciamento de Resíduos de Construção Civil para as obras de Infraestrutura do Projeto de Revitalização e Operação da AEIU e Estudo acerca do Projeto de Implantação do Sistema de Veículos Leves sobre Trilhos – VLT (doc. anexos) etc.

4.3 A LEI ESTADUAL Nº 1.356, DE 1988, E O DESENVOLVIMENTO URBANO

Primeiramente, compete-nos esclarecer o dispositivo da Lei Estadual nº 1.356/88 que supostamente exigiria o EIA/RIMA para a Operação Urbana Consorciada Porto

Maravilha. Assim, a OUCPRJ é conceituada pelo Estatuto da Cidade como o “conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental.”

Nota-se de plano que o referido instrumento de política urbana visa transformar uma região já urbanizada e não a ampliar ou implantar uma nova em uma região não urbanizada, praticamente rural. Isto porque, na hipótese da implantação e ampliação de projetos de desenvolvimento urbano para outras regiões não urbanizadas, o Estado do Rio de Janeiro possui legislação específica pela qual acertadamente se exige para os licenciamentos a elaboração prévia do EIA/RIMA:

LEI ESTADUAL Nº 1.356, DE 03 DE OUTUBRO DE 1988:

Art. 1º - Dependerá da elaboração de Estudos de Impacto Ambiental e do respectivo Relatório de Impacto Ambiental - RIMA a serem submetidos à aprovação da Comissão Estadual de Controle Ambiental- CECA, os licenciamentos da **implantação** e da **ampliação** das seguintes instalações e/ou atividades:

(...)

XIV - projetos de desenvolvimento urbano e exploração econômica de madeira ou lenha em áreas acima de 50 (cinquenta) hectares, ou menores **quando confrontantes com unidades de conservação da natureza ou em áreas de interesse especial ou ambiental**, conforme definida pela legislação em vigor;

(...)

§ 5º - **A Comissão Estadual de Controle Ambiental - CECA**, com base em parecer técnico da Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente - FEEMA - que conclua pela **ausência de potencial e significativo dano ambiental**, **poderá dispensar, para as instalações e/ou atividades constantes nos incisos do caput, a elaboração do estudo de impacto ambiental**, desde que a licença preveja as medidas necessárias à preservação e proteção do meio ambiente, aplicando-se o disposto neste parágrafo aos licenciamentos já concedidos, que tenham atendido aos seus termos.

A despeito da lei não possuir uma redação muito clara e expressamente permitir que o órgão ambiental competente dispense a elaboração dos estudos, a interpretação

mais compatível com o instrumento ora em análise (EIA/RIMA) consiste na ideia de que as hipóteses elencadas em cada um dos incisos do artigo 1º possuem certa semelhança entre si. No caso do inciso XIV, acima transcrito, não é diferente.

Os licenciamentos dos projetos de desenvolvimento urbano, independentemente da sua extensão, dependerão de EIA/RIMA quando avançarem sobre Zonas de Transição, sejam estas de qual natureza forem.

Nos casos exploração econômica de madeira ou lenha em áreas acima de 50 (cinquenta) hectares ou menores quando confrontantes com unidades de conservação da natureza ou em áreas de interesse especial ou ambiental, também, por estarem nas denominadas Zonas de Amortecimento (Lei nº 9.985/2000, Art. 2º, inc. XVIII). Por Zonas de Amortecimento entende-se, segundo o legislador, como “o entorno de uma unidade de conservação, onde as atividades humanas estão sujeitas a normas e restrições específicas, com o propósito de minimizar os impactos negativos sobre a unidade”.

No inciso XVIII, a intenção do legislador ao criar a norma foi clara. Nestas regiões em que haverá ampliação ou implantação de uma nova atividade humana impactante ao meio ambiente original, os estudos deverão ser elaborados visando permitir o manejo dos recursos ecológicos auxiliando, assim, na preservação/conservação daquela biosfera. Trata-se de opção de política legislativa em que se visa permitir o respeito aos Princípios da Prevenção e da Precaução, sem, todavia, impedir o desenvolvimento natural dos centros urbanos.

Mutatis mutandis, o mesmo se diga da Resolução Conama nº 001/86. Nesta, os projetos urbanísticos que excedam a extensão de 100 (cem) hectares deverão ser objeto de EIA/RIMA, pois, na grande maioria das cidades brasileiras, provavelmente avançarão sobre uma espécie de zona de amortecimento cujos impactos sejam potencialmente causadores de significativa degradação ambiental. Além disso, no mesmo inciso em que o tema é tratado, encontra-se também a menção a áreas não urbanizadas, ensejando a mesma interpretação fornecida pela legislação estadual.

A expressão “projetos urbanísticos” de que trata a Resolução, além de não abranger o conjunto das intervenções das OUC, foi editada para exigir os estudos nos casos de ampliação dos perímetros urbanos sobre áreas ainda não urbanizadas. As operações urbanas, como visto, envolvem “transformações urbanísticas estruturais” sem impacto significativo ao meio ambiente natural, como no caso de intervenções em áreas de proteção ambiental.

Ora, a redação do inciso XV do art. 2º da Resolução Conama nº 01/86 foi elaborada da mesma forma que as demais reunindo matérias afins no mesmo inciso. As áreas consideradas de relevante interesse ambiental se tivessem que possuir tratamento

diferente dos projetos urbanísticos acima de 100 hectares estariam em outro inciso do mesmo dispositivo:

RESOLUÇÃO CONAMA Nº 001, de 23 de janeiro de 1986.

Artigo 2º - Dependerá de elaboração de Estudo de Impacto Ambiental e respectivo Relatório de Impacto Ambiental - RIMA, a serem submetidos à aprovação do órgão estadual competente, e do IBAMA em caráter supletivo, o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente, tais como:

(...)

XV - Projetos urbanísticos, acima de 100ha. ou em áreas consideradas de relevante interesse ambiental a critério da SEMA e dos órgãos municipais e estaduais competentes.

Ressalta-se ainda que, no Brasil, além das unidades usuais referentes a m² e a km², utilizam-se algumas medidas denominadas agrárias. Entre os proprietários de terras e corretores, as medidas utilizadas cotidianamente são as seguintes: are(a), hectare(ha) e o alqueire. Entre as medidas agrárias, o are é considerado a unidade de medida fundamental, correspondendo a uma superfície de 100 m², mas atualmente ele é pouco utilizado.

O hectare é atualmente a medida mais empregada em área de fazendas, chácaras, sítios, regiões de plantações e loteamentos rurais, equivalendo a uma região de 10.000 m². O alqueire foi uma das medidas agrárias mais utilizadas pelos fazendeiros, mas atualmente ele é considerado uma medição imprópria, em virtude das diferentes quantidades de m² utilizados pelos estados brasileiros.

Ao olharmos para ambas as normas objeto de análise verificamos a utilização da unidade de medida hectare (ha) se referindo às atividades de *implantação* e *ampliação* de projetos urbanísticos (*caput*, do art. 1º, da Lei nº 1.356/86).

Isso significa que o emprego da unidade de medida pelo legislador não é em vão. A própria Constituição Federal da República de 1988 evidencia o sobredito entendimento ao utilizar a unidade de medida metro quadrado (m²) ao tratar de temas atinentes às cidades e a unidade de medida hectare ao tratar de temas afetos a regiões agrárias. No que toca às regiões agrárias podemos citar como exemplo os artigos 49, 188 e 191 onde se utiliza a medida do hectare.

Já no que tange às regiões urbanas, o Constituinte Originário optou expressamente por utilizar a unidade de medida metro quadrado:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Não obstante o aqui defendido, o fato é que o órgão ambiental competente, CECA, dentro da legalidade, delegou às autoridades ambientais municipais a decisão de analisar e dispensar ou não a elaboração de EIA/RIMA para a OUCPRJ, Área Urbana Consolidada.

5. CONCLUSÃO

Diante do exposto, podemos inferir que a preservação do meio ambiente não se resume apenas à existência ou não de um estudo técnico prévio. A questão vai muito além e não são raras as vezes em que a exigência de sua elaboração poderá impactar muito mais negativamente que na hipótese de sua dispensa.

Dito isso, deve-se ter em mente que a cidade é o local em que convivem harmonicamente seres humanos, animais e a flora. São nos centros urbanos onde, segundo a ONU 31, cerca de 4 bilhões de pessoas interagem e vivem, com muito mais intensidade do que no campo, com edifícios, veículos, sistemas de drenagem, esgoto, animais vetores de doenças, sistemas elétricos, substâncias poluentes *etc.* No Brasil, em 2010, cerca de 160 milhões de pessoas viviam nas cidades, o que corresponde a 84% de todos os habitantes, segundo dados do IBGE 32.

A tendência natural é que estes números só venham a aumentar, considerando o prolongamento da expectativa de vida, o aumento do poder aquisitivo e, como consequência, o consumismo das famílias. Toda essa expectativa apenas contribui para que desde já a dinâmica das cidades seja repensada e seu urbanismo planejado com mais antecedência, pois, identificando e evitando os erros cometidos no passado, já estaremos no caminho certo para começarmos a trilhar um futuro com uma melhor qualidade de vida.

Além disso, não se pode deixar de repetir que o Desenvolvimento Econômico jamais poderá se sobrepor à necessidade de garantirmos, com uma confortável margem de segurança, a nossa saudável sobrevivência. A Dignidade da Pessoa Humana encontra-se hoje no epicentro dos nossos Direitos e Garantias Fundamentais, consagrada na Constituição Federal de 1988. Dessa forma, as necessidades de promover o desenvolvimento econômico e de preservação do meio ambiente deverão coexistir

31 <https://www.un.org/development/desa/en/news/population/world-urbanization-prospects.html>

32 <http://www.censo2010.ibge.gov.br/sinopse/index.php?dados=8>

harmonicamente, sem uma excluir por completo a outra, e serem consideradas concomitantemente na execução de políticas públicas urbanas.

Cientes disso, a Razoabilidade e a Proporcionalidade são princípios que deverão estar presentes no espírito, tanto do Administrador Público, quanto do Órgão Ambiental competente, quando na fase de licenciamento ambiental de projetos urbanísticos. A Ponderação de Princípios, tão mencionada pelo Poder Judiciário, deverá também encontrar espaço no Executivo, que, ao executar seus projetos, não poderá esquecer da observância obrigatória da variável ambiental, contribuindo com a atividade dos órgãos ambientais.

Com base nisso defende-se que, independentemente de uma solução meramente interpretativa de leis e normas ambientais, a razoabilidade aponta na direção da incompatibilidade da exigência do Estudo de Impacto Ambiental para Operações Urbanas Consorciadas.

Exemplo disso é exatamente o caso concreto que se dispõe a analisar. A Ação Civil Pública movido pelo MP/RJ contra o Município do Rio de Janeiro em relação à OUCPRJ nos permite exaurir o tema de forma ampla e a solucionar as dúvidas existentes. Questionando principalmente a demolição do Elevado da Perimetral, o *Parquet*, privilegiando uma interpretação literal de normas ambientais, simplesmente não percebeu que a demolição do elevado permitirá ao Município carioca eliminar os impactos ambientais negativos (e que não são poucos³³) causados pelo próprio elevado.

Por derradeiro, pode-se concluir que não é obrigatória a elaboração de EIA/RIMA para as Operações Urbanas previstas no Estatuto das Cidades, sendo até mesmo desaconselhável. As renovações urbanas são uma necessidade atual e para isso há outro estudo adequado aos aglomerados urbanos, o Estudo de Impacto de Vizinhança, o qual apenas merece maior atenção das autoridades públicas, necessitando de regulamento pelos municípios brasileiros.

Assim, pode-se resumir pelo menos cinco fundamentos para consolidar o entendimento de que o EIA não era de fato o estudo adequado à OUCPRJ, sendo que os três primeiros aplicar-se-iam a qualquer operação urbana para dispensá-lo:

33 Durante as obras de demolição foi constatado que o Elevado da Perimetral servia de abrigo para inúmeras espécies de animais considerados vetores de doenças, como mosquitos e ratos. Era utilizado por muitos moradores de rua como banheiro. Suas estruturas absorviam fuligem de poluição produzindo excessiva poeira; produziam sombra excessiva, inviabilizando o crescimento de árvores e de qualquer vegetação; e excesso de trânsito, devido ao fato de na superfície, os motoristas naturalmente reduzirem a velocidade ao trafegar. Sem mencionar os grandes investimentos em sua manutenção e o favorecimento da criminalidade no período noturno. Ao longo dos anos, especialistas declararam que a Perimetral "assassinou" a Zona Portuária do Rio de Janeiro, transformando seus três bairros em mero local de passagem, completamente esquecidos pelo resto da cidade e, conseqüentemente, pelos governos anteriores.

- A OUC é um conjunto dinâmico de intervenções urbanas (art. 32, § 1º, Lei nº 10.257/2001) e não uma única obra, ou um único projeto urbanístico (Resolução Conama nº 001, de 1986, art. 2º, XV);
- A incompatibilidade da Operação Urbana com o EIA/RIMA, uma vez que este estudo define, inclusive, o local onde será implantado o futuro projeto. Não sendo cabível quando se encontrar em fase avançada de detalhamento;
- A Constituição Federal de 1988 inovou no ordenamento jurídico exigindo os referidos estudos apenas nos casos de “obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente” (Art. 225, § 1º, IV), e não apenas para atividades modificadoras do meio ambiente, conforme reza a Resolução CONAMA nº 001, de 1986. Neste sentido, a Interpretação Conforme à Constituição é a regra de hermenêutica jurídica a ser atribuída ao art. 2º, *caput*, da referida legislação ambiental e a OUCPRJ é uma intervenção urbanística em Área Urbana Consolidada;
- A Lei Estadual nº 1.356, de 1988, que estabelece hipóteses para o EIA/RIMA, apenas os exige para implantação e ampliação de projetos em áreas não-urbanizadas (Art. 1º, inciso XIV) e a OUCPRJ, diferentemente, promoverá uma transformação estrutural em Área Urbana Consolidada;
- A Secretaria Municipal de Meio Ambiente, por delegação do Órgão Ambiental Estadual Competente, dispensou a elaboração do EIA/RIMA, nos termos do art. 9º, XIV, “a” da Lei Complementar Federal nº 140/2011, do art. 3º, Parágrafo Único da Resolução CONAMA nº 237/1997, e do art. 1º, § 5º da Lei Estadual nº 1.356/1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição Federal (1988). Vade Mecum Saraiva. Ed. Saraiva, 2014.

BRASIL. **Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Vade Mecum Saraiva. Ed. Saraiva, 2014.

[2] Reportagem de PUC-Rio Digital, 2012: Zona Portuária aguarda prometida revitalização. Disponível em: <http://puc-riodigital.com.puc-rio.br/Texto/Cidade/Zona-Portuaria-aguarda-prometida-revitalizacao-7875.html#.Vi-xF4He-wE>. Data de acesso: 20.11.2015

[3] São Paulo tem recorde de congestionamento - Chuva ajudou a criar 838 km de filas na capital paulista nesta sexta-feira (6) – Disponível em: <http://noticias.band.uol.com.br/transito-sp/noticia/100000739993/sao-paulo-tem-recorde-de-congestionamento.html>. Data de acesso: 21.11.2015;

[4] CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 219-220);

[5] CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 246;

[6] SÉGUIN, Elida. **Estatuto da Cidade**. 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 93;

[7] TOSHIO ...

[8] FIORILLO, CELSO ANTÔNIO PACHECO Curso de direito ambiental brasileiro. Editora Saraiva: São Paulo. 2006, p. 90.

[9] Segundo BARROSO, citando HANS KELSEN, SANTI ROMANO e MIGUEL REALE, o Princípio da Unidade da Constituição "é decorrência natural da soberania do Estado a impossibilidade de coexistência de mais de uma ordem jurídica válida e vinculante no âmbito de seu território. Para que possa subsistir como unidade, o ordenamento estatal, considerado na sua globalidade, constitui um sistema cujos diversos elementos são entre si coordenados, apoiando-se um ao outro e pressupondo-se reciprocamente. O elo de ligação entre esses elementos é a Constituição, origem comum de todas as normas. É ela, como forma fundamental, que confere unidade e caráter sistemático ao ordenamento jurídico. (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. Ed. ver. – São Paulo: Saraiva, 2009).

[10] DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ed. 1992.

[11] RESOLUÇÃO CONAMA Nº 001, de 23 de janeiro de 1986: Artigo 2º - Dependerá de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental - RIMA, a serem submetidos à aprovação do órgão estadual competente, e do IBAMA em caráter supletivo, o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente, tais como: (BRASIL. Resolução Conama nº 001, de 23 de janeiro de 1986. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>. Data de acesso: 21.11.2015)

[12] O CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE - CONAMA, no uso das atribuições e competências que lhe são conferidas pela Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, regulamentadas pelo Decreto nº 99.274, de 06 de junho de 1990, e tendo em vista o disposto em seu Regimento Interno, e (...) (BRASIL. Resolução Conama 237, de 19 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>. Data de acesso: 21.11.2015)

[13] "Conceitos jurídicos indeterminados são expressões de sentido fluido, destinadas a lidar com situações nas quais o legislador não pôde ou não quis, no relato abstrato do enunciado normativo, especificar de forma detalhada suas hipóteses de incidência ou exaurir o comando a ser dele extraído. Por essa razão, socorre-se ele de locuções como as que constam da Constituição brasileira de 1988, a saber: pluralismo político,

desenvolvimento nacional, segurança pública, interesse público, interesse social, relevância e urgência, propriedade produtiva, em maio a muitas outras. Como natural, o emprego dessa técnica abre para o intérprete um espaço considerável – mas não limitado ou arbitrário – de valoração subjetiva.” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. – 2 ed. – São Paulo: Saraiva, 2010).

[14] CARVALHO FILHO. José dos Santos. Comentários ao Estatuto da Cidade. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 26;

[15] http://4ccr.pgr.mpf.gov.br/institucional/grupos-de-trabalho/gt-zona-costeira/docs-zonacosteira/IT_156-08_EIV.pdf

[16] De.sen.vol.vi.men.to sm. (...) 2. Crescimento, progresso; De.sen.vol.ver v.t.d. 1. Fazer crescer, (...) 5. Crescer. 6. Aumentar, progredir. (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Miniaurélio: O Dicionário da Língua Portuguesa 7. Ed. – Curitiba: Ed. Positivo, 2008. P. 302).

[17] Art. 1º Esta Lei Complementar institui a Operação Urbana Consorciada - OUC da região do Porto do Rio de Janeiro, na Área de Especial Interesse Urbanístico – AEIU criada nesta Lei Complementar, que compreende um conjunto de intervenções coordenadas pelo Município e demais entidades da Administração Pública Municipal, com a participação de proprietários, moradores, usuários e investidores, com o objetivo de alcançar transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e valorização ambiental de parte das Regiões Administrativas I, II, III e VII, em consonância com os princípios e diretrizes da Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001 - Estatuto da Cidade e do Plano Diretor Decenal da Cidade do Rio de Janeiro. Parágrafo único. O término da Operação Urbana Consorciada. (Lei Complementar Municipal nº 101, de 23 de novembro de 2009).

[18] D’OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt. Nota Sobre Alguns Aspectos Polêmicos do Licenciamento Ambiental In Revista de Direito da Procuradoria-Geral. 2006. P. 281-284;

[19] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 36. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 162;

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Lei nº 1.356, de 03 de outubro de 1988. – Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/b24a2da5a077847c032564f4005d4bf2/9469909dacf391bc0325653a007da634>. Data de acesso: 21.11.2015

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Resolução Conema / RJ. nº 35, de 15 de agosto de 2011. Disponível em: http://download.rj.gov.br/documentos/10112/646140/DLFE-41517.pdf/Res_CONEMA_35.pdf. Data de acesso: 25.11.2015.

MAZOYER, M.; ROUDART L. **História das agriculturas no mundo: do neolítico à crise contemporânea**. São Paulo: Editora UNESP; Brasília, DF: NEAD, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2004.

MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. Lei Complementar nº 101, de 23 de novembro de 2009. Disponível em: <http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/contlei.nsf/f25edae7e64db53b032564fe005262ef/b39b005f9fdbe3d8032577220075c7d5?OpenDocument>. Data de acesso: 21.11.2015

VAN ACKER, Francisco Thomaz. **Breves considerações sobre a Resolução 237, de 19.12.1997, do CONAMA, que estabelece critérios para o licenciamento ambiental**. In Revista de Direito Ambiental, vol. 8. São Paulo: RT, 1997.

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.

THAÍS MARIA AMORIM PINTO DE SOUSA: graduação em Comunicação Social com habilitação em Relações Públicas pela Escola Superior de Relações Públicas (2006) e graduação em Bacharelado em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Cristã - FADIC (2011)³⁴.

RESUMO: O artigo tem por finalidade tecer um estudo acerca dos meios adequados, razoáveis e proporcionais que o postulador da proporcionalidade pode realizar para obter seus fins no processo administrativo disciplinar – PAD. Este, no que lhe concerne, deriva do poder de disciplina, pautado nos princípios da oficialidade, do contraditório e da ampla defesa, bem como é um instrumento formal que deve seguir os ritos previstos nas legislações objeto de subordinação do ente. O princípio da proporcionalidade está ligado ao razoabilidade e visa regular o excesso de poder do estado para com seus administrados, tratando-se de um poder discricionário que deve ser exercido com equilíbrio e em medida adequada para cumprimento dos desígnios normativos. Tal preceito é previsto de forma expressa da legislação federal, portanto precisa ser considerado no momento da definição da reprimenda disciplinar aplicável ao fato objeto do processo administrativo disciplinar.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo; Processo Disciplinar; Princípio; Proporcionalidade; Sanções.

ABSTRACT: The purpose of the article is to weave a study about the adequate, reasonable and proportional means that the postulate of proportionality can carry out to obtain its purposes in the disciplinary administrative process - PAD. This, as far as it is concerned, derives from the power of discipline, based on the principles of officiality, the adversary system and ample defense, as well as being a formal instrument that must follow the rites provided for in the legislation that is subject to the entity's subordination. The principle of proportionality is linked to reasonableness and aims to regulate the excess power of the state towards its administrators, in the case of a discretionary power that must be exercised with balance and in the appropriate measure to fulfill the normative purposes. Such precept

³⁴ Com especialização em direito penal e processo penal, também pela FADIC (2014). Atualmente é escriturária da Polícia Civil do Estado de Pernambuco, anuída à Corregedoria Geral da SDS/PE, exercendo a função de membro de Comissão de Processo Administrativo Disciplinar. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público.

is expressly provided for in federal legislation, therefore, it needs to be considered when defining the disciplinary reprimand applicable to the fact object of the disciplinary administrative process.

KEYWORDS: Administrative Law; Disciplinary Process; Principle; Proportionality; Sanctions.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DO PODER DE DISCIPLINA E DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR; 3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO; 4. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

1. INTRODUÇÃO

O princípio da proporcionalidade, como um dos baluartes do direito administrativo, precisa ser considerado nas instruções de processos administrativos disciplinares - PAD, principalmente no momento de sopesar a reprimenda a ser imposta.

Como meio do estado exercer seu poder de disciplina, o PAD deve respeitar o corolário da proporcionalidade para concretização da moralidade administrativa, sob pena de que a decisão proferida enseje a perpetuação de abusos. Ainda, preconiza o instituto que haja uma adequação e/ou moderação dos atos estatais, baseados nas leis, ao interesse público, pautando-se no combate aos excessos e favorecendo uma limitação a sua discricionariedade.

Sendo assim, é salutar a importância de no momento da definição da reprimenda disciplinar, promova-se uma correlação entre esta ao ordenamento jurídico, mas principalmente ao caso concreto, como medida de justiça.

2. DO PODER DE DISCIPLINA E DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.

Uma das formas de poder exercida pelo Estado é o disciplinar, que tem por finalidade regular as faltas perpetradas por seus agentes públicos, ou seja em desacordo com as normas legais em vigência. O exercício desse poder não pode ser feito de forma arbitrária e aleatória, mas sim submetendo o administrado a um procedimento, baseado na oficialidade, devido processo legal, garantindo-lhe também, o direito ao contraditório e a ampla defesa.

Para DI PIETRO, o poder disciplinar é uma decorrência da hierarquia, senão vejamos:

No que diz respeito aos servidores públicos, o poder disciplinar é uma decorrência da hierarquia; mesmo no Poder Judiciário e no Ministério Público, onde não há hierarquia quanto ao exercício de

suas funções institucionais, ela existe quanto ao aspecto funcional da relação de trabalho, ficando os seus membros sujeitos à disciplina interna da instituição.³⁵

Tal regulação acontece através de um instrumento formal, o processo administrativo disciplinar, e com isso administração visa verificar a existência de transgressões disciplinares cometidas pelos servidores públicos.

Decorrem do PAD duas condutas administrativa, ao término da instrução: a) comprovadas as irregularidades, há a pugnação pela aplicação de uma reprimenda, quando constatada a autoria e materialidade daquelas.; ou b) arquivamento do feito.

Os fundamentos normativos para a instrução dos processos administrativos disciplinar se encontram definidos em diversas legislações que variam de acordo com ente federado ao que o funcionário é subordinado, de maneira autônoma, desde que respeitada a Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88, sendo assim se trata de um processo regido pelo princípio da disciplina reguladora difusa.

Conforme leciona CARVALHO FILHO:

(...) o objeto do processo administrativo-disciplinar é a averiguação da existência de alguma infração funcional por parte dos servidores públicos, qualquer que seja o nível de gravidade.

(...)

A averiguação de faltas funcionais constitui um poder-dever da Administração. Não se pode conceber qualquer discricionariedade nessa atuação, porquanto o princípio da legalidade é de observância obrigatória para todos os órgãos administrados. E, como é óbvio, não se observa esse princípio se não for apurado desempenho funcional revestido de irregularidade ou de ilegalidade. É tão importante a apuração que a Administração normalmente instaura *ex officio* o processo disciplinar.³⁶

Latente se demonstra a importância do PAD, em decorrência de se tratar de mecanismo concretizador de um *poder-dever* estatal, vez que será sopesada a conduta individualizada do servidor transgressor. Fundamental se demonstra a construção equilibrada de uma reprimenda, pelo administrador, amoldada ao caso concreto, portanto,

35 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. – Rio da Janeiro: Forense, 2019. p. 261.

36 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2018. p. 1050.

é necessário sempre vislumbrar a adequação/ proporção nessa composição, como será explanado no transcorrer deste estudo.

3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO.

O surgimento do princípio da proporcionalidade aconteceu em um primeiro momento na Suíça e na Alemanha, depois houve uma expansão do conceito para a Áustria, Holanda, Bélgica, e demais países da Europa. Intimamente ligado à razoabilidade, ambos pois buscam regular o poder discricionário do estado para que as decisões sejam adequadas e proporcionais à finalidade legal.

Consagrado no campo constitucional, atualmente passou a ser implementado administrativamente, entretanto com o devido respeito à discricionariedade, desde que esta seja restrita aos desígnios do ordenamento jurídico.

Carvalho Filho leciona que tal princípio tem por fundamento regular o *excesso de poder estatal* e visa evitar a extrapolação em seus *atos, decisões e condutas*, limitando-os às imposições legais. Portanto, o estado deve apenas intervir nas atividades sob seu controle quando necessário, todavia de forma equilibrada e proporcionalmente ao propósito a que é destinada, devendo sua aplicação se revestir numa tríplice, senão vejamos:

Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de revestir-se de tríplice fundamento: (1) *adequação*, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; (2) *exigibilidade*, porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causar o menor prejuízo possível para os indivíduos; (3) *proporcionalidade em sentido estrito*, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens.³⁷

Portanto, o administrador deverá sempre ser regido pela austeridade e cautela no exercício de sua atividade em busca da efetivação do interesse público, guardando uma relação proporcional nela, sob pena de estar inferindo o comando principiológico em comento.

O responsável pelo julgamento administrativo, ao regular a disciplina para restaurar à ordem pública, obriga-se a efetivação das garantias e direitos do servidor

³⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2018. p. 44;

regulado, por meio da tomada de decisões harmônicas aos comandos legais e congruentes ao injusto praticado.

4. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.

Em âmbito federal, o processo administrativo é regulado pela Lei n.º 9.784/99, estando o princípio da proporcionalidade previsto de forma explícita no art. 2º. E ainda é especialmente enaltecido, na legislação em comento, no inciso VI, que a conduta estatal deve ser pautada no atendimento ao *interesse público*, restando cristalina a ideia de uma ação voltada à adequação aos *meios e fins*³⁸ para proteção aos direitos dos administrados. DI PIETRO, explica tal situação da seguinte forma:

O princípio da razoabilidade, sob a feição de proporcionalidade entre meios e fins, está contido implicitamente no artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 9.784/99, que impõe à Administração Pública: adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (inciso VI); observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados (inciso VIII); adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados (inciso IX); e também está previsto no artigo 29, § 2º, segundo o qual “os atos de instrução que exijam a atuação dos interessados devem realizar-se do modo menos oneroso para estes”.³⁹

Todavia, transcorrem SILVEIRA e FRANCISCO, em artigo, que uma ressalva se faz necessária registrar no tocante à Administração Pública Federal, vejamos:

Para a Administração Pública Federal, a demissão não comporta a aplicação do princípio da proporcionalidade. Há orientação jurídica interna, de caráter vinculante para toda a Administração Pública Federal, que define como compulsória a aplicação da penalidade disciplinar de demissão nos casos em que o julgamento concluir por infração disciplinar prevista no art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990.

38 BRASIL. **Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 07 Jan. 2022;

39 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. – Rio da Janeiro: Forense, 2019. p. 239;

Tais orientações emanam dos Pareceres GQ-18356e GQ-17757da Advocacia Geral da União. Esse entendimento advém do fato de que o comando do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, prescreveu as hipóteses em que a demissão será aplicada e não que ela poderá ser aplicada.⁴⁰

Outro exemplo de norma que prestigia o princípio em tela é a Lei Estadual n.º 11.781/2000, do estado de Pernambuco, trata-se de uma replicação do dispositivo da Lei n.º 9.784/99, em que é possível verificar a previsão e algumas exigências no tocante à efetivação.

Art. 2º A Administração Pública Estadual obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, impessoalidade e interesse público.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

(...)

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; (...)⁴¹

Quanto ao campo sancionatório, para Antônio Carlos Alencar CARVALHO, é essencial que as decisões que imponham sanções aos servidores públicos sejam motivadas

⁴⁰ SILVEIRA, Maria Aparecida Cardoso da; FRANCISCO, Ariela Rodrigues. **Processo Administrativo Disciplinar**: aplicação do princípio da proporcionalidade na fase de julgamento. Revista Jurídica (FURB), [S.l.], v. 20, n. 41, p. 103-130, out. 2016. ISSN 1982-4858. Disponível em: <<https://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/5778>>. Acesso em: 06 jan. 2022;

⁴¹PERNAMBUCO. **Lei Estadual nº 11.781, de 06 de junho de 2000**. Regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. Disponível em: <https://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?tiponorma=1&numero=11781&complemento=0&ano=2000&tipo=&url=>. Acesso em: 07 Jan. 2022.

e pautadas pela aplicação da proporcionalidade à falta cometida, mesmo se tratando de atos de natureza discricionária, deve-se *aferir a necessidade ou a inexistência de outro meio menos gravoso à situação*, como meio de efetivar uma pena moderada e individualizada⁴².

Ainda, instrui o supracitado doutrinador:

Deverá haver uma abordagem sobre as consequências do fato, o ânimo do agente, seu comportamento anterior, o dolo/malícia/fraude/improbidade demonstrados, conluio, ação em coautoria, dentre outras mais parâmetros circunstanciais para se fixar e justificar uma pena individualizada ao caso, ainda que seja a sanção mais grave disciplinar.

Julgou o Superior Tribunal de Justiça:

DEMISSÃO. SERVIDOR. ADVOCACIA ADMINISTRATIVA.

A Seção concedeu em parte o writ, considerando ilegal a demissão da servidora; pois, mesmo que sua conduta fosse considerada típica (art. 117, XI, da Lei n. 8.112/1990), a pena imposta fere o princípio da proporcionalidade, cabendo sua reintegração no cargo público com direito às verbas indenizatórias, acrescidas de juros de mora de 1% ao mês e correção monetária. Com efeito, em que pese o dispositivo supra, que veda ao servidor atuar como procurador ou intermediário junto à repartição pública com a qual mantenha vínculo empregatício, em favor de beneficiários parentes até segundo grau, tal conduta, para configurar infração administrativa, deveria ser análoga à regra do art. 321 do CP, equivalente à advocacia administrativa, por meio do tráfico de influência. Conforme os autos, porém, inexistiu tal influência de se valer do próprio cargo com o intuito de intermediar vantagens para outrem. MS 7.261-DF, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 28/10/2009.⁴³

Nesse diapasão, impende destacar que o Superior Tribunal de Justiça – STJ, já entende pacificamente que o princípio da proporcionalidade deve ser respeitado no momento da perquirição das sanções disciplinares impostas ao processado, preconizando

⁴² CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. **Manual de processo administrativo Disciplinar e sindicância**: à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da Administração Pública. 6. ed. rev., atual. e aum. – Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 396/397;

⁴³ CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. **Manual de processo administrativo Disciplinar e sindicância**: à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da Administração Pública. 6. ed. rev., atual. e aum. – Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 397;

estas não podem ser desproporcionais nem excessivas. Cite-se alguns exemplos de tais precedentes os: Mandados de Segurança n.º 21.138 -DF (2014/0175974-3), n.º 19.993 - DF (2013/0089741- 5), e n.º 13.523 - DF (2008/0090464- 4).⁴⁴

No momento de se proferir a decisão administrativa, esta tem de se pautar nos pressupostos fáticos de sua motivação e utilizar a proporcionalidade como instrumento de controle para moderar a penalidade a ser aplicada, sob pena, caso haja descumprimento desta valoração, de invalidação do ato pela via judicial.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do abordado, é possível constatar que o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado ao processo administrativo disciplinar, principalmente no momento de definição da sanção. Isto decorre não somente do efetivo cumprimento às normas que dispõem expressamente sobre ele, mas também para evitar a prática de abusos por parte da administração pública.

Também, a jurisprudência do STJ assegura a aplicabilidade de tal preceito, não podendo outro caminho a ser trilhado senão o do seu cumprimento, sob pena de invalidação pelo poder judiciário.

É dever do estado evitar a perpetuação de sanções desarrazoadas e desproporcionais, portanto é salutar a avaliação de todo o relevo disciplinar do fato apurado, para que assim haja a promoção do interesse público com sua decisão administrativa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**, informativo n.º 413/2009. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>. Acesso em: 07 Jan. 2021;

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 Jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 07 Jan. 2022.

⁴⁴ SILVEIRA, Maria Aparecida Cardoso da; FRANCISCO, Ariela Rodrigues. **Processo Administrativo Disciplinar**: aplicação do princípio da proporcionalidade na fase de julgamento. Revista Jurídica (FURB), [S.l.], v. 20, n. 41, p. 103-130, out. 2016. ISSN 1982-4858. Disponível em: <<https://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/5778>>. Acesso em: 06 jan. 2022.

CARVALHO FILHO, José Dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed.rev., atual. e ampl.–São Paulo: Atlas, 2018.

CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. **Manual de processo administrativo Disciplinar e sindicância**: à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da Administração Pública. 6. ed. rev., atual. e aum.– Belo Horizonte: Fórum, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. – Rio da Janeiro: Forense, 2019.

PERNAMBUCO. Lei Estadual nº 11.781, de 06 de junho de 2000. Regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. Disponível em: <https://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?tiponorma=1&numero=11781&complemento=0&ano=2000&tipo=&url=>. Acesso em: 07 Jan. 2022.

SILVEIRA, Maria Aparecida Cardoso da; FRANCISCO, Ariela Rodrigues. **Processo Administrativo Disciplinar**: aplicação do princípio da proporcionalidade na fase de julgamento. Revista Jurídica (FURB), [S.l.], v. 20, n. 41, p. 103-130, out. 2016. ISSN 1982-4858. Disponível em: <<https://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/5778>>. Acesso em: 06 jan. 2022.

OS CRITÉRIOS DE ADJUDICAÇÃO A SEREM OBSERVADOS A LUZ DO NOVO REGIME JURÍDICO DE FORMAÇÃO E EXECUÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS.

WILSON CARLOS MUCAPOLA:
Mestrando em Ciências Jurídico
Plíticas pela FDUAN; Docente de
Direito Administrativo na FDUAN.

RESUMO: A Contratação Pública, ao nível da formação dos contratos públicos, assume importância relevante nos quadrantes socioeconómicos do Estado, sendo merecedora de uma abordagem relativamente aos procedimentos adjudicatórios em vigor, concretamente no que respeita aos critérios de adjudicação na formação dos contratos públicos, tendo em conta a dinâmica contratual entre entidades adjudicantes, operadores económicos e sociedade em geral. Atendendo às alterações em curso no contexto legislativo nacional, na sequência da publicação da actual legislação, em matéria de Contratação Pública, pretende-se fazer a ligação dos critérios de adjudicação no âmbito da formação dos contratos públicos em vigor, enunciando as alterações plasmadas na referida disposição legal, e as consequências decorrentes da transposição destas, no ordenamento jurídico angolano. O Estado, na qualidade de autoridade adjudicante, e no exercício da sua actividade de prossecução do interesse público deve, com a abertura do procedimento concursal ter presente que lhe assiste o dever legal de proceder à adjudicação. A adjudicação firma-se em critérios, critérios estes que foram alvo de alterações legislativas face ao actual contexto, concretamente com a Lei n.º 41/20 de 23 Dezembro. Com os critérios de adjudicação efectivam-se as relações contratuais entre as entidades públicas e os operadores económicos (privados), no âmbito dos contratos públicos. Nesta legislação, os critérios da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante e da proposta do mais baixo preço, são substituídos, predominantemente, pelo da proposta economicamente mais vantajosa, em termos económicos segundo o ponto de vista da entidade adjudicante, designadamente, ponderando uma abordagem custo-eficácia, custos do ciclo de vida, podendo, nessa medida, aferir-se a melhor relação qualidade-preço. Cabe à entidade adjudicante especificar a ponderação atribuída a cada um dos critérios escolhidos para determinar a proposta economicamente mais vantajosa, excepto se esta for escolhida com base no preço.

Palavras-chave: Contratos Públicos; Contratação Pública; Procedimentos de Adjudicação; Critérios de Adjudicação.

Introdução

O presente relatório, surgiu da ideia de realizar um estudo cujo tema assenta nos procedimentos de adjudicação no âmbito da celebração dos contratos públicos, o qual se encontra plasmado ao abrigo da nova LCP, Lei nº41/20 de 23 de Dezembro. Todo o

processo de pesquisa e de investigação doutrinal e jurisprudencial subjacente ao tema “critérios de adjudicação” a que nos propomos desenvolver, estará assente numa análise temática ao nível da Contratação Pública, e nos contratos públicos em particular. A ideia de associação do particular à realização do interesse público parece ter-se desenvolvido verdadeiramente na Europa a partir do século XIX, apesar de as raízes da actividade contratual da Administração Pública serem muito antigas. As alterações da nova Lei, reflectem profundamente ao nível da Contratação Pública, originando uma verdadeira noção de contrato público.

O recurso ao contrato como instrumento normal de actuação administrativa enquadra-se numa lógica de gestão pública que conduz, entre outras consequências, à “substituição do ato de autoridade unilateral da administração pela negociação com os contratantes e o abandono da autotutela declarativa e executiva da administração”.⁴⁵ Houve assim necessidade de casar as normas previstas no CPA (código do procedimento administrativo), que data de 1995, como é o caso da introdução de um elenco de princípios de cariz pública (contratação pública) administrativa, e um novo regime de invalidade, resultando da elaboração de um verdadeiro códex dos contratos públicos.

A matéria em equação, subjacente ao nosso trabalho, recai sobre os procedimentos adjudicatórios que se afiguram dotados de grande relevância ao nível técnico procedimental, na medida em que, tendo estes como objecto a adjudicação do direito à celebração de um contrato através do qual se constitui com um dos concorrentes uma relação jurídica contratual por parte da Administração, ainda que se trate de uma relação de execução instantânea, prevê-se que sejam alvo de estrita observação obrigatória relativamente aos seus critérios de adjudicação.

A recente LCP (Lei dos Contratos Públicos)¹ é, hoje em dia, a ferramenta mais importante, para um funcionário do Estado, que seja responsável pelo gabinete de aprovisionamento ou de contratação servir-se de linha orientadora para o funcionário requerer os bens e serviços que necessita para o pleno funcionamento daquela entidade, seguindo os passos correctos e legais para a aquisição do pretendido.

Dentro destas aquisições podemos recorrer a vários procedimentos concursais, dependendo da sua especificidade e do valor base que se encontra em causa, sem que se afecte os princípios gerais da contratação pública.

A sua análise, numa perspectiva que se pretende inovadora, tem por base essas mesmas alterações legislativas ao actual do contexto em que os pagamentos destinados as despesas públicas são efectuados na maior parte dos casos em parcelas, factor

⁴⁵ Vital Moreira in “Nova Gestão Pública” e “Direito Administrativo”, RLJ, ano 142, Janeiro-Fevereiro de 2013, pp. 184 e 185

preponderante na nossa escolha para desenvolver e defender um trabalho de investigação, atenta a época de alteração legislativa na área da Contratação Pública que actualmente se encontra em germinação.

1. Breve análise histórica dos contratos públicos

Desde que o Estado é Estado que existe Contratação Pública. É na actividade da Administração Pública tipicamente liberal do século XIX, que se encontra a origem próxima da actual actividade contratual pública. As relações da Administração com os particulares alicerçavam-se por um lado na necessidade daquela em obter quem fizesse obras de requalificação e/ou melhoramentos no património do Estado a um preço inferior, requisitando para tanto, empreiteiros e fornecedores particulares.

Só posteriormente, a Administração Pública requisitou os particulares para o fornecimento de bens e serviços. Foi em pleno século XIX, numa Europa em franco progresso, que nasceram os contratos de concessão de serviços públicos.⁴⁶

Foram contratos inicialmente celebrados como se de contratos do direito privado se tratassem, a rigidez e estabilidade desses contratos favorecia o contraente privado, colocando entraves à Administração Pública quanto à actualização do serviço prestado atentas as exigências do interesse público. Da inadequação do contrato de direito privado relativamente às exigências do interesse público, nasce em França o contrato administrativo.

Só em meados dos anos trinta, do século XX, se deram profundas alterações nas relações entre o Estado e os seus co contraentes com vista a avançar para uma verdadeira situação de colaboração e de convivência relacional no âmbito contratual legalmente estabelecida.

Estamos numa época de mudança de orientações políticas, é o tempo de passagem do Estado Liberal para o Estado Social, época de grandes alterações na actividade contratual da Administração Pública. Vários factores estão subjacentes a estas alterações, por um lado, o Estado verifica que os particulares ao procurarem minorar os seus prejuízos em prole do eterno objectivo da Administração que é diminuir os gastos, tal traduzia-se na redução da qualidade dos serviços prestados.

Com o Estado Providência, deu-se um aumento da posição do Estado ao nível social e económico. Resultou dessa nova forma de encarar a sociedade em geral por parte das instâncias políticas aliado o espírito dinamizador e altruísta com vista a proporcionar

⁴⁶ Fernando Oliveira Silva in A Regulação dos Contratos Públicos-Modelo para uma Autoridade Reguladora, Almedina, 2016, p.19.

melhores condições de vida aos cidadãos por parte do Estado, o qual aumentou grandemente a sua actividade participativa na sociedade.

A Administração Pública passou a ter uma maior participação social e económica, com o incremento de novos projectos, a criação de novas infra-estruturas, com mais obras públicas, resultado da alteração da postura da Administração perante a sociedade em geral e do aumento participativo daquela em particular, a substituição de contratos de concessão de obras públicas pela celebração de contratos de empreitada de obras públicas, e ainda o aumento das concessões de serviços públicos.

1.2. Breve retrospectiva da contratação administrativa em Angola

Em Angola, como em outros países que absorveram a doutrina e a influência francesa, a utilização de contratos de direito administrativo foi inicialmente admitida para satisfazer as necessidades de gestão: Execução de obras, aquisição de bens e prestação de serviços do domínio público.

A evolução em Portugal da legislação em matéria da formação de contratos da Administração Pública remonta desde a segunda República, onde se verifica a existência de diversa legislação, com regimes especiais de celebração e execução de contratos administrativos.⁴⁷

Estes contratos detinham a reserva de poderes por parte da Administração Pública, *ius imperii* - poderes de direcção, considerados imprescindíveis para a prossecução da realização do superior interesse público, assegurando a supremacia do contraente público, inexistindo igualdade entre as partes, ao contrário do que se verifica no direito privado (princípio da liberdade contratual—artº405º CC), e poderes de modificação ou rescisão, que provocavam alguma instabilidade na relação contratual, contrariamente ao *Pacta Sunt Servanda* típico dos negócios privados (artº406º CC).

O alargamento dos fins a cargo deste novo Estado Providência, prestador de bens e serviços aos administrados justifica, não apenas o crescimento da máquina administrativa mas também a proliferação dos contratos, como instrumento privilegiado de colaboração de particulares com a Administração, nas referidas tarefas de prestação de bens e serviços.⁴⁸

1.3. Âmbito de aplicação da contratação pública

⁴⁷ Maria João Estorninho in O Curso de Direito dos Contratos Públicos por uma Contratação Pública Sustentável, Almedina, 2014, pp.22 e ss.

⁴⁸ Maria João Estorninho, ob. cit. p.21

No âmbito do regime jurídico aplicável à contratação pública, respeitante à formação dos contratos públicos, que independente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes e tenham por objecto as prestações típicas estão referidas no artigo 2.º da LCP.⁴⁹

2. Novo Regime Jurídico da Formação e Execução dos Contratos Públicos

Um novo regime jurídico referente à formação e execução dos contratos públicos foi recentemente aprovado, ao abrigo do novo diploma aprovado por intermédio da Lei n.º 41/2020, de 23 de Dezembro, enuncia o propósito de introduzir melhorias no regime legal existente, designadamente tendo em vista conferir maior eficácia na formação e execução dos contratos públicos. Nesta conformidade, destacamos alguns dos principais valores:

- a) É estabelecido um regime geral relativamente à formação e execução de contratos públicos de concessão, designadamente concessões de obras públicas e de serviços públicos. Este novo regime, novidade no ordenamento jurídico angolano, inclui regras sobre direitos e deveres do concedente e do concessionário, poderes e prerrogativas especiais conferidos ao concedente, prazo geral de vigilância aplicável aos contratos de concessão, princípios de partilha de riscos, regras sobre direitos conferidos a credores, regras sobre a possibilidade de onerar bens afectos à concessão, situações que permitem ao concedente exercer o seu poder de rescisão por incumprimento dos prazos do objecto contratual.
- b) O âmbito subjectivo da Lei foi clarificado, em especial no que diz respeito às empresas com domínio público, sujeitando-se às regras da contratação pública, para contratos acima de 500 milhões Akz apenas quando as mesmas sejam financiadas, total ou parcilmente, por fundos públicos. Contratos abaixo deste valor estão sempre executados das regras da LCP, independentemente de as empresas em causa terem financiamento via orçamento do Estado. Também em relação com haver ou não financiamento público, as regras da LCP aplicam-se sempre que o contrato em causa seja uma concessão.

2.1. Novos Regulamentos de Procedimentos de Formação de Contratos Públicos

Ao abrigo do instrumento legal acima referenciado, são igualmente regulamentados novos procedimentos de formação de contratos públicos, como é o caso da contratação *emergencial*,⁵⁰ tendo em vista fazer face a situações imprevisíveis e de emergência, a previsão de contratos reservados quando estejam em causa serviços de

⁴⁹ Lei n.º 41/20 de Dezembro, artigo 2.º

⁵⁰ Lei n.º 41/20 de Dezembro, artigo 22.º al. f).

saúde, serviços sociais ou de ensino. Nota-se de igual modo, ter havido um ajustamento ao procedimento *Dinâmico Electrónico*,⁵¹ que visam permitir adjudicações em menos de 24 horas.

São alterados os limiares para a escolha do procedimento em função do valor estimado ao contrato, relativamente a contratação simplificada⁵² (ajuste directo), que pode ser utilizada para permite a celebração de contratos contratos de valores estimado inferior a Akz 18 milhões, o concurso limitado por convite,⁵³ permite a celebração de contratos de valores estimados a Akz 182 milhões. Sendo certo que, acima deste último limiar, é obrigatório o concurso público ou o concurso limitado por prévia qualificação⁵⁴ para contratos de concessão.⁵⁵

As regras relativas à escolha do procedimento em função de critérios materiais, independentemente do valor do contrato, foram igualmente alteradas, sendo designadamente prevista a possibilidade de ajuste directo para contratos comerciais objecto de financiamento eterno.⁵⁶

Estabeleceu-se também agora uma caução única a ser prestada pelo concorrente vencedor e tendo em vista a garantia da pronta e correcta execução do contrato. Ao contrário do que acontecia até à nova lei, passa a ser estabelecido um valor mínimo para a mesma, correspondente a 5% do valor do contrato.

Ainda neste vislumbrar de ideias, a nova lei dos contratos públicos estabelece também pela primeira vez, um conjunto de regras que visam nortear as infrações e correspondentes multas e sanções acessórias, bem como a possibilidade de órgão responsável pela regulação e supervisão de contratação pública,⁵⁷ suspender contratos, caso se monstrem inconveniente ou algumas inobservâncias ao contexto da actual lei. Sendo que, foi atribuído a esta entidade poderes de fiscalização dos procedimentos de adjudicação e de execução dos contratos.

2.2. Princípios Gerais da Contratação Pública

51 Lei n.º 41/20 de Dezembro, artigo 22.º al. e).

52 Lei n.º 41/20 de Dezembro, artigo 22.º al. d).

53 Lei n.º 41/20 de Dezembro, artigo 22.º al. c).

54 Lei n.º 41/20 de Dezembro, artigo 22.º al. b).

55 Lei n.º 41/20 de Dezembro, artigo 22.º n.º1

56 Lei n.º 41/20 de Dezembro, artigo 24.º al. e).

57 Lei n.º 41/20 de Dezembro, artigo 11.º n.º1

A legalidade de um procedimento de Contratação Pública requer o estrito cumprimento da lei, onde se incluem os princípios normativos. Com os princípios normativos faz-se também menção às regras jurídicas, numa abordagem a diferentes espécies de normas jurídicas e o papel destes normativos na resolução de casos concretos. Os princípios e a sua compatibilidade com vários e diferentes graus de concretização, como seja a ponderação e a harmonização, as regras com toda a sua exigência normativa prescritiva.

Os princípios são normas que oferecem uma solução de princípio (um sentido *prima facie* de regulação) – “ordenam que algo se realize na maior medida possível segundo as possibilidades de facto e jurídicas”, sendo compatíveis com vários e diferentes graus de concretização, consoante o seu peso e valia no caso da vida (ponderação e harmonização), as regras por outro lado, são “normas que prescrevem uma exigência”.

No Direito Público, e mais concretamente no âmbito da Contratação Pública, os princípios jurídicos são elementos essenciais que “servem de base autónoma de deveres, direitos ou faculdades dos sujeitos dos procedimentos adjudicatórios”.⁵⁸

A existência destes princípios na Contratação Pública, os quais gozam do primado que se reconhece ao direito face às normas ou princípios do direito interno, tem duas consequências. Por um lado, a densificação e aplicação dos princípios dos procedimentos de adjudicação pelas entidades (administrativas e judiciais) nacionais não deve limitar-se a uma leitura interna, segundo a lei, a doutrina e a jurisprudência, devendo antes ter-se em consideração, o sentido e alcance que os princípios correspondentes têm recebido da jurisprudência do nosso ordenamento jurídico, por outro lado, a qual é derivada desta, é a da permanente importância e relevo jurídico dos mesmos que, a pesar da transposição para o direito interno, funcionam eles próprios com parâmetros de validade das leis internas e das suas opções em matéria de Contratação Pública.⁵⁹

Os princípios jurídicos da Contratação Pública, não coexistem apenas com os princípios gerais da organização e da actividade administrativa, pois tais princípios coexistem também com os princípios que apresentem um objecto idêntico. A Contratação Pública tem-se assumido de forma preponderante e acentuada nos modelos de análise económica do direito, pelo que, a referência a princípios reforça, desde logo, o pendor normativo na criação de uma normatividade jurídica específica, e não apenas economicista, como traduz a actuação dos poderes políticos.

⁵⁸ Rodrigo Esteves de Oliveira in *Princípios Gerais da Contratação Pública*, Estudos da Contratação Pública I, Coimbra Editora, 2008, p.54

⁵⁹ Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira in *Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, 2016, pp.179 a 182

Contudo, a referência aos princípios da Contratação Pública, possui um outro alcance, na medida em que se pretende que estes princípios sejam vistos como compromissos éticos.⁶⁰

Um dos grandes problemas nas relações contratuais público/privadas, no âmbito da função administrativa, são a existência eventualmente de fenómenos de corrupção, os quais desvirtuam os princípios e valores a que se deve pautar um Estado de Direito, representado por uma Administração Pública que prime pela imparcialidade, transparência, objectividade, isenção e neutralidade.⁶¹

Desta feita, na formação e na execução dos contratos públicos devem ser respeitados os princípios gerais decorrentes da constituição do regime do procedimento e da actividade administrativa, em especial os seguintes:⁶²

- a) Da Legalidade;
- b) Da Economicidade;
- c) Da Proibição;
- d) Do Formalismo
- e) Da Prossecução do Interesse Público;
- f) Da Imparcialidade;
- g) Da Proporcionalidade;
- h) Da Boa fé;
- i) Da sustentabilidade e da responsabilidade;
- j) Da Concorrência;
- k) Da Publicidade;
- l) Da Transparência;

60 Ana Raquel G. Moniz, "Princípios da Contratação Pública" in Rev. De Contractos Públicos nº.11 CEDIPRE, p.38

61 Ana Raquel G. Moniz, ob. cit. p.39

62 Lei n.º 41/20 de Dezembro, artigo 3.º

m) Da Igualdade;

n) Da Continuidade e da Regularidade.

2.3. Princípio da legalidade

Basilar de qualquer Estado, a Administração Pública, tem como limite, critério e fundamento a Lei. A actuação dos órgãos e agentes administrativos contratantes tem limite, o que implica dizer que só devem actuar segundo e no estrito termo do que a lei preclude.⁶³

A subordinação da Administração Pública à lei deve ser entendida como obediência a todo o Direito, ou melhor respeitar o conjunto global da ordem jurídica angolana. Este princípio decorre, geralmente do n.º 2 do artigo 198º da CRA.⁶⁴ Pode dizer-se que partindo de uma concepção ampla do princípio da legalidade, a lei não funciona somente como um mero limite externo (regra da compatibilidade), mas, também é necessário que a organização da actividade administrativa sejam conforme à lei (regra da conformidade).

3. Princípio da Economicidade

No acto da contratação pública, é preciso ter-se em atenção que os gestores da coisa pública, estão obrigados a gerir os recursos públicos da maneira mais responsável e razoável possível, evitando despesas desnecessárias ou que causem desequilíbrio no orçamento do ente público.

Pode se definir de maneira resumida a economicidade como a obtenção dos resultados desejados, utilizando-se dos mínimos recursos financeiros da entidade. Sendo possível, conforme Araújo, pela união da qualidade, celeridade e menor custo na prestação do serviço ou no trato com os bens públicos. (ARAÚJO, 2013, p.1).

3.1. Princípio da proibidade Pública

O agente público deve pautar-se pela observação de valores de boa administração e honestidade no desempenho da sua função, não podendo solicitar ou aceitar para si ou para terceiro directa ou indirectamente quaisquer presentes, empréstimos, facilidades ou quaisquer ofertas pode pôe em causa a liberdade da sua acção, a independência do seu juízo e a credibilidade e autoridade da Administração pública dos seus órgãos e serviços.⁶⁵

63 FEIJÓ, carlos/PACA, félix, Direito Administrativo, 6ª Edição Mayamba Direito, 2019. Pag. 103.

64 CRA, 2010, artigo 198.º n.º 2

65 Lei n.º 3/10 de 25 de Março, artigo 5.º

3.2. Princípio do Formalismo

Aponta para a eficiência das decisões administrativas dos entes relacionados ao serviço de contratação pública, a celeridade, a economia de meios e melhor ajustamento dos meios aos fins.

Os procedimentos administrativos devem ser realizados em tempo útil, tal como esta tipificado ao abrigo do disposto no artigo 31.º do Decreto Lei 16-A/95 de 15 de Dezembro, que regula o procedimento na Administração Pública.⁶⁶

O não formalismo ou a desburocratização visa basicamente evitar estruturas complexas e distanciamento excessivo entre entidade administrativas e administrados, opondo-se a procedimentos demasiados longos, lentos, não vocacionados para as decisões céleres e eficientes.

3.3. Princípio da Prosecação do Interesse Público

É daqueles princípio catalizador da actividade pública administrativa, sendo certo que, o único fim, pelo qual se cria um ente público, é a satisfação do interesse público, e não interesses pessoais ou particulares. É daqueles princípio que tem o papel de apelar a nossa Administração Pública, no real objectivo acente na procura da satisfação dos interesses públicos da colectividade.

Afinal é o interesse público que se deve ter em conta na justa composição dos conflitos, mediante a repartição, segundo critérios variáveis dos bens materiais e imateriais da sociedade.⁶⁷ Este princípio encontra o seu suporte legal nos termos das disposições que regulam o procedimento administrativo, nos termos do mesmo "*Aos órgãos administrativos cabe prosseguir o interesse público, no respeito pelos direitos e interesses dos cidadãos*".⁶⁸

4. Princípio da Imparcialidade

os órgãos da Administração Pública devem tratar de forma imparcial os cidadãos com os quais entrem em relação.⁶⁹ No fundo, é daqueles princípio que vem alertar os órgãos intervenientes no exercício de contratação pública, apautarem pela estrita

⁶⁶ Decreto-Lei 16-A/95 de 15 de Dezembro, artigo 31

⁶⁷ FEIJÓ, carlos/PACA, félix, *Direito Administrativo*, 6ª Edição Mayamba Direito, 2019. Pag. 102.

⁶⁸ Decreto-Lei 16-A/95 de 15 de Dezembro, artigo 4.º

⁶⁹ Decreto-Lei 16-A/95 de 15 de Dezembro, artigo 6.

observação do mesmo, sob pena de indiciar favorecimentos ou vícios no próprio processo no acto actus concursal.

4.1. Princípio da proporcionalidade

Diz-nos que, as decisões dos órgãos da Administração que entrem em choque com direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos não podem afectar essas posições em termos desproporcionais aos objectivos a atingir.⁷⁰ Este princípio diz respeito à actividade administrativa impõe limitação ao poder discricionário da Administração Pública, assumindo várias manifestações tais como:⁷¹

- a) *A razoabilidade*, é uma das formas de ponderação dos interesses públicos e dos Direitos e interesses legítimos dos particulares em confronto. A razoabilidade consigna que qualquer decisão deve assentar na lógica do fim pretendido e a sua utilização seja realmente necessária;
- b) *A Adequação dos Meios aos Fins*, implica a tomada de uma medida equânime, ou seja, não basta que o acto tenha uma finalidade legal, é, porém, necessário que os meios utilizados sejam adequados ao fim pretendido e a sua utilização seja realmente necessária;
- c) *A Proibição de Excesso*, no seu relacionamento com os particulares (administrados), a Administração pública, obriga-se a actuar com moderação possível, e sempre que tenha ao seu dispor vários meios para prosseguir um concreto fim público, deve escolher forçosamente, o meio menos gravoso para os direitos e interesses legítimos dos particulares.⁷²

Em matéria de Contratação Pública, os intervenientes do acto concursal, devem actuar com maior ponderação, possível. Significa que, nas buscas de soluções e aplicação de medidas relativamente aos contratos públicos tem de ver a necessidade, a adequação e o não excesso de meios em relação aos fins prosseguidos.

4.2. Princípio da Boa Fé

Em matéria de contratação traduz uma conduta essencialmente honesta, correcta, leal e o respeito pela palavra dada no momento da declaração negocial.

⁷⁰ Op. Cit. artigo 5.

⁷¹ FEIJÓ, carlos/PACA, félix, *Direito Administrativo*, 6ª Edição Mayamba Direito, 2019. *Pag. 115*

⁷² Idem

Na formulação de *Karl Larenz*, o princípio da boa fé significa que todos devem guardar fidelidade à palavra dada e não frustrar ou abusar daquela confiança que constitui a base imprescindível das relações humanas.⁷³

4.3. Princípio da Sustentabilidade e da Responsabilidade

É um princípio que apresenta dois subprincípios da Sustentabilidade e da Responsabilidade, refere-se aos órgãos administrativos singulares, no fundo, os titulares dos respectivos órgãos, são os primeiros responsáveis e respondem individualmente pela actuação dos órgãos que dirigem. Quem está à frente de um órgão responde pelo seu sucesso ou insucesso.⁷⁴

5. Princípio da concorrência

Pode ser entendido como aquele que visa potenciar o mais amplo acesso dos interessados em contratar aos procedimentos contratuais, pós só com uma competição livre, e sã os operadores economicos poderão apresentar as suas propostas contratuais, mais vantajosas para a entidade pública contratantes e assim proporcionar que o interesse público seja salvaguardado, garantindo que se venha contratualizar nas melhores condições técnicas e financeiras.

Nos contratos públicos, o princípio da concorrência decorre de três princípios fundamentais:⁷⁵ O da *liberdade economica*, o do *livre acesso aos procedimentos pré-contratuais* e o da *igualdade de tratamento*.

O princípio da concorrência torna-se um princípio fundamental da contratação pública, no dado momento em que nos focamos no contexto de aplicação passos que leve o ente público na firmação dos Contratos Públicos. Ao falarmos de concorrência, é relevante perceber-se, quando nos referimos a esta em sede de contratação pública, se nos referimos no contexto interno ou externo.

5.1. Princípio da Publicidade

De acordo este principio em regra, todos os procedimentos de contratação pública, são de acesso público, abertos ao mercado e aos opeardores económicos. Este princípio torna obrigatória a divulgação dos actos no exercício da actividade pública administrativa, que em matéria de contratação pública pode ser os casos das peças concursais, que vam desde o anúncio (peças concursais), até o contratato, visando propiciar

⁷³ Ibidem

⁷⁴ FEIJÓ, carlos/PACA, félix, *Direito Administrativo*, 6ª Edição Mayamba Direito, 2019. Pag. 110.

⁷⁵ BAPTISTA, fernando, o princípio da concorrência e o ajuste Directo, 2013. Pag.2

o seu conhecimento e controlo pelos interessados directos e pela sociedade em geral. A não publicidade dos actos do concurso pode indiciar uma adjudicação directa, sem o cumprimento escrupuloso estipulado da LCP.

5.2. Princípio da Continuidade e Regularidade

A continuidade dos serviços públicos deve ser mantida, sejam quais forem as circunstâncias, mesmo em caso grave, com estado de sítio ou de emergência, guerra e sinistros.⁷⁶

Os serviços públicos como modo de desempenho de funções administrativas necessárias à colectividade, a sua lógica assenta na constância dos anseios da colectividade, de tal sorte que, o seu funcionamento é regular e contínuo.

5.3. Procedimento de Adjudicação

Ao iniciar o capítulo respeitante ao embrião temático que nos propusemos desenvolver, começamos por fazer uma incursão sobre os critérios pelos quais se deve pautar a despesa pública por via contratual. A prossecução do interesse público, concretizada numa actividade por via da qual é promovida a realização de actividades tendentes à satisfação das necessidades que são sentidas por todos os elementos que integram a sociedade, torna necessária a afectação, por parte do Estado, de recursos financeiros às áreas que efectivamente se vêem desfalcadas e/ou carenciadas, necessitando serem supridas as dificuldades vivenciadas pelos organismos em causa.

Neste contexto, há necessidade de se articular duas dimensões, por um lado providenciar-se pela arrecadação de receita, e por outro, a afectação dos recursos arrecadados através da despesa pública. O Estado deve ter presente que a prossecução do interesse público, invalida uma desmesurada actitude de arrecadação de recursos financeiros em nome de uma ulterior necessidade de se proceder à despesa pública em prole do benefício geral da comunidade.

Há que ter uma postura de prudência, eficiência e racionalidade, em que os recursos financeiros deverão ser utilizados para garantir os indispensáveis e pretendidos resultados. A boa gestão da actividade financeira pública pauta-se em três critérios: economia, eficiência, e eficácia dos actos de gestão. Estes últimos encontram-se legislados em vários diplomas, cujo rigor orçamental ao nível do controle da despesa pública, se pretende seja o mais transparente possível.

⁷⁶ FEIJÓ, carlos/PACA, félix, *Direito Administrativo*, 6ª Edição Mayamba Direito, 2019. Pag. 114.

Assim, tendo em vista a prossecução do interesse público tendente à realização de despesa pública contratual, coloca-se a questão de se saber, o que é a adjudicação.

A adjudicação entende-se como sendo o acto pelo o órgão competente para a decisão de contratar aceita a única proposta apresentada ou escolhe uma de entre as várias propostas apresentadas.⁷⁷

6. Entidades Adjudicantes, Adjudicatárias e Contraentes Públicos

Em cada procedimento administrativo, para a elaboração de um contrato público, tem que haver duas partes envolvidas no processo, as quais designamos de entidade adjudicatária e entidade adjudicante. Quem são as entidades adjudicantes. Estas entidades, são responsáveis pela condução e das diversas decisões em todo o processo de formação do contrato público.

Por outro lado, temos a entidade adjudicatária, que será a entidade portadora da proposta vencedora do dito procedimento, e na qual a entidade adjudicante irá celebrar, com esta, um contrato público.

Por último, para percebermos o que é um “contraente público”, basta nós dizermos que é toda a entidade adjudicante, anteriormente referida, que celebre um contrato público. Todas as entidades na sua fase de formação de contratos, são designadas de “entidades adjudicantes”, até ao momento em que é celebrado o contrato entre as partes, designandose estas de contraente público.

6.1. Análise em contexto restrito

Actualmente a Contratação Pública engloba uma área de extrema importância no contexto organizacional dentro dos Estados, como sejam departamentos governamentais ou autoridades locais, na aquisição de obras, bens ou serviços, a operadores económicos previamente seleccionados para esse fim.

Pretende-se também com a pesquisa, arrojarmo-nos e ir mais longe, olhando para actual dinâmica que se esta a efectivar no nosso ordenamento. Trata-se de um sistema coerente destinado a legitimar a escolha feita pela Administração Pública perante a colectividade, um instrumento fundamental de promoção de um ambiente concorrencialmente justo e adequado à formação dos contratos públicos.

Pretende-se assim, um insubstituível garante da igualdade e da justiça na relação entre a Administração e os particulares, na distribuição dos recursos públicos, manifestados através de princípios de direito direccionado a premiar a equidistância e imparcialidade, o

⁷⁷ Lei n.º 41/20 de Dezembro, artigo 5.º

mérito das propostas e dos concorrentes. A actual LCP atribui a esta matéria um tratamento legislativo consentâneo, com a sua enorme relevância social e económica, propício a um mercado mais aberto, mais sólido, mais competitivo logo, mais apto a constituir uma base de maior crescimento económico para o país.

Atentas as alterações legislativas implementadas, são grandes as expectativas neste diploma normativo, quanto aos benefícios que daí possam vir a resultar para o dia a dia da Administração Pública e dos operadores económicos, bem como para a colectividade em geral. Pretende-se, com este novo regime, promover a participação das micro, pequenas e médias empresas nos procedimentos de contratação pública.

Esta promoção será feita através de requisitos de qualificação por via de agrupamentos ou de subcontratados, regras sobre as especificações técnicas, tais como a proibição de exigências de determinada marca e o procedimento de ajuste directo simplificado e também em casos de equivalência de condições, a preferência será nacional e de produtos nacionais.

Salienta-se quanto aos procedimentos a ter ao nível da escolha do próprio procedimento, como é o caso do ajuste directo em que foi regulado, devendo este ser procedimento ser precedido de um despacho fundamentado.

O presente diploma adequa as soluções normativas à realidade económica, social e política do actual executivo, pretendendo criar condições que levem ao estímulo da economia e da estrutura empresarial nacional, tendo o especial cuidado na dinamização das políticas ambientais, de acordo com os ditames doutros ordenamentos jurídicos mais modernos e de referência.

Considerações Finais

Dispõe o tema proposto, subjacente a toda a exposição, já por nós explanada ao longo deste trabalho, cuja despreziosa finalidade pretende o autor, que seja um leve percorrer no extenso manancial legislativo, com o enquadramento no Direito da Contratação Pública, mais concretamente, nos critérios de adjudicação, no contexto sócio-económico, a luz do novo regime jurídico, concretamente. Consciente da sua importância na hodierna e exigente sociedade.

A Contratação Pública, ramo do Direito Público rege-se, a par do Direito Administrativo e nos demais princípios gerais de Direito Público, quando a omissão legislativa se verifica, permite-nos obter respostas jurídico-legais, num contexto interpretativo na resolução dos casos em concreto, por princípios basilares à sua credibilidade, isenção, coerência, estabilidade e economicidade num Estado de Direito.

Os princípios estruturantes da Contratação Pública por nós já elencados, são os fundamentos que demandam tanto à entidade adjudicante como aos operadores económicos, aquando da formação dos contratos públicos, bem como durante todo o procedimento adjudicatório, a estarem subordinados a um fim impositivo de legalidade.

De um modo geral a nova LCP visa dar uma nova dinâmica à Contratação Pública, eliminando incongruências existentes com a anterior legislação, bem como tratar esta matéria sob um ponto de vista que se pretende que esteja em consonância com a realidade económico-financeira das políticas implementadas pelo executivo, como seja a redução dos défices orçamentais e nesse sentido reduzindo custos, procurando melhores ofertas que satisfaçam os interesses de todas as partes envolvidas como sejam, a Administração, os operadores económicos e a sociedade em geral.

A despesa pública encontra-se adstrita ao cumprimento dos pressupostos de legalidade e regularidade financeira, bem como aos critérios de economia, eficiência e eficácia, devendo ser ainda objectiva.

As regras elencadas da actual LCP alteraram o ecossistema da contratação pública, simplificando os procedimentos de formação de contratos públicos, com vista a torná-los mais flexíveis, donde tem estado a resultar um maior benefício para as entidades adjudicantes. Estas estarão mais aptas a negociar com os operadores económicos já que procuram desburocratizar e acelerar todo o procedimento, promovendo a competitividade.

Resulta nesta medida que, todos os contratos serão celebrados num regime de concorrência, de forma transparente e não discriminatória. Em torno de um lema virado para a flexibilidade, ao nível da formação dos contratos públicos pretende-se que tal se realize de forma a obterem-se melhores resultados.

Atrever-nos-íamos, salvaguardadas claras estão, as devidas distâncias de quem não passa de um mero estudante de Mestrado, na Faculdade de Direito da UAN, na especialidade de Ciências Jurídico políticas, a dizer que o conceito jurídico a ter em conta como critério de adjudicação no âmbito da Contratação Pública, poderia passar pela designação, a proposta que melhor respeita os critérios adoptados ou a proposta mais sustentável face ao objecto contratual.

Referências Bibliograficas

PACA Félix Cremildo, *Administração Pública e Poder Executivo de Angola*, AAFDL EDITORA, Lisboa, 2020;

FEIJÓ, carlos/ PACA Félix Cremildo, *Direito Administrativo*, Mayamba Direito 6ª Edição 2019;

Ana Raquel Gonçalves Moniz, *Princípios da Contratação Pública* – Revista de Contratos Públicos, nº11, CEDIPRE, Reforma Europeia da Contratação Pública;

Bernardo Azevedo, *Adjudicação e Celebração do Contrato no Código dos Contratos Públicos*, Estudos de Contratação Pública-II, CEDIPRE, Coimbra Editora, Ano 2010;

Carlos Sérgio Madureira Rodrigues, Dissertação de Mestrado " *Entre a Contratação Pública Ecológica e a Contratação Pública Sustentável-Compreender o presente, transpor o futuro*, Coimbra Editora, 2014;

Fernando Oliveira Silva, *A Regulação dos Contratos Públicos-Modelo para uma Autoridade Reguladora*, Almedina Editora, ano 2016;

João Henriques Pinheiro, CEDIPRE online – Âmbito de Aplicação do Código dos *Contratos Públicos e Normas Comuns de Adjudicação*, Fevereiro/2011;

José Carlos Vieira de Andrade, *Lições de Direito Administrativo*, Parte III – "O Contrato Administrativo, Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos;

Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Editora D. Quixote, 2ª Edição Reimpressão, Ano 2010.

Maria João Estorninho *Curso de Direito dos Contratos Públicos por uma Contratação Pública Sustentável*, Editora Almedina, ano 2014.

Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, *Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública*, 2ª Reimpressão, Editora Almedina, Ano 2016.

Rodrigo Esteves de Oliveira, *Princípios Gerais da Contratação Pública, Estudos da Contratação Pública I*, Coimbra Editora, Ano 2008.

Pedro Costa Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, Colaboração de Carla Machado e José Azevedo Moreira, Editora Almedina.

ANDRADE DA SILVA, J., *Código dos Contratos Públicos*. comentado e anotado, 3ª edição, Almedina, 2010

CAUPERS, J. (2007): " *Introdução ao Direito Administrativo*", 8ª Edição. Âncora Editora, 2005.

ANTÓNIO MENEZES, " *Contratos Públicos*", Almedina Editora, 2007

TAVARES, GONÇALO GUERRA e DANTE, NUNO MONTEIRO, *Código dos Contratos públicos. Âmbito da sua aplicação*, Almedina, 2008

TRABUCO, CLÁUDIA e EIRÓ, VERA, *Contratação Pública e Concorrência*, Almedina, 2013

Legislação

CRA 2010;

Lei n.º 41/20 de Dezembro;

Decreto-Lei 16-A/95 de 15 de Dezembro;

DA RETOMADA DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS

EDUARDO LUIS GROSSO:

Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós Graduado em Direito de Família e Sucessões. Analista jurídico do Ministério Público do Estado de São Paulo/SP, atuante na Vara de Família e Sucessões.

RESUMO: O presente trabalho objetiva apresentar uma análise acerca da aplicabilidade da decretação da prisão civil do devedor de alimentos no período de pandemia e de isolamento social, bem como a evolução jurisprudencial sobre o tema, considerando os avanços da vacinação e a maior flexibilidade das regras instituídas no período de isolamento social.

Palavras-Chaves: Prisão – Alimentos – Pandemia – Vedação – Flexibilidade – Avanços.

Sumário: 1. Introdução – 1.1. Execução de alimentos: O cenário levantado pela pandemia da COVID-19 – 1.2. Cristalino cenário de impunidade: Necessidade de mudança rumo o retorno da efetividade da execução de alimentos sob o rito de prisão – 1.3. Admissão da prisão civil no cenário de pandemia e de isolamento social - 2. Considerações Finais - 3. Referências bibliográficas

1. Introdução

Muitos questionamentos foram levantados acerca da aplicabilidade da prisão civil do devedor de alimentos no período de isolamento social ditado pela pandemia da COVID-19.

Na verdade, colocou-se em evidência o problema no campo da efetividade de tal providência e até que ponto a prisão domiciliar seria útil e adequada ao fim proposto pela execução de alimentos, qual seja, coagir o devedor a adimplir o débito, ainda mais considerando a natureza do objeto discutido: a obrigação alimentar.

É neste cenário que recairá o foco deste trabalho, notadamente sobre a evolução jurisprudencial sobre o tema e o atual posicionamento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), sem deixar de lado a análise crítica que a questão exige.

1.1. Execução de alimentos: O cenário levantado pela pandemia da COVID-19.

Como é sabido, duros foram (e ainda são) os impactos gerados pela pandemia da COVID-19.

Diversos setores econômicos e sociais foram abalados com tão terrível doença que de forma silente, sacudiu de grande maneira a sociedade atual que, sem nenhuma dúvida, ficará marcada na memória e será registrada em dezenas de livros a retratar a história da humanidade nos próximos séculos.

Após pesquisa específica sobre o tema, notadamente os impactos gerados pela pandemia do novo COVID-19 no âmbito do Direito de Família, notadamente na execução de alimentos, foi possível localizar interessante livro intitulado *Impactos da pandemia Covid 19 no Direito de Família*, onde foram levantadas discussões acerca da efetividade da execução de alimentos em tempos de crise, destacando, ainda, que em março de 2020, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), *propôs medidas de cunho processuais diversas daquelas previstas na legislação de regência, por meio do ato administrativo Recomendação nº 62, que recomendou aos Tribunais e juízes a adoção de medidas preventivas à propagação do contágio do novo coronavírus, dentre elas, a recomendação para a adoção da prisão domiciliar.* [1]

Em que pese à adoção de referida providência, calcada em um viés sanitário e de defesa à saúde, o que se viu na prática, foram dezenas de execuções de alimentos sem efetividade, onde grande parte dos devedores de alimentos passaram a adotar sob o manto da vedação a decretação da prisão civil, comportamento ainda mais inerte, sob o argumento de que nada aconteceria a ele, uma vez que não poderiam ser presos em razão da pandemia e de isolamento social, colocando em prejuízo a parte vulnerável da relação alimentar: os destinatários dos alimentos.

Se antes do cenário desesperador instaurado pela pandemia da COVID-19 o Poder Judiciário já estava inchado de milhares de execuções de alimentos fadadas ao insucesso, com a pandemia, os devedores passaram a adotar comportamentos ainda mais inertes com o intuito de tentar se livrarem do cumprimento voluntário da obrigação, chegando, inclusive, a deixar de tomar a vacina para não se tornarem aptos a serem presos.

Paralelamente a isso, notório o aumento do descrédito da Justiça, dos órgãos atuantes no sistema de Justiça e dos próprios advogados dos credores, que, a bem da verdade, viram-se de “mãos amarradas” em meio à crise econômico-social levantada pela pandemia do COVID-19 atrelada ao comportamento a cada dia mais desidioso e inerte dos devedores de alimentos.

Mostrando-se necessária a mudança de tal cenário, a jurisprudência passou a se encurvar na modificação deste cenário de caos e de evidente impunidade. É o que se analisará no próximo tópico deste artigo.

1.2. Cristalino cenário de impunidade: Necessidade de mudança rumo o retorno da efetividade da execução de alimentos sob o rito de prisão

Instaurado o cenário de desespero e de incertezas causadas pela pandemia da COVID-19, passou-se a deliberar uma forma em que o destinatário dos alimentos pudesse não ser tão prejudicado ante a orientação do sentido de não se adotar a prisão civil em regime fechado dos devedores de alimentos.

Ante a possibilidade de prisão domiciliar, evidentemente, pouco efetiva no caso prático, em que, em tese, o devedor não seria privado de seus bens ou de sua liberdade em razão da obrigação alimentar que recai em relação a ele, digno de avanço foi à adoção de providências expropriatórias com o intuito de tentar a obtenção da satisfação do débito.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), atento ao cenário de pandemia e de isolamento social, bem como com a necessidade de obter medidas mais efetivas em prol da satisfação dos interesses dos beneficiários de alimentos, por meio do informativo 702, passou a admitir a possibilidade de adoção de atos expropriatórios, de forma excepcional, no bojo das execuções de alimentos sobre o rito de prisão [2]

Com o entendimento destacado, asseverou o STJ que, havendo prestações vencidas nos 03 (três) meses anteriores ao ajuizamento da execução de alimentos, caberá ao credor a escolha do procedimento a ser adotado na busca pela satisfação do crédito alimentar, podendo optar pelo procedimento que possibilite ou não a prisão civil do devedor.

Caso optar pelo rito da penhora, não será admissível a prisão civil do devedor (CPC, artigo 528, § 8º). Todavia, se optar pelo rito da prisão, a penhora somente será possível se o devedor, mesmo após a sua constrição pessoal, não pagar o débito alimentar (CPC, artigo 530).

Pois bem, tomando por base a suspensão de todas as ordens de prisão civil, enquanto perdurar a pandemia, entendeu-se pela interpretação sistemático-teleológica dos dispositivos legais que regem a execução de alimentos, a fim de equilibrar a relação jurídica entre as partes, com a possibilidade de adoção de atos expropriatórios no rito de prisão, justamente por considerar os alimentos como indispensáveis à subsistência do alimentando.

Sem dúvida foi um avanço, haja vista que cuidou de melhor resguardar os interesses do destinatário dos alimentos.

Contudo, ainda diante de tal evolução, com os avanços da vacinação e flexibilidade das regras de isolamento social, passou a se perguntar *até quando se impediria a decretação da prisão civil dos devedores?*

1.3. Admissão da prisão civil no cenário de pandemia e de isolamento social.

Conforme esclarecido no tópico anterior, no início da pandemia da COVID-19, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) elaborou a Recomendação nº 62/2020, cuja vigência foi prorrogada pelas recomendações 78 e 91, orientando a colocação em prisão domiciliar *as pessoas presas por dívida alimentícia, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus (artigo 6º)*.

Entretanto, o CNJ atento aos avanços da vacinação, da flexibilidade das regras do isolamento social e da prioridade da subsistência alimentar de crianças e adolescentes, aprovou na *95ª Sessão do Plenário Virtual*, recomendação orientando juízes a decretarem a prisão civil dos devedores de pensão alimentícia, em especial daqueles que se recusam a se vacinar para adiar o pagamento da dívida.

Neste particular, pede-se espaço para citar a notícia divulgada no portal do CNJ do internet ao divulgar a Resolução: [3]

Consideramos a importância fundamental dos alimentos, o longo período de espera dos credores da verba alimentar – que são crianças e adolescentes –, o avanço da imunização nacional, a redução concreta dos perigos causados pela pandemia e o inegável fato de que o cumprimento da obrigação alimentícia só ocorre com o anúncio da expedição do mandado prisional”, argumentou o conselheiro Luiz Fernando Keppen, relator da norma. “Crianças e adolescentes continuam sofrendo com o recorrente inadimplemento, porquanto o direito à liberdade e saúde do devedor tem prevalecido sobre a subsistência e dignidade das crianças e adolescentes, muito embora sejam a parte vulnerável da relação”, justificou o relator. Em março de 2020, o CNJ recomendava aos magistrados com competência civil que ponderassem a colocação em prisão domiciliar das pessoas presas por dívida alimentícia, para evitar os riscos de contaminação e de disseminação da Covid-19 no sistema prisional. Em junho do ano passado, o Congresso Nacional publicou a Lei 14.010, sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus. O texto determinava que até 30 de outubro de 2020, a prisão civil por dívida alimentícia deveria ser cumprida exclusivamente em modalidade domiciliar, sem prejuízo da exigibilidade das obrigações. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), contudo, observou que a prática causou aumento da inadimplência e, após a vigência da Lei, a Corte possibilitou alternativas à prisão domiciliar que não fosse o regime fechado. Agora, a nova recomendação do CNJ (Ato Normativo

0007574-69.2021.2.00.0000) sugere aos magistrados dos Tribunais de Justiça dos estados e do Distrito Federal que considerem o contexto epidemiológico local, o calendário de vacinação do município de residência do devedor, a situação concreta do contágio da população carcerária local e a eventual recusa do devedor em vacinar-se, como forma de postergar o cumprimento da obrigação alimentícia. A prisão domiciliar não configura medida eficaz apta a constranger o devedor de alimentos a quitar sua dívida e o inegável fato de que o cumprimento da obrigação alimentícia só ocorre com o anúncio da expedição do mandado prisional [...].

Discorrendo acerca do novo posicionamento, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), ao considerar o caráter coercitivo do decreto prisional no âmbito das execuções de alimentos, destaca entendimento do advogado e professor Conrado Paulino Rosa, defendendo a imediato restabelecimento da prisão civil a ser cumprida em regime fechado [4]:

[...] a nova postura do CNJ traz de volta o efetivo caráter coercitivo da execução sob pena de prisão. Ele destaca a vulnerabilidade a que estavam expostos aqueles que dependiam de pensão alimentícia desde março de 2020. Sem o risco da prisão, em muitos casos, tínhamos os próprios executados peticionando que a sua prisão pudesse ser realizada de forma domiciliar, sendo que, quando nós estávamos em um confinamento total, todas as pessoas, exceto as que prestam serviços essenciais, se encontravam em uma espécie de prisão domiciliar, comenta Conrado. Para o especialista, a retomada da prisão por dívida alimentar no Brasil é uma medida que se fazia mais do que necessária. Afinal de contas, não podemos esquecer que o intuito do decreto prisional por dívida alimentar não é punitivo, é coercitivo, ou seja, busca fazer o devedor de alimentos pagar a sua dívida. Com essa nova postura do CNJ, voltamos a ter uma efetividade nos decretos prisionais por dívida alimentar. Logo no início da proliferação da Covid-19 no Brasil, Conrado Paulino da Rosa publicou no portal do IBDFAM o artigo A prisão do devedor de alimentos e o coronavírus: o calvário continua para o credor, escrito em parceria com Cristiano Chaves de Farias. O posicionamento era no sentido contrário à possibilidade de prisão domiciliar pela dívida alimentar. Entendo que o intuito do CNJ foi preservar a integridade física do devedor, mas não podemos esquecer daquela pessoa que tem um filho consigo. Na realidade brasileira, os cuidados parentais após o divórcio são realizados com a casa da mãe como residência fixa. Com a pandemia,

essas mulheres tiveram que encontrar meios de garantir a subsistência dos filhos. Se, por um lado, o CNJ protegia o devedor de alimentos da contaminação pelo coronavírus, deixava desprotegida as crianças e os adolescentes que dependiam de pensão – bem como suas mães, sem os necessários meios para provê-los. Finalmente, em ótima hora, tivemos essa mudança de postura por parte do Conselho Nacional de Justiça.

Por meio do novo entendimento adotado pelo CNJ, em razão dos avanços da vacinação e da adoção de medidas em prol da flexibilidade das regras inauguradas no período de isolamento social, passou-se a admitir a decretação da prisão civil dos devedores de alimentos, sem prejuízo da possibilidade de eventual preenchimento de formulário adequado para fins de verificação do atual quadro médico, com o intuito de avaliar as atuais e reais condições físicas e médicas do devedor de alimentos antes de adentrar ao cárcere.

2. Considerações Finais

Ao longo do período drástico da pandemia e do período de isolamento social, com o intuito de tentar reduzir o avanço da doença, até mesmo para fins sanitários, entendeu-se pela não decretação da prisão civil dos devedores de alimentos.

Referida providência, apesar de resguardar a saúde e a integridade dos devedores de alimentos, de certa forma, deixou desprotegida a parte mais vulnerável da relação jurídica alimentar: os destinatários aos alimentos.

Em meio a tal cenário, inclusive, que contou com atitudes de má-fé por parte dos devedores, engessando, inclusive a atuação efetiva e firme de advogados, juízes, membros do Ministério Público e Defensoria Pública, chegando-se, inclusive, a colocar em evidência possível descrédito do sistema de justiça, na medida em que o combate e tratamento da COVID-19 avançava, paralelamente com o aumento da quantidade de vacinados, a doutrina e a jurisprudência avançada, passando-se a admitir, de forma excepcional, medidas expropriatórias no rito de prisão, apesar da ausência de previsão legal, até a mudança de entendimento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), passando a orientar aos magistrados do país a voltarem a decretar a prisão civil com relação aos devedores.

Somos defensores ao retorno da adoção da prisão civil no âmbito da execução de alimentos sob tal rito, tanto como forma de aplicação integral da legislação específica sobre o tema (artigo 528, §3º, do Código de Processo Civil), bem como com o intuito de reforçar a forte atuação do sistema de justiça em encarar com seriedade e gravidade a situação alimentar, ainda que em concreto, referida regra possa ser ponderada,

considerando, por exemplo, o atual estado de saúde do devedor e a questão referente à vacinação, a ser verificado quando do cumprimento do mandado de prisão civil.

3. Referências bibliográficas

[1] *Efetividade da execução de alimentos em tempos de crise*. Disponível em: *Impactos da pandemia Covid 19 no Direito de Família. Disponível do site do Ministério Público do Estado de São Paulo na internet*: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Impactos-da-pandemia-covid-19-no-direito-de-familia.pdf> Acesso em 30 de novembro de 2021.

[2] *Superior Tribunal e Justiça. REsp 1.914.052-DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, por unanimidade, julgado em 22/06/2021*. Segue a ementa do v. acórdão: *Ação de alimentos. Cumprimento de sentença. Opção pelo rito da prisão civil (CPC/2015, ART. 528, § 3º). Suspensão de toda prisão civil, tanto em regime fechado, como em regime domiciliar, no âmbito do Distrito Federal, enquanto durar a pandemia do coronavírus. Adoção de atos de constrição no patrimônio do devedor, sem conversão do rito. Possibilidade*.

[3] *Conselho Nacional de Justiça. CNJ recomenda retomada de prisão de devedor de pensão alimentícia*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-recomenda-retomada-de-prisao-de-devedor-de-pensao-alimenticia> Acesso em 30 de novembro de 2021.

[4] *Instituto Brasileiro de Direito de Família. Prisão de devedor de pensão alimentícia deve ser retomada, determina CNJ; especialistas opinam*. O artigo jurídico está disponível em > <https://ibdfam.org.br/noticias/9092/Pris%C3%A3o+de+devedor+de+pens%C3%A3o+aliment%C3%ADcia+deve+ser+retomada%2C+determina+CNJ%3B+especialistas+opinam> > Acesso em 30 de novembro de 2021.

O PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE DO DIREITO TRIBUTÁRIO COM FOCO EM CONCURSOS PÚBLICOS

JORGE HENRIQUE SOUSA FROTA:
Especialista em Direito Tributário.
Especialista em Direito
Constitucional

RESUMO: O presente artigo trata do princípio da seletividade, especificamente como o mesmo vem caindo nas provas de concurso público.

SUMÁRIO: 01. Introdução. 02. Parâmetros da pesquisa. 03. Fundamentação legal e ilações conceituais do princípio da seletividade. 04. Desenvolvimento. 05. Conclusão. 06. Anexo do artigo (enunciados corretos). 07. Referências.

01. INTRODUÇÃO

Objetivo do artigo em questão é desvendar como esse importante princípio de direito tributário vem sendo cobrado pelas bancas que elaboram os concursos públicos.

Para alcançar o desígnio acima, foram respondidas 35 (trinta e cinco) questões (número aproximado) dos mais variados concursos (municipais, estaduais e federais) e bancas de concursos.

02. PARÂMETROS DA PESQUISA

Seguem os parâmetros utilizados para a pesquisa, ou seja, o procedimento adotado para o desenvolvimento e conclusão do artigo:

01. As questões foram retiradas do banco de questões portal qconcursos.
02. Data limite para análise das questões foi o mês de novembro de 2021.
03. 01 (uma questão) veio do banco de questões do exame da ordem. As demais (34 questões) vieram do banco de questões intitulado "questões de concursos públicos". No total foram 35 questões avaliadas (contando com as anuladas e desatualizadas).
04. No filtro de questões foi marcado apenas o subtópico "4.8. princípio da seletividade".
05. Apenas as questões que possuíam o enunciado correto acerca do princípio da seletividade foram utilizados como parâmetros para a conclusão do artigo. O que equivale a um total de 16 enunciados corretos.

06. Além de 01 (uma questão) de primeira fase da OAB, foram vistas questões de concursos federais (11), estaduais (09) e municipais (09). Concursos de conselhos de profissão foram elencados como questões federais. Empresas públicas foram consideradas a partir dos entes federativos que as criaram. Retiradas às questões desatualizadas e anuladas.

07. Questões desatualizadas e anuladas não foram consideradas para fins de enunciados corretos (no total foram em média cinco questões).

08. A questão mais nova data de 2021, a mais antiga de 2004.

03. FUNDAMENTAÇÃO LEGAL E ILAÇÕES CONCEITUAIS DO PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE

O princípio da seletividade tributária possui menção expressa quando da menção de dois impostos, um federal (IPI – Imposto sobre produtos industrializados – art. 153, IV da CF), e um estadual (ICMS – Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior – Art. 155, II da CF).

Dispõe a Constituição Federal que o referido princípio (seletividade) é de observância obrigatória em relação ao IPI, vejamos o que informa o §3º, I do art. 153 do referido diploma:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

(...)

IV - produtos industrializados;

(...)

§ 3º O imposto previsto no inciso IV:

I - será seletivo, em função da essencialidade do produto.

E será (sua aplicação) facultativa em relação ao ICMS, é o que informa o art. 155, §2º, III, vejamos:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

III - poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços.

Dito isso (a fundamentação legal do princípio da seletividade) seguem ilações doutrinárias acerca do referido princípio.

Eu¹ já tratei da seletividade no meu livro “Manual de Direito Tributário para o exame da ordem. Parte 01: Conceito”, vejamos:

O princípio da seletividade objetiva variar a alíquota de acordo com a essencialidade do bem, se o bem for de maior essencialidade a tributação será diminuta ou mesmo zerada (como por exemplo as mercadorias que compõe a cesta básica), se o bem for de menor essencialidade, supérfluo (como cigarros e bebida alcoólica), a tributação será maximizada. Alguns estudiosos chamam o princípio da seletividade de progressividade às avessas.

O princípio da seletividade encontra-se presente de modo obrigatório em relação ao IPI (imposto sobre produtos industrializados) e poderá ser aplicado em relação ao ICMS, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços.

Sobre o princípio da seletividade, dispõe Nycole Salles Sampaio² o seguinte:

Em simples conceito, o princípio da seletividade é a possibilidade que se vale o legislador de atuar elevando ou diminuindo a carga tributária, por meio de alíquota, tendo em vista a essencialidade dos bens e serviços.

A essência é o que constitui as coisas em sua íntegra. Essencial é tudo aquilo que é indispensável e necessário, e dependendo

de sua natureza, certos bens ou serviços são entranhados de mais essencialidade que determinados outros.

A atual Constituição Federal não traz rol ou ao menos fala quais produtos e serviços devem ser considerados essenciais, parte-se de uma interpretação do texto constitucional juntamente com os princípios do ordenamento jurídico brasileiro, chegando à conclusão que aquilo que atenda às necessidades básicas e indispensáveis humanas, tais como saúde, alimentação, moradia, lazer, serviço de energia elétrica etc. são bens e serviços essenciais.

Rosane Beatriz J. Danilevicz (2009, p. 229-245) define bem essencial como não só aquele que atende necessidades biológicas básicas, mas também o exigível para assegurar a adequada integração social do cidadão, com mínimo à dignidade humana.

Neste ínterim, existem produtos e serviços que são mais ou menos essenciais à vida humana. Não se deve supor que bens essenciais são apenas os indispensáveis à vida humana biológica, abrangem-se também os bens e serviços que proporcionem ao homem uma vida social digna.

Portanto, o princípio basilar que deve acompanhar a essencialidade é o princípio da dignidade humana, sendo este um valor moral inerente a todo ser humano e um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, apresentando-se como elemento referencial para interpretação de normas jurídicas.

Ao se traçar tal entendimento percebe-se que os bens e serviços não receberam tributação com alíquotas iguais entre si, pois a essencialidade guiará o legislador no momento de se designar qual alíquota incidirá sobre determinado bem ou serviço, considerando sua relevância na vida humana, tanto biológica como socialmente.

O legislador então, valendo-se do princípio da seletividade e da dignidade da pessoa humana, determina a incidência tributária, por meio de alíquota, de maneira que os produtos de primeira necessidade, os mais indispensáveis ao homem, devem ser

tributados de forma menos onerosa – tornando-os assim mais acessíveis – que produtos mais dispensáveis, ou seja, os supérfluos.

Para Camila Andrade⁰³ a seletividade:

Abrange uma seleção mínima de impostos, o ICMS e o IPI (impostos proporcionais). Sua função é variar a alíquota de acordo com a essencialidade do bem.

Significa que, ao se deparar com um bem de maior essencialidade, a alíquota será menor e, pela lógica, se for o bem de menor essencialidade, a alíquota é maior.

Tais incidências são consideradas para os tributos indiretos, isto é, aqueles em que o ônus tributário repercute no consumidor final.

Com isso, as técnicas do princípio da seletividade visam promover justiça fiscal, inibindo os efeitos negativos provocados por esses impostos, que tendem "regressividade".

Em palavras simples, uma "progressividade" às avessas, uma vez que, os impostos regressivos, "quem ganha mais paga menos, quem ganha menos paga mais". Configura-se a injustiça do sistema tributário.

Cabe a seletividade ser o mecanismo inibitória da regressividade no sistema. Para deixar o sistema menos regressivo. O horizonte é perseguir a justiça social.

José Guilherme de Bem Gouvêa⁰⁴ de forma didática nos ensina sobre o princípio da seletividade o seguinte:

O que é o princípio da seletividade tributária?

A seletividade tributária **determina que produtos, mercadorias e serviços sejam tributados em proporção inversa à sua essencialidade.**

Em outras palavras, quanto mais essencial for o produto industrializado (IPI) ou a mercadoria/serviço (ICMS), menor

deverá ser o ônus tributário destes impostos. Por outro lado, quanto mais dispensável, mais rigorosa será a tributação.

Portanto, há um equilíbrio entre essencialidade e superfluidade do objeto da tributação. Como exemplo, podemos considerar que os itens da cesta básica devem ter uma tributação mais branda se comparados com os superficiais.

No que diz respeito ao IPI, devemos frisar que a CF/88 afirma que ele SERÁ seletivo. Ou seja, é retirado do legislador infraconstitucional qualquer impulso de restringir ou impedir a aplicação deste princípio. Já no que diz respeito ao ICMS, a CF/88 afirma que ele PODERÁ ser seletivo.

(...)

Aplicação do princípio da seletividade tributária

É bem verdade que a carga de essencialidade que determinado produto ou serviço pode assumir possui elevado grau de subjetividade.

Por essa razão, costumamos determinar como essenciais aqueles produtos industrializados, mercadorias ou serviços que possuem íntima relação com os direitos fundamentais básicos presentes na CF/88.

Com isso, invocamos o direito fundamental à saúde como fundamento para uma tributação mais leve de medicamentos ou instrumentos médicos.

Por outro lado, a superfluidade se relaciona com produtos, mercadorias ou serviços que se distanciam desses direitos fundamentais. Ou que, em determinada medida, sejam dispensáveis ou até mesmo indesejáveis. Como é o caso dos cigarros, comprovadamente ligados a uma série de doenças.

Se consultada a TIPI, que determina a alíquota de IPI, é possível observar que:

Alíquota em 0%: o leite, enquanto produto industrializado;

Alíquota em 300%: os cigarros que contenham tabaco, em razão de sua elevada superfluidade.

04. DESENVOLVIMENTO

O desenvolvimento do trabalho em comento se deu dentro de ilações legais (§3º, I do art. 153 e art. 155, §2º, III ambos da CF) e doutrinárias (doutrinadores: Jorge Henrique Sousa Frota, Nycole Salles Sampaio e Camila Andrade), bem como no acompanhamento das questões que mencionam expressamente o princípio da seletividade em seus enunciados.

Foram analisadas 35 questões, mas foram consideradas na conclusão, apenas as questões que trouxeram em suas alternativas informações corretas relativas ao princípio da seletividade, que resulta em 16 enunciados.

Foram avaliadas questões de concursos federais, estaduais e municipais, tanto da Administração Direta como Indireta, bem como conselhos profissionais.

05. CONCLUSÃO

Em relação ao que foi estudado (anexo do presente artigo) e com base nos parâmetros acima postos, podemos informar que o concurseiro deve saber essencialmente as seguintes informações para acertar as questões que tratam do princípio da seletividade:

01. A relação do princípio da seletividade com o princípio da capacidade contributiva.

02. O conceito do princípio da seletividade.

03. A relação da seletividade e da essencialidade do bem tributado.

04. A aplicação facultativa do princípio da seletividade em relação ao ICMS.

05. A aplicação obrigatória do princípio da seletividade em relação ao IPI.

06. O reconhecimento do princípio da seletividade como princípio constitucional do Direito Tributário.

06. ANEXO DO ARTIGO (ENUNCIADOS CORRETOS)

01. O primado da seletividade apresenta-se como de grande importância para fins de concretização do princípio constitucional da capacidade contributiva à medida que, por meio de alíquotas diferentes em razão da essência do produto/mercadoria/serviço, busca-se onerar mais os qualificados como supérfluos a aqueles considerados como essenciais

ao consumo, por presumir-se que os primeiros são consumidos por pessoas de maior capacidade contributiva, enquanto os segundo são de necessidade de todos. **(PGE – MS – 2014 - PROCURADOR DO ESTADO)**

02. “Diz respeito à incidência progressiva de alíquotas na razão inversa da essencialidade a mercadoria ou do serviço”. É correto dispor que a afirmativa diz respeito ao princípio da seletividade. **(MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL - AL – ANALISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - ÁREA JURÍDICA - ANO 2018)**

03. A respeito de tributos e seus impactos nas operações das empresas, é correto afirmar que a seletividade do IPI, em função da essencialidade do produto, traduz-se na sua elevada incidência sobre produtos supérfluos e na sua reduzida carga sobre produtos básicos. **(QUADRIX - 2017 - CFO-DF - TÉCNICO EM CONTABILIDADE)**

04. Em relação aos impostos discriminados na CF é correto afirmar que o princípio da seletividade aplica-se impositivamente ao IPI e facultativamente ao ICMS em função da essencialidade dos produtos, das mercadorias e dos serviços, de modo a assegurar a concretização da isonomia no âmbito da tributação do consumo. **(CESPE – 2017 - PREFEITURA DE FORTALEZA - CE - PROCURADOR DO MUNICÍPIO)**

05. São princípios constitucionais de Direito Tributário: I- legalidade, anterioridade, irretroatividade, igualdade ou isonomia tributária. II- liberdade de tráfego, uniformidade geográfica, capacidade contributiva e vinculabilidade da tributação. III- transparência dos impostos ou da transparência fiscal, não cumulatividade, seletividade, não diferenciação tributária, tipicidade e imunidade. **(CAIP-IMES – 2016 - CÂMARA MUNICIPAL DE ATIBAIA - SP - ADVOGADO)**

06. O princípio tributário da seletividade aplica-se ao ICMS. **(FUNCAB - 2014 - SEMGE - BA - Auditor Fiscal - Tecnologia da Informação - Manhã)**

07. A respeito das limitações ao poder de tributar, é correto afirmar o chamado critério da seletividade é uma das técnicas de tributação expressamente previstas na Constituição Federal de 1988 para a concretização do princípio da capacidade contributiva. **(FCC – 2015 - TJ-PE - Juiz Substituto)**

08. É correto afirmar que o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS sujeita-se ao princípio da não-cumulatividade, podendo a lei que o instituir observar o princípio da seletividade. **(ITAME – 2015 - Prefeitura de Padre Bernardo - GO - Fiscal de Tributos)**

09. Sobre a essencialidade do bem e o regime tributário a ele aplicável, em vista dos princípios constitucionais tributários, é correto afirmar que pelo princípio da seletividade,

pode-se garantir que a tributação seja maior ou menor, dependendo da essencialidade do bem. **(FCC - 2014 - TRF - 4ª REGIÃO - Analista Judiciário - Oficial de Justiça Avaliador Federal)**

10. É correto afirmar que a seletividade implica tributação diferenciada conforme a qualidade do que é objeto da tributação, não se confundindo com a progressividade, que se refere ao simples agravamento do ônus tributário conforme a base de cálculo aumenta. **(CESPE - 2013 - TRF - 5ª REGIÃO - Juiz Federal)**

11. Entre as características de determinados impostos, estão a seletividade obrigatória, a não cumulatividade e a não incidência quando o bem ou o serviço destina-se ao exterior. Assinale a opção em que é apresentado imposto sobre o qual se aplicam as três características mencionadas. R - imposto sobre produtos industrializados. **(CESPE - 2009 - TRF - 5ª REGIÃO - Juiz Federal)**

12. Por meio da seletividade, pode-se tributar com alíquotas diferenciadas produtos de acordo com o seu grau de essencialidade. **(ESAF - 2009 - Receita Federal - Analista Tributário da Receita Federal - Prova 2)**

13. É correto afirmar que os impostos que possuem as características de seletividade, em função da essencialidade, e de não-cumulatividade são: IPI e ICMS. **(FCC - 2009 - PGE-SP - Procurador do Estado)**

14. Em nosso sistema tributário a seletividade, em função da essencialidade dos produtos fabricados ou comercializados, é atributo exclusivo do IPI e do ICMS. **(FCC - 2005 - TCE-MG – Auditor)**

15. No que se refere ao princípio da capacidade contributiva — seletividade e progressividade —, é correto afirmar que ao se estabelecer alíquotas diferenciadas para o IPI, com alíquotas elevadas para determinados produtos e reduzidas para outros, estará sendo realizada a seletividade. **(CESPE / CEBRASPE - 2004 - Prefeitura de Boa Vista - RR - Auditor Fiscal do Município)**

16. A Presidência da República, por meio do Decreto 123, de 1º de janeiro de 2015, aprovou novas alíquotas para o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), dentro das balizas fiadas na lei tributária, a saber: Cigarro – alíquota de 100%. Vestuário – alíquota de 10%. Macarrão – alíquota zero. Sobre a hipótese, é possível afirmar que as alíquotas são diferenciadas em razão do princípio da seletividade do IPI. **(FGV - 2015 - OAB - Exame de Ordem Unificado - XVIII - Primeira Fase)**

07. REFERÊNCIAS

FROTA, Jorge Henrique Sousa. **Manual de Direito Tributário para o Exame da Ordem. Parte 01: conceitos.** 2021. Ed. Independente. Fortaleza – Ceará, pp. 263-264.

SAMPAIO, Nycole Salles. Princípio da seletividade e sua aplicação na tributação do ICMS/PA sobre a energia elétrica. 2019. Disponível em [link](#). Acesso em 29 de setembro de 2021.

ANDRADE, Camila. Que se entende por princípio da seletividade? 2008. Disponível em [link](#). Acesso em 01 de dezembro de 2021.

HERANÇA DIGITAL: CONFLITO ENTRE O DIREITO À SUCESSÃO E O DIREITO A INTIMIDADE E A VIDA PRIVADA DO DE CUJUS

MATHEUS MENDES FERNANDES:
Bacharelado em Direito pela
Universidade de Gurupi – UnirG.

LEONARDO GUIMARÃES TORRES⁷⁸

(orientador).

RESUMO: Hoje, os bens digitais fazem parte do cotidiano de quase todo mundo, em todas as faixas etárias, seja por ser usuário de uma rede social, como Facebook, Instagram, Twitter, ou ser proprietário de e-books, arquivados em nuvem, assim como ser dono de criptomoedas depositadas em bancos virtuais, e até mesmo por ser protagonista em um canal no YouTube. Sem mais delongas, o presente artigo tem por objetivo conceituar bens digitais, assim como os classificar como bens incorpóreos passíveis de direitos sucessórios (na sucessão hereditária e testamentária), tanto pelo seu valor econômico, quanto pelo seu valor afetivo, de maneira a preservar os direitos da intimidade e vida privada do *de cujus* e possíveis terceiros envolvidos. Para tanto, se faz necessário uma análise da evolução histórica da internet, das redes sociais e a sua valoração financeira, assim como o aparecimento dos influenciadores digitais e a monetização de certas plataformas virtuais como o TikTok. Ainda se faz necessário uma análise doutrinária e jurisprudencial a respeito da temática abordada, assim como demais artigos científicos semelhantes publicados. Com isto, busca-se evidenciar como a doutrina e os tribunais vem tratando a transmissão dos bens digitais de caráter pessoal, afetivo e econômico de modo a garantir a privacidade e a intimidade do falecido.

Palavras-chave: Herança Digital. Bens digitais. Privacidade Após a Morte. Intimidade Após a Morte. Luto Digital.

ABSTRACT: Today, digital goods are part of everyday life for almost everyone, in all age groups, whether it is a user of a social network such as Facebook, Instagram, Twitter, or being the owner of e-books, archived in the cloud, as well as owning cryptocurrencies deposited in virtual banks, and even being a protagonist in a YouTube channel. Without further ado, this article aims to conceptualize digital assets, as well as classify them as intangible assets subject to inheritance rights (in hereditary and testamentary succession), both for their economic value, and for their affective value, in order to preserve the rights of privacy and privacy of the deceased and possible third parties involved. Therefore, it is

⁷⁸ Professor Orientador do curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: leonardo_torres@outlook.com.br

necessary to analyze the historical evolution of the internet, social networks and their financial valuation, as well as the appearance of digital influencers and the monetization of certain virtual platforms such as TikTok. It is still necessary a doctrinal and jurisprudential analysis regarding the addressed theme, as well as other similar scientific articles published. With this, it seeks to show how the doctrine and the courts have been dealing with the transmission of digital assets of a personal, affective and economic nature in order to guarantee the privacy and intimacy of the deceased.

Keywords: Digital Inheritance. Digital Goods. Privacy After Death. Intimacy After Death. Digital Mourning.

Sumário: 1. Introdução. 2. BENS DIGITAIS. 2.1 BENS DIGITAIS COMO BENS INCORPÓREOS. 2.2. VALORAÇÃO ECONÔMICO DAS REDES SOCIAIS. 3. INCIDÊNCIA DA SUCESSÃO LEGÍTIMA E TESTAMENTARIA DAS REDES SOCIAIS. 4. DEFESA PÓSTUMA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. 5. Bullying. 4.1. CONFLITO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE HERANÇA E PERSONALIDADE. 4.2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROJETO DE LEI N°. 6468/2019. 5. LUTO DIGITAL. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

No século XX, após a primeira revolução industrial, se deu início a era digital ou da informação, desde então a sociedade vem sofrendo constantes mudanças decorrentes das inovações do mundo moderno. Levando em consideração os dias de hoje, a internet e aparelhos tecnológicos como computadores, tablets e celulares foram democratizadas, tanto pela facilidade de acesso quanto de aquisição.

Com a evolução da internet, novas formas de armazenamento e compartilhamento de dados e arquivos, redes sociais, entre outras ferramentas, fizeram com que a sociedade mudasse as suas formas de interação social.

Na mesma linha de raciocínio, Pereira (2020, p. 9):

A dialética de todos esses fatores revolucionou a forma de comunicação das pessoas, que interagem cada vez mais por meio das redes sociais; deu ensejo à tendência já acentuada de armazenamento de bens em meio virtual, como fotos, filmes, músicas, livros, dentre outros arquivos de inegável valor econômico; viabilizou novas formas de auferir renda como, por exemplo, a manutenção de páginas na internet, tais como *blogs* e até mesmo perfis em redes sociais. Enfim, revolucionou toda uma cultura agora globalizada, ao que última também se atribui em grande parte à

democratização cada vez mais acentuada de terminais com acesso a internet.

Assim, torna-se nítido o redimensionamento do ser humano entre o mundo real e virtual, já que passam o dia inteiro grudados com seus smartphones (como se fossem uma parte do seu corpo), conectados com o mundo inteiro. Neste passo, as relações entre os indivíduos acontecem de maneira mais célere, não conseguindo a legislação se adequar as novas necessidades sociais, e resta ao Poder Judiciário preencher as eventuais lacunas advindas de tal situação.

Faz-se necessário ainda ressaltar que o Código Civil brasileiro não dispõe sobre a herança digital nos títulos que disciplina a sucessão. Segundo Franco (2015, p.51), a discussão acerca da herança digital movimentou o judiciário desde meados de 2000. Isto porque tal instituto restringe-se unicamente à doutrina, o que gera dificuldades nas decisões de inúmeras ações que tramitam no Poder Judiciário com o objetivo de conseguir amparo jurisdicional para a remoção de perfis de pessoas extintas, ou até mesmo, para obtenção das senhas de determinadas redes sociais, para uso dos sucessores, entre outras demandas.

Quanto à metodologia, qualifica-se que o artigo se enquadra no método hipotético-dedutivo, consistindo em pesquisa teórica, com parâmetro descritivo e comparativo, o estudo foi realizado a partir da pesquisa bibliográfica, levantando bibliografias referentes a cada um dos tópicos, dessa forma, tem-se como base documentos de outros autores sobre o tema em estudo.

O presente artigo científico tem por objetivo apresentar a viabilidade da sucessão dos bens digitais acumulados em vida pelo *de cujus*, tanto os que possuem valor econômico, quanto os de valor afetivo, respeitando os direitos da intimidade e vida privada do falecido. Para tal, se faz necessário o estudo dos dois tipos de sucessões: sucessão após a morte e a sucessão testamentária. A primeira se revela mais importante, já que é nessa que se encontram as problemáticas na sucessão dos bens digitais do morto. De modo que a segunda revela-se mais descomplicada, posto que, existe documento legal que expressa à última vontade do falecido.

2. BENS DIGITAIS

Bens digitais consistem no conjunto de e-books, músicas, áudios, sons, imagens, contas de e-mail, redes sociais, arquivos em nuvem, conteúdos armazenados em quaisquer dispositivos de informática, e até mesmo moedas virtuais como Bitcoins.

Consoante a isto, LARA (2016, p. 22):

(...) bens digitais são instruções trazidas em linguagem binária que podem ser processadas em dispositivos eletrônicos, tais como fotos, músicas, filmes, etc., ou seja, quaisquer informações que podem ser armazenadas em bytes nos diversos aparelhos como computadores, celulares, tablets.

Deste modo, Carlos Roberto Gonçalves (2012) preconiza que: *patrimônio* em sentido amplo, é o conjunto de bens, de qualquer ordem, pertencentes à pessoa. Assim, os bens digitais devem integrar o espólio do *de cuius*, já que faz parte do seu patrimônio, transmissível a uma pessoa ou até mesmo várias pessoas a depender do caso concreto, da mesma maneira que trata o Código Civil a respeito da sucessão de bens corpóreos.

2.1. BENS DIGITAIS COMO BENS INCORPÓREOS

Com as inovações do mundo moderno, em razão da facilidade, as pessoas, de todas as faixas etárias, passaram a transferir suas vidas para o digital. A difusão tecnológica vem acontecendo rapidamente, trazendo ferramentas que anos atrás sequer foram cogitadas pelo homem. A sociedade já não é mais a mesma!

A respeito desse assunto, Bruno Torquato Zampier Lacerda evidencia:

Naturalmente, esse passar dos anos fará com que sejam depositadas na rede inúmeras informações, manifestações da personalidade e arquivos com conteúdo econômico, todos esses ligados a um determinado sujeito. Cada internauta terá seu patrimônio digital que necessitará ser protegido, porque em algum momento ele irá falecer, manifestar alguma causa de incapacidade ou mesmo sofrer violações a este legado deixado em rede.(LACERDA, 2021, p. 61).

No entanto, mesmo que os bens virtuais estejam integralizados no patrimônio de quase toda sociedade, é lamentável que a Constituição federal e tampouco o Código Civil ou qualquer outra lei especial classifica os ativos digitais, restando, até então, apenas para a doutrina e a jurisprudência tal classificação, designando-os como bens incorpóreos com a justificativa de sua condição virtual e intangível. (BARBOSA, 2017, p. 36).

Para Lacerda (2017), bens digitais são bens incorpóreos, que um utilizador introduz de maneira gradual no ciberespaço, dados de caráter particular que tenha certa relevância e conveniência para si, podendo carregar ou não teor econômico.

Deste modo, é evidente que também existem bens digitais apenas com caráter existencial, relacionados aos direitos da personalidade, sendo o caso do direito à imagem. Verdade é que, possuindo ou não valor econômico, após o falecimento do seu titular, estes serão postos aos seus sucessores.

2.2. VALORAÇÃO ECONÔMICO DAS REDES SOCIAIS

Se o usuário somente compartilha mensagens com amigos e família, vídeos e fotos pessoais nas redes sociais, esta não detém valor econômico, apenas valor afetivo e pessoal. (OLIVEIRA, 2020, p. 21).

No entanto, ficou para trás o tempo em que os indivíduos usavam as redes sociais apenas para fazer amigos ou participar de pequenos grupos de interação. Com a disseminação da internet e seu fácil acesso, as pessoas passaram a utilizar as redes sociais como fonte de renda, e em muitos casos conseguem a alcançar valores altos.

Bem precisamente, Lara:

Explico: um determinado usuário possui um grande número de amigos (são os chamados "atores"), que comungam das mesmas ideias, objetivos, interesses, e possivelmente da mesma forma de consumir. Esse usuário influencia sua rede de amigos, através de tuítes, por exemplo, que são amplamente retuitados; por meio de postagens que são curtidas, compartilhadas, comentadas, logo esse usuário influencia o seu grupo a determinados comportamentos, portanto, se ele indicar um "bom" livro, um filme, ou um outro produto qualquer em sua página na rede social, ou simplesmente comentar sobre esses produtos, seus amigos virtuais vão retuitar, curtir compartilhar e muitos irão até mesmo consumir esses produtos. (LARA, 2016 p.41).

Tomemos como exemplo os *digitais influencer* ou *influenciadores digitais* que geram conteúdo para milhares de internautas por meio do Instagram, YouTube, TikTok, Telegram, Facebook, e agora mais recente Onlyfans, Close Friends e Apps Vizinhos, capazes de conquistar fortunas, já que eles cobram pela sua visibilidade, que advêm tanto de patrocinadores, quanto de propagandas, ou até mesmo da monetização da própria plataforma virtual.

Ademais, Moisés de Oliveira assevera:

Então, se se comportam como práticas de consumo ou se enquadram produções autorais, merecem amparo da lei, no que se refere aos direitos de herdar, pois é nítido o caráter de valorização patrimonial. (OLIVEIRA, 2020, p. 21).

Torna-se cada vez mais nítido a necessidade da Lei Civil Brasileira introduzir uma legislação que trate sobre os bens digitais, o que satisfaz assim a necessidade humana e a efetivação aos princípios fundamentais.

3. INCIDÊNCIA DA SUCESSÃO LEGÍTIMA E TESTAMENTARIA DAS REDES SOCIAIS

É de saber notório que o Código Civil brasileiro não dispõe sobre a herança digital nos títulos que disciplina a sucessão, de forma que contribui para as divergentes discussões jurídicas em relação à temática, já que apesar de não existir parâmetro legal, a demanda é existente nos tribunais do nosso país.

Com a implementação da Lei n°. 12.965/2014, surgem os direitos, deveres, princípios e garantias dos usuários de internet no Brasil. No entanto, esta, só tornou ainda mais complexo o processo de transmissão dos bens virtuais, posto que a lei deixa explícito que predominara a vontade do *de cuius*, caso exista expressa manifestação de vontade (testamento), não conseguindo os sucessores não testamentários pleitear o acesso as redes sociais e arquivos pessoais, o que gera a intimidade e a vida privada do falecido.

Assim, atualmente a melhor maneira de assegurar a destinação das redes sociais é dispondo-as em testamento, como bem aponta Lara (2016 p. 92):

No testamento de bens digitais podemos deixar instruções claras sobre o destino de nossos bens digitais: nossas senhas de acesso aos sites, e-mails e redes sociais; um inventário prévio de nosso patrimônio digital; e até mesmo os contatos que os sucessores devam realizar para acessar a esse patrimônio, tais como os endereços eletrônicos, telefones de contato de alguma empresa contratada previam ente para inventariar to do o nosso acervo digital.

No entanto, não é um costume dos brasileiros dispor em testamento, sendo que quase todas as sucessões ocorrem de maneira legítima, existe ainda muitos conflitos judiciais, tendo em vista que a maioria das redes sociais tem origem estrangeira, gozando de suas próprias regras, por vezes incompatíveis com o nosso regramento pátrio.

Todavia, apesar da inexistência de uma lei expressa que trate da herança digital, isso não significa a impossibilidade de esta fazer parte do conjunto de bens que compõe a herança do falecido, na sucessão legítima, já que o art. 5º da Constituição Federal de 1988 assegura o direito à herança:

“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:

(...)

XXX – é garantido o direito de herança;” (BRASIL, 1998).

Como já mencionado no tópico anterior, *a herança corresponde ao patrimônio em sentido amplo, o conjunto de bens, de qualquer ordem, pertencentes à pessoa, assim, mesmo que não exista uma diferenciação entre herança e herança digital, a última deve se aplicar por analogia todas as disposições legais relativas à primeira.*

4 DEFESA PÓSTUMA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Nas palavras de Pereira (2013), todos os sistemas jurídicos reprimem ataques à integridade moral. No Brasil não poderia ser divergente, tanto é que a Constituição Federal trata sobre a matéria em seus direitos fundamentais, mais precisamente no artigo 5º, inciso X, assim como no Código Civil, capítulo II, Dos Direitos da Personalidade, artigos 11 ao 21.

Esse instituto, conforme explica Diniz (2014, p. 135-136), constitui direitos essenciais da pessoa, tendo por finalidade proteger sua imagem, privacidade, honra etc.

É fácil idealizar a aplicação dos direitos personalíssimos da pessoa viva, já que antes mesmo da utilização das vias judicial, ela tem o direito de autotutela na proteção de tais, agindo de maneira a acobardar ou até mesmo abrandar, qual quer dano a sua personalidade, o que já não parece tão fácil quando o assunto é uma pessoa morta, já que o parágrafo único dos artigos 12 e 20, do Código Civil, disciplina a defesa póstuma dos direitos da personalidade da pessoa não viva, cabendo à família tutelar, além de pela preservação do seu corpo, também pelas projeções dos seus atos em vida.

4.1 CONFLITO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE HERANÇA E PERSONALIDADE

Entretanto, existem circunstâncias controversas, por exemplo, se o falecido leva segredos desconhecidos pela própria família, que, no entanto, podem ser descobertos através de mensagens privadas em suas redes sociais, podendo envolver até mesmo terceiros (e seus direitos personalíssimos), desconstruindo a memória que queira deixar.

Consoante a isto Fraga (2019):

Ao herdar uma conta digital, o parente do morto teria acesso não somente aos conteúdos públicos exibidos pelo indivíduo falecido, mas também a todos os conteúdos íntimos, como conversas pessoais, fotografias e dados de terceiros.

Por óbvio, nota-se que existe um conflito de direitos fundamentais na sucessão de bens digitais, tendo em vista que o direito de herdar as redes sociais abrangendo todo o seu conteúdo público e privado fere o direito de restar preservada a intimidade e vida privada do *de cujus*, já que o direito personalíssimo permite a pessoa ter uma vida

inacessível e secreta, compondo uma gama de comportamentos e escolhas que pode optar por tornar ocultas a todos (MASSON, 16, p.218).

O artigo 489, §2º, do Código Civil, dispõe que existindo um conflito entre normas, deverá o juiz fundamentar os critérios e objetivos de ponderação, evidenciando os motivos usados para chegar a uma conclusão razoável de acordo com a situação do caso concreto (TARTUCE, 2018, p. 110).

Assim, nos casos de transferência sucessória de redes sociais intestadas (em que existe a possibilidade de um conflito entre o direito fundamental a herança e o direito a intimidade e vida privada do *de cuius*), o juiz deverá ponderar de forma razoável e proporcional a transmissão apenas do que é público, excluindo as conversas privadas, rascunhos, diários virtuais, de maneira que restara preservada a imagem familiar e social do falecido e de possíveis terceiros envolvidos.

4.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROJETO DE LEI N.º. 6468/2019

Tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 6468/2019, tendo como proposta uma segurança jurídica em relação à herança digital, já que o Poder Judiciário tem dado respostas divergentes, na medida em que em alguns casos a transmissão ou exclusão é autorizada e em outros não.

A proposta consiste na garantia de transmissão integral de todos os conteúdos e de contas e arquivos virtuais, sem qualquer restrição ou condições, o que por uma interpretação analógica dos artigos 1.784, 1.786, 1.788, 1.929, 1.845, 1.846 e 1.857, já é juridicamente possível, ou seja, o projeto tem como objetivo inibir a disparidade das decisões judiciais.

Assim como menciona Pereira (2020, p. 109), este Projeto de Lei não se preocupou em tutelar reais necessidades que a herança digital necessita, tendo em vista que a transmissão total dos bens digitais dá margem para a violação póstuma dos direitos personalíssimos do *de cuius*, como também é falho ao não impor qualquer condição ou restrição, já que a morte de uma pessoa nem sempre é de conhecimento de todos, dando a possibilidade ao sucessor de má-fé utilizar-se da rede adquirida como se fosse a pessoa falecida (crime de falsa identidade).

5. LUTO DIGITAL

Até o presente momento muito se falou em dar prosseguimento às redes sociais dos *de cuius*, porém, existem casos em que a família tem por objetivo a desativação dessas redes sociais, por acabarem se tornando um “muro de lamentações”, em que familiares, amigos e por vezes fãs, usam para mostrar suas indignações decorrentes dos motivos da morte, postar homenagens, músicas, fotos, vídeos etc.

Este fenômeno tem sido chamado de “luto digital”, como melhor explicita SILVA (2014, p, 42):

Com estes perfis ativos, a presença do indivíduo que se foi se faz presente de forma virtual e na maioria das vezes seu perfil se torna uma espécie de túmulo onde seus entes queridos se encontram para deixar mensagens de condolências e saudade. Nos aniversários ocorrem lembretes e por intermédio deste geralmente ocorre uma chuva de mensagens lembrando-se do falecimento. Possivelmente sem as redes sociais a morte deste indivíduo não seria tão relembrada.

No Brasil, há alguns anos, casos como estes já tem movimentado o judiciário, assim como o caso da jornalista Juliana Ribeiro Campos, falecida por complicações decorrentes de uma endoscopia, em 2012, aos 24 (vinte e quatro) anos, em que sua mãe, Dolores Pereira Ribeiro, tomada pela angustia de reviver todos os dias a sua morte em seu Facebook, e em saber, que segundo a sua crença, ela precisava se desligar deste mundo e que as lamentações a impedia disto, pleiteou na justiça um pedido de retirada da rede social do ar, sendo este deferido sem muita demora (GLOBO,2013).

Podemos observar também outro caso de uma mãe, no Mato Grosso do Sul, que tentou, primeiramente, pela via administrativa, excluir o perfil no facebook de sua falecida filha, entretanto, a empresa brasileira a instruiu a buscar pelas sedes nos Estados Unidos e Irlanda, o que a levou, diante de tamanha dificuldade, a procurar o poder judiciário. A ação de nº. 0001007-27.2013.8.12.0110, foi apreciada pela Vara de Juizado Especial do Estado de Mato Grosso do Sul, que novamente sem demora teve provimento judicial, impondo que a empresa nacional excesse o já citado perfil (IGNACIO, 2018).

Com a finalidade de fortalecer o entendimento, Pereira (2018, p. 628):

Uma rápida pesquisa acerca da posição assumida pelo judiciário frente a questionamentos desta natureza, demonstrou que há um alto índice de condenação dos provedores em casos que envolvem pedido de exclusão de perfis de usuários falecidos. Tal constatação se deve ao fato de que antes de 2010, não havia opção para que o usuário definisse qual destino de seus dados virtuais após a morte, e, quando notificados do óbito, os provedores não tomavam qualquer atitude em relação aos pedidos formulados pelos familiares e amigos.

Este assunto tende a fazer parte do cotidiano jurisdicional, devido ao grande número de mortes nos últimos meses, decorrentes da pandemia do coronavírus (COVID-19).

Todavia, tem quem goste de viver o luto digital, tanto é que já existem empresas que gerem as redes sociais dos falecidos, postando lembranças, homenagens, vídeos, músicas, etc. Já se encontra também algumas redes sociais como facebook que tem a opção de tornar um perfil de um usuário falecido em um memorial, não sendo mais permitido postar, mas apenas mantê-lo ativo, e automaticamente a rede social irá trazer lembranças daquilo que o usuário publicou em vida.

Exemplo semelhante ocorreu em 2019, quando o Instagram retirou do ar a conta do falecido cantor e compositor Cristiano Araujo, em que a demanda judicial interposta pela família, desta vez, foi para reativar o perfil do cantor, com a finalidade de que todas as suas postagens continuassem ali, disponíveis para seus familiares, amigos e fãs, como uma forma de homenagem, sendo esta deferida, sem muitas delongas.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer desta pesquisa, restou evidenciada a necessidade do direito brasileiro de se preocupar com os direitos personalíssimos dos falecidos e possíveis terceiros envolvidos na transmissão de bens digitais, principalmente das redes sociais, que contem conversar privadas, que jamais seriam expostas pelos titulares das contas em vida.

Pois bem, de fato, apesar de que a Constituição Federal, o Código Civil, ou qualquer outra lei especial não trate a respeito da sucessão intestada de bens digitais, ela já vem sendo reconhecida pela jurisprudência e principalmente pela doutrina majoritária, no entanto, pouco se discute sobre o direito do *de cuius de preservar* sua intimidade e vida privada mesmo após a sua partida.

Logo, resta-se evidenciado um conflito entre direitos fundamentais de herança e personalidade, em que o juiz deve analisar cada caso em sua concentricidade, já que o direito é uma ciência social, de maneira que pondere sua decisão, transmitindo aos herdeiros apenas o que é público e a sua continuidade ou desativação, já que o que é privado pode ferir a intimidade e vida privada do *de cuius* e de possíveis terceiros envolvidos.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Larissa Furtado. **A Herança Digital na Perspectiva dos Direitos da Personalidade: A Sucessão dos Bens Armazenados Virtualmente**. Fortaleza, 2017. Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Disponível em: <http://repositorio.ufc.br/handle/riufc/29403>. Acesso em: 22 ago. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 31 mai. 2021.

Código Civil, **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 7.

FRAGA, Cláudia Barreto. **Herança Digital e Direito à Intimidade: A Ponderação de Normas Constitucionais na Proteção da Intimidade de Terceiros**. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/heranca-digital-e-direito-a-intimidade-a-ponderacao-de-normas-constitucionais-na-protacao-da-intimidade-de-terceiros/>. Acesso em: 11 de out. 2021.

FRANCO, E. L. **Sucessão nas redes sociais: tutela jurisdicional dos dados on-line do de cujus**. 2015. 71 f. Monografia. (Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/158933/TCC>. Acesso em: 22 ago. 2021.

GLOBO. **Portal de notícias G 1**. Mãe pede na justiça que Facebook exclua perfil de filha morta em MS. Online, 2013. Disponível em: [HTTP://gl.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2013/04/mae-pede-na-justica-que-facebook-exclua-perfil-de-filha-falecida-em-ms.html](http://gl.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2013/04/mae-pede-na-justica-que-facebook-exclua-perfil-de-filha-falecida-em-ms.html). Acesso em: 10 out. 2021.

IGNACIO, Laura. **Judiciário recebe os primeiros processos sobre herança digital**. Valor Econômico. Online, 2018. Disponível em: <https://valor.globo.com/noticia/2021/18/judiciario-recebe-os-primeiros-processos-sobre-geranca-digital.ghtml#>. Acesso em: 10 out. 2021.

LACERDA, B.T.Z. **Bens digitais**. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **Bens Digitais**. 2. ed. São Paulo: Foco, 2021.

LARA, Moisés Fagundes. **Herança Digital**. Clube de Autores (managed), 2016. Disponível em: <<https://clubedeautores.com.br/livro/heranca-digital>>. Acesso em: 22 ago. 2021.

LEI N°. 12.965 de 23 DE ABRIL DE 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 31 mai. 2021.

MASSON, Natália. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

OLIVEIRA, Moisés. **O Testamento Digital sob a ótica do Direito Brasileiro**. Goiânia, 2020. Trabalho de Monografia apresentado para conclusão do curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Centro Universitário de Goiás. Disponível

em: <http://repositorio.anhanguera.edu.br:8080/bitstream/123456789/393/2/MOIS%c3%89S%20D%20OLIVEIRA.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2021.

PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil**, volume VI. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Débora de Oliveira. Direito e ficção científica: dimensões dos direitos da personalidade no episódio *be right back* da série *Black Mirror*. **Anais do VI CIDIL - As Ilusões da Verdade e as Narrativas Processuais**, Porto Alegre, v. 1, p. 608-635, ago. 2018. Online. Disponível em: <http://rdl.org.br/seer/index.php/anacidil/article/view/402/pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

PEREIRA, Gustavo Santos Gomes. **Herança Digital no Brasil**. 2ª Ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2020

PEREIRA, Jorge Daniel de Albuquerque. **Herança Digital: As Redes Sociais e Sua Proteção Pelo Direito Sucessório Brasileiro**. 2019. Disponível em: <[https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/heranca-digital-as-redes-sociais-e-sua-protecao-pelo-direito-sucessorio-brasileiro/#:~:text=Desse%20modo%2C%20Lacerda%20\(2017\),fotografias%2C%20ou%20base%20de%20dados](https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/heranca-digital-as-redes-sociais-e-sua-protecao-pelo-direito-sucessorio-brasileiro/#:~:text=Desse%20modo%2C%20Lacerda%20(2017),fotografias%2C%20ou%20base%20de%20dados)>. Acesso em: 30 ago. 2021.

SILVA, Alessandra Rodrigues da e SANTOS, Dagna Alves, Sucessão de bens digitais: a imprescindibilidade da adequação do ordenamento jurídico às necessidades demandadas pelo novo cenário social. 2021, Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/56615/sucesso-de-bens-digitais-a-imprescindibilidade-da-adequao-do-ordenamento-juridico-s-necessidades-demandadas-pelo-novo-cenrio-social>, Acesso em: 22 ago. 2021.

SILVA, Jéssica Ferreira da. **Herança Digital**: a importância desta temática para os alunos da faculdade de informação e comunicação da Universidade Federal de Goiás. REZENDE, Laura Vilela Rodrigues, Goiânia: UFG, 83 p. (Dissertação) – Monografia apresentada à Faculdade de Informação e Comunicação da Universidade Federal de Goiás como requisito à obtenção do título de Bacharel em Biblioteconomia, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2018.

ANÁLISE ACERCA DO TRABALHO ANÁLOGO AO ESCRAVO NA INDÚSTRIA DA MODA INTERNACIONAL

DANIEL GONÇALVES BARBOSA:

Graduando da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (UFAM).

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo explicar a existência do trabalho análogo à escravidão na indústria da moda, visando demonstrar sua origem e alguns exemplos de como se desenvolve atualmente. A pesquisa foi desenvolvida por meio de textos, sites oficiais na internet, livros, notícias, documentários sobre os casos citados e artigos publicados. O intuito é difundir o outro lado da indústria têxtil e propagar que para além do glamour, há uma indústria maléfica e indiferente a um vasto número de trabalhadores.

Palavras-chave: Escravidão. Indústria da Moda. Fashion Law.

ABSTRACT: This article aims to explain the existence of work analogous to slavery in the fashion industry, aiming to demonstrate its origin and some examples of how it is currently developed. The research was carried out through texts, official websites, books, news, documentaries on the cases mentioned and published articles. The aim is to spread the other side of the textile industry and propagate that, in addition to glamour, there is an evil industry indifferent to a vast number of workers.

Keywords: Slavery. Fashion Industry. Fashion Law.

Sumário: 1. Introdução. 2. Histórico do Trabalho e dos Direitos Trabalhistas na Indústria da Moda. 3. O Trabalho Escravo Contemporâneo. 3.1. Caso Zara. 3.2. A Exploração e o Setor Têxtil na Ásia. 4. Considerações Finais. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A roupa é, sem dúvidas, um dos itens que mais usamos no dia a dia. Não à toa que a indústria da moda é uma das mais lucrativas e tem um papel fundamental na economia global. Em 2018, ela foi avaliada em aproximadamente US\$ 3 trilhões e representa 2% do Produto Interno Bruto (PIB) mundial. Pelo tamanho da indústria e pela imensa necessidade de mão de obra, a indústria têxtil é responsável pela geração de milhões de novos empregos.

Parte desse sucesso deve-se ao fato de a moda ser reconhecida como um fenômeno capitalista e ocidental, que ao longo dos anos e com impulso da Revolução Industrial, foi criando um padrão de consumo: baixo custo de produção, rapidez no escoamento da distribuição e preços atrativos.

No entanto, as consequências desse novo padrão são drásticas. A insuficiência de regulamentação e fiscalização das atividades de produção fez com que inúmeros casos de violação dos direitos humanos desses trabalhadores fossem expostos, incluindo casos de trabalho análogo ao escravo, principalmente em países em desenvolvimento. Por isso, esta pesquisa tem como objetivo explicar a existência do trabalho análogo à escravidão na indústria da moda, visando demonstrar sua origem e alguns exemplos de como se desenvolve atualmente.

O trabalho, como forma de sustento de vida, deve ser tratado como pilar fundamental para manutenção de muitas famílias. É por isso que a partir dele nasceram princípios conquistados ao longo do tempo que se fazem essenciais para um labor digno e humano. Dentre eles, está o princípio da dignidade da pessoa humana. Este princípio consiste em proporcionar minimamente ao trabalhador um trabalho íntegro onde sua honra e dignidade sejam respeitadas.

A Constituição da República Federativa do Brasil (1988), em seu artigo 1º, inciso III, constitui a dignidade da pessoa humana como fundamento, para que acima de tudo, a pessoa em si seja valorizada. No inciso IV deste mesmo artigo, a constituição cita os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa, demonstrando mais uma vez que o trabalhador deve ter seus direitos preservados, acima de qualquer indústria.

No tocante à indústria da moda, as pessoas tendem a pensar no *glamour*, holofotes e no quão deslumbrantes são os desfiles, as semanas de moda, lançamentos e aberturas de milhares de lojas ao redor do mundo. Cita-se principalmente a abertura de lojas "fast fashion", ou, em sentido literal, "moda rápida", onde empresas têm as primeiras tendências de forma acelerada e difundida ao redor do mundo. Basicamente, é dizer que essas lojas e indústrias produzem as roupas do momento com poucos critérios, e, independente das estações, lotam as lojas com novas coleções.

Pela sua forma de produção, com baixo custo e rapidez no escoamento da distribuição, as empresas responsáveis pela fabricação das roupas burlam leis e sistemas de proteção ao trabalhador. Em lugares como Bangladesh, há inúmeros casos de exploração de trabalhadores, em que estes são forçados a trabalhar quase 12 horas por

dia, sob condições insalubres, em lugares perigosos, levando-os a posição de trabalhadores em situação análoga à escravidão.

Para uma melhor compreensão, a pesquisa está dividida em duas partes. Na primeira, tratar-se-á da história dos direitos trabalhistas e do trabalho relacionados à indústria da moda. Na segunda, o foco será sobre a conjuntura do trabalho escravo contemporâneo, com apresentação do caso da empresa Zara e do setor têxtil na Ásia.

2. HISTÓRICO DO TRABALHO E DOS DIREITOS TRABALHISTAS NA INDÚSTRIA DA MODA

A palavra trabalho origina-se do latim "*tripalium*", um instrumento romano de tortura. Na Baixa Idade Média, trabalhar, foi por muito tempo sinônimo de perda de liberdade, de suplício, de sofrimento e de condição inferior. Por isso era destinado aos escravos e estes eram tratados como propriedades dos seus compradores. A Revolução Industrial, ocorrida no século XVIII entre os anos de 1760 e 1840, e seu sistema de fábricas apenas acentuou os abusos e violações sofridos pelos trabalhadores. Sendo assim, contribuiu enormemente para a desvalorização da força produtiva e para a consequente má remuneração dos operários.

Em relação à indústria da moda, a Revolução Industrial fez com que a confecção de vestimentas passasse de um modelo doméstico que visava a necessidade para um sistema de fábricas (*factory system*), uma atividade capitalista e altamente lucrativa. Ao longo do século XIX esse sistema foi se consolidando e cada vez mais o talento e a habilidade dos trabalhadores foram ignorados, já que as máquinas faziam todo o trabalho. Nas palavras da Juíza do Trabalho, Lygia Maria Godoy Batista CAVALCANTE, 2007, p. 144):

A exigência cada vez menor com relação às habilidades individuais do trabalhador, a preponderância da grande máquina e o número cada vez maior de empregados povoando as grandes fábricas transformaram o trabalhador numa simples peça, sem maior importância e anônima, desconhecida; um objeto igual aos demais, carente de valor humano.

Logo após, outro tipo de ambiente de trabalho foi se consolidando na indústria têxtil: o sistema "de suor" (*sweating system*)⁷⁹. Esse modelo é baseado nas terceirizações

⁷⁹ BIGNAMI, Renato. Trabalho Escravo Contemporâneo: o Sweating System no Contexto Brasileiro como Expressão do Trabalho Escravo Urbano. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Coord.). **Trabalho Escravo Contemporâneo – O Desafio de Superar a Negação**. 2ª ed. São Paulo: LTR, 2011.

para fornecedores que “quarteirizam” oficinas com trabalhadores desonrados de seus direitos fundamentais. Nesse sentido, as eventuais responsabilidades jurídicas quase sempre são dribladas por esses contratantes. Esse é a modalidade de produção industrial que atualmente as empresas de *fast fashion* aderem.

Foi nesse contexto que surgiram os modelos de produção que ficaram conhecidos como “taylorismo” e “fordismo”. Essas técnicas foram as principais responsáveis pelo aumento do montante de produção e pela redução dos custos de fabricação, impulsionando, assim, o consumo em massa.

Nesta conjuntura, avaliando-se o princípio da não intervenção do Estado na economia e na vida privada dos cidadãos, que vingava na época, não existiam leis que dirigissem essas relações laborais, ou seja, as novas relações entre empregado e empregador não tinham respostas jurídicas (BOBBIO, 1994, p. 11). A ascensão do capitalismo fez com que vários problemas como a desvalorização do trabalhador, a má remuneração, as longas jornadas em ambientes insalubres e perigosos e o aproveitamento da mão de obra feminina e infantil fossem despertados. Em consequência, o movimento operário juntou forças para reivindicar seus direitos, o que marca o início da sistematização e consolidação do Direito do Trabalho em 1848.

Após o fim da Primeira Guerra Mundial, em 1919, fez-se necessária a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) com o objetivo de promover oportunidades para que homens e mulheres tenham acesso a um trabalho digno e decente, esse organismo internacional foi fundamental para a formação de um Direito do Trabalho mundial, por intermédio de normas, convenções e tratados. Em seu ato constitutivo foi estabelecido que o trabalho não pode ser tratado com mercadoria (OIT, 1944, p. 19).

Consequentemente, no Brasil, em 1930, o então presidente Getúlio Vargas criou o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, e em 1943, por meio do Decreto-Lei nº 5.452, consolidou a Lei do Trabalho e o Direito Processual do Trabalho.

Também em 1930, a OIT aprovou na 14ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho em Genebra, a Convenção nº 29 que discorre sobre o trabalho forçado, a qual o define como “todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade” (OIT, 1930). Logo, infere-se que o trabalho forçado abrange situações em que as pessoas são obrigadas a trabalhar por meio de violência ou intimidação, assim como a retenção de documentos e servidão por dívidas.

O cenário internacional foi marcado, no ano de 1948, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos. Em um contexto de crise das duas guerras mundiais, tornou-se necessária a criação de normas que tivessem como objetivo a proteção dos indivíduos. A Declaração, promulgada no dia 10 de dezembro pela Assembleia Geral das Nações Unidas, tornou-se um marco na comunidade internacional pelo comprometimento de grande parte das nações com a dignidade do ser humano.

No tocante aos direitos trabalhistas, o artigo IV do documento afirma que “ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas” (DUDH, 1948). Desse modo, é estabelecida a condição mínima para o exercício do trabalho ou de qualquer atividade humana.

Em 1957, a Convenção sobre a Abolição do Trabalho Forçado nº 105 foi aprovada e complementa o conteúdo da Convenção nº 29, citada anteriormente. Seu texto determina a abolição de toda e qualquer forma de trabalho forçado, incluindo aqueles impostos como sanção, castigo ou medida de coerção ou de educação para quem tiver cometido faltas disciplinares no trabalho, participado de greve ou manifestado opiniões políticas (OIT, 1957).

Recentemente, em 2014, a OIT adotou um novo Protocolo, que atualiza as duas convenções previamente citadas com o objetivo de redobrar os esforços contra as formas modernas de escravidão. Ressalta-se a importância da introdução de novas obrigações relacionadas à prevenção do trabalho forçado, visto que hoje existem cerca de 21 milhões de pessoas vítimas dessa modalidade em todo o mundo (OIT, 2014)

Apesar de significar grande avanço para os Direitos Trabalhistas, as normas internacionais emitidas pela ONU e pela OIT estabelecem apenas padrões mínimos sobre o trabalho decente. Não há, no entanto, normas coercitivas que possam exigir o cumprimento por parte das empresas transnacionais e pelos países não ratificantes.

3. O TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO

Como visto anteriormente, a escravidão tinha como aspectos principais a tomada do escravo como propriedade do seu dono e a privação de liberdade. Com o passar dos anos, apesar de um grande surgimento de leis e uma forte onda de proteção ao trabalhador, o trabalho escravo passou a se configurar de outras formas, sendo chamado “trabalho escravo contemporâneo” ou “trabalho análogo à condição de escravidão”.

Pode-se definir o trabalho escravo contemporâneo como apenas um meio para o patrão alcançar suas metas de produtividade, ignorando o fato de que o trabalhador precisa ter a sua dignidade, honra e integridade preservada. Carolina Caixeta, citando Fávero, assevera que constitui (2017, p. 22):

(...) definição marcante do trabalho escravo contemporâneo, o fato de o empregador sujeitar o empregado a condições degradantes, constringendo-o de maneira que consiga viciar o seu consentimento na celebração do contrato empregatício e restringindo a sua liberdade e capacidade de rescindir o vínculo.

O princípio da dignidade da pessoa humana veda qualquer tipo de exploração a qualquer pessoa, inclusive ao trabalhador. Na Constituição Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, o país toma como fundamento este princípio (1988), o que o torna pilar e argumento para que deva ser levado em conta quando das decisões, sejam judiciais ou não, que envolvam seres humanos.

O Código Penal Brasileiro, em seu artigo 149, tipifica o seguinte (1940):

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.

Este artigo, mudada sua redação em 2003 pela Lei nº 10.803, mostra a evolução do contexto social sobre o trabalho. Ressalta que apesar da abolição da escravidão, o trabalho análogo à condição de escravo ainda está presente e assombra diversos trabalhadores. Além disso, a tipificação do conceito dado pelo artigo 149 do CP é reconhecida pela Organização das Nações Unidas (ONU) e pela Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Houve, no Brasil, uma tentativa de mudar o conceito de trabalho escravo. O Ministério do Trabalho, por meio da Portaria nº 1.129, publicada no Diário Oficial da União no dia 16/10/2017, modificou as definições de trabalho forçado, jornada exaustiva e condições análogas à de escravo. A nova conceituação trazida pela portaria definia que era indispensável ocorrer o cerceamento de liberdade de locomoção do trabalhador (ROVER, 2017).

Porém, a portaria distanciava-se do entendimento atual do país, signatário de instrumentos internacionais, e do entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF). O conceito destoava das decisões firmadas pela Suprema Corte. No julgamento do Inquérito 3.412, o STF (2012, p. 26) trouxe a explicação de escravidão moderna, afirmando que esta seria “mais sutil”, e que “o cerceamento da liberdade pode decorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos” (STF, 2012, p. 26-27). Diversos levantamentos foram feitos contra a portaria, entre eles o da Procuradora Geral de Justiça à época, Raquel Dodge (TUROLLO, 2017):

Não podemos admitir retrocesso no conceito de trabalho escravo porque aquele conceito alcançado nessa portaria está apenas a dizer que a escravidão é uma questão de ofensa a um certo grau de liberdade humana. Ela é muito mais do que isso. A escravidão fere a dignidade humana. E aquela portaria implica em uma mudança de um conceito que está sedimentado em lei e na política pública que vem sendo praticada no país nos últimos 30 anos. É por isso ela representa um claro retrocesso nas nossas instituições.

Pela repercussão negativa da portaria, o STF, em decisão redigida pela ministra Rosa Weber, suspendeu liminarmente a portaria por afrontar de forma direta a Constituição Federal, e apontou (2012, p. 27):

Priva-se alguém de sua liberdade e de sua dignidade, tratando-o como coisa e não como pessoa humana, o que pode ser feito não só mediante coação, mas também pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho digno.

Partindo deste entendimento, no cenário internacional, a Organização Internacional do Trabalho adota medidas e convenções que visam erradicar o trabalho forçado, a jornada exaustiva e a exploração do trabalhador. Em 2015, foi adotada pelos Chefes de Estado do Mercado Comum do Sul, a Declaração Sociolaboral do Mercosul, que firma o compromisso dos integrantes do bloco econômico de “adotar as medidas necessárias para eliminar toda forma de trabalho forçado obrigatório exigido de um indivíduo sob ameaça de sanção ou para o qual não tenha se oferecido espontaneamente” (artigo 8, inciso 2º) e “adotar medidas para assegurar a abolição de toda utilização de mão de obra que propicie, autorize ou tolere o trabalho forçado ou obrigatório” (artigo 8, inciso 3º) (BRASIL, 2015).

Em 1995, quando o então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso reconheceu oficialmente a existência de situações de trabalho forçado no Brasil, foram

criados o GERTRAF – Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Forçado e o GEFM – Grupo Especial de Fiscalização Móvel, sob comando do MTE.

Ressalta-se também a Lei 7.998/90, norma aprovada que garantiu a todo trabalhador resgatado da condição análoga a de escravo pela fiscalização do MTE e o recebimento de seguro-desemprego (1990):

Art. 2º-C: O trabalhador que vier a ser identificado como submetido a regime de trabalho forçado ou reduzido a condição análoga à de escravo, em decorrência de ação de fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego, será dessa situação resgatado e terá direito à percepção de três parcelas de seguro-desemprego no valor de um salário-mínimo cada, conforme o disposto no § 2º deste artigo.

Todavia, apesar de um determinante avanço na legislação, ainda existem casos de empresas que vão de encontro às normas estipuladas.

3.1. Caso Zara

As lojas de *fast fashion* estão cada vez mais presentes no mundo todo. Sua política baseia-se no *dumping social fashion*, ou seja, o trabalho é precarizado com o objetivo de reduzir os custos, além de transformar as peças de bens duráveis em “descartáveis”, fomentando cada vez a produção progressiva de novas coleções e o alto consumo.

A empresa espanhola Zara, do grupo Inditex, recentemente enfrentou problemas com denúncias de condições sub-humanas de trabalho por parte do Ministério Público do Trabalho e Emprego em São Paulo, de acordo com a Portaria nº 1.668, de 21/10/2011. Nesse ano, três fiscalizações foram realizadas e bolivianos foram flagrados produzindo roupas para a marca em condições análogas à escravidão. Eles recebiam R\$ 2 (dois reais) por peça costurada.

Em entrevista para o site Repórter Brasil, dois bolivianos aceitaram relatar em detalhes as condições da oficina que trabalhavam (ARANHA, 2015).

A gente começava a trabalhar às seis da manhã e ia até às nove da noite, às vezes meia noite. Mas a mulher que batia nosso ponto marcava sempre o horário das sete da manhã às seis da tarde. O trabalho era cronometrado. Se não tirasse 30 peças em uma hora, ela descontava como hora incompleta. Depois tinha que trabalhar mais. Tinha um gerente muito violento. Ele levava uma faca na cintura,

gritava com a gente, mandava limpar o chão do banheiro. Ele bateu em um funcionário na nossa frente. Tinha uma adolescente trabalhando lá e duas crianças, que ficavam no meio das máquinas. A dona ficava com o nosso salário, ela mentia, dizia que o banco brasileiro cobra taxa de juros alta. A gente tinha acabado de chegar, confiamos nela. Trabalhamos muito um ano inteiro, economizando, sem gastar nada que não fosse preciso. A dona guardava tudo. Depois ela disse que não podia devolver nosso dinheiro, que a gente procurasse a justiça. Até hoje não recebemos por parte desse ano de trabalho. Depois que procuramos ajuda, começaram as ameaças. O gerente e seus parentes ficavam espionando quando a gente ligava para o advogado. Ficamos com medo e fugimos para outra cidade. Foi difícil porque não conhecemos ninguém.

Em 2014, foi criada uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Trabalho na Assembleia Legislativa de São Paulo. Na CPI, ficou evidente que a empresa não cumpria o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) que tinha como objetivo zelar pelas condições trabalhistas. Esse termo discorria sobre a responsabilização da Zara por qualquer caso de violação trabalhista aos terceirizados e subcontratados. O grupo Inditex afirmou que se comprometeria em fiscalizar melhor seu sistema de produção. No entanto, novas fiscalizações realizadas em 2015 demonstraram que a Zara Brasil continuava a cometer infrações, o que resultou em um novo TAC em 2017. A empresa obrigou-se a investir R\$ 5 milhões em projetos sociais.

A Zara, no entanto, com intuito de estabelecer nova imagem perante seus consumidores, mudou o seu comportamento como empresa. Entre 2016 e 2018, a empresa "foi reconhecida como a mais sustentável pelo Índice de Sustentabilidade Dow Jones" e obteve o 23º lugar no "relatório de transparência do *Fashion Revolution*" (ESTEVÃO, 2019).

Apesar do escândalo em que estava envolvida, após a mudança no CEO da empresa e atualizações na sua política de produção, a Zara anunciou em 2019 um pacote de medidas que previa várias ações voltadas ao meio ambiente. Dentre elas, está a produção de todas as coleções da marca com tecidos 100% sustentáveis até 2025, também, o outro plano é que "80% da energia consumida pelos estabelecimentos da empresa virão de fontes renováveis" (ESTEVÃO, 2019), deixando de "descartar resíduos e produtos químicos em locais inadequados" (ESTEVÃO, 2019).

No cenário internacional, a empresa tomou uma postura mais regular e realista quanto aos impactos causados pela geração de suas roupas. Obteve a iniciativa de instalar bancos de descarte de roupas em mais de 800 lojas da Espanha, Pequim e Xangai, e, recolheu mais de 34.000 (trinta e quatro mil) toneladas de peças usadas.

Após a união da empresa com instituições como a Cruz Vermelha, a distribuição dessas peças a pessoas necessitadas foi realizada, tornando possível a reversão e construção de uma nova identidade para a marca. No Brasil, a rede de lojas ficou entre as três etiquetas mais corretas do país.

Casos de trabalho escravo vilipendiam a imagem de grandes marcas, e muitas delas, inclusive, mantêm-se no erro. A Zara mostra que apesar dos acontecimentos, mudou seus representantes, seus modos de difusão da empresa ao redor do mundo, suas políticas em relação aos trabalhadores e ao meio ambiente, sendo um exemplo de reconstrução de sua reputação e buscando um novo contato com os trabalhadores e clientes.

3.2. A Exploração e o Setor Têxtil na Ásia

A terceirização é um fenômeno bastante comum na indústria têxtil, grandes marcas terceirizam o trabalho da costura para empresas em países subdesenvolvidos. Bangladesh ainda é um dos locais onde há um número considerável de fábricas têxteis, mas igual ao número de fábricas, é o número de violações feitas pelos donos dessas empresas.

Em 24 de abril de 2013, um prédio chamado Rana Plaza de três andares desabou em Dhaka, capital de Bangladesh. Mais de 200 (duzentas) pessoas foram mortas e mais de 1.000 (um mil) ficaram feridas. No prédio funcionava uma fábrica de tecidos, e no momento do desabamento, estava lotado com mais de 3.000 (três mil pessoas).

A tragédia chama atenção, pois o corpo de bombeiros identificou que o prédio estava com a estrutura precária, sem condições de ser um adequado local de trabalho. Os trabalhadores que ali laboravam estavam submetidos a um local completamente desprovido de cuidado e sem fiscalização. Havia rachaduras por todo o prédio e mesmo após alerta desses empregados, o chefe do local ignorou as chamadas para manutenção. Após uma semana do aviso, o prédio desabou.

O repórter da BBC, Andrew North, correspondente do Sudeste da Ásia, diz que (2013) "é no norte da capital Dhaka que se concentra a maior parte das fábricas de roupas do país". No Rana Plaza, por exemplo, havia um fornecedor da empresa britânica muito conhecida, a Primark. A BBC ainda relatou que seis meses antes do desabamento, houve

um incêndio de outra indústria têxtil, em situações precárias de trabalho, da marca Walmart (2013).

Essas tragédias trazem à tona um lado obscuro, pouco conhecido pela sociedade: a exploração de trabalhadores em situação de trabalho análogo ao escravo. Muitos desses trabalhadores são submetidos à jornadas exaustivas de atividade laboral, abrigos de pouco saneamento e locais de trabalho completamente inadequados.

Infelizmente, países subdesenvolvidos estão sujeitos a esses acontecimentos pois não é feito um trabalho de fiscalização junto a órgãos internacionais. O “boom” das roupas baratas fez com que os administradores de empresas explorassem ainda mais os trabalhadores. Um integrante do sindicato de Bangladesh disse que “quando você compra algo e leva outro de graça – não é exatamente de graça” (BBC, 2013).

O governo de Bangladesh diz que quer melhorar as condições de trabalho, mas também ressalta a preocupação com as consequências para milhares de pessoas que dependem da indústria para sobreviver. Em posicionamento, o ministro do Comércio do país, Ghulam Mohammed, disse que “o maior direito humano é o direito a sobrevivência” (BBC, 2013).

Segundo relatório da empresa Textiles Intelligence, o mercado internacional de artigos de malha “está se transformando à medida que os importadores dos principais centros de consumo, como EUA e União Europeia, mudam suas fontes para produtores de baixo custo de países emergentes na Ásia, como Bangladesh, Índia, Indonésia, Paquistão e Vietnã” (2019). O controle, fiscalização e monitoramento desses lugares é necessário, ainda mais na Ásia, onde se concentra grande parte desse setor.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho em condições análogas a de escravo, infelizmente, ainda persegue muitos trabalhadores. Fatores como a classe social, a cor da pele, o gênero, a baixa escolaridade, influenciam fortemente esses trabalhadores a seguirem por caminhos que de fato desrespeitam seus direitos e os fazem se submeter a situações que ferem princípios constitucionais, convenções internacionais e leis de regulamentação interna de cada país.

Algumas empresas ainda mantêm trabalhadores em situações precárias pois o número de consumidores é gigantesco. Empresas como a Primark, Walmart, Animale etc., tem um vasto número de admiradores. Cabe a cada participante da sociedade averiguar a índole de cada empresa e fazer da compra de roupas um ato responsável para promover

a valoração de empresas que preservam a saúde de trabalhadores e mantêm famílias de forma digna.

A roupa para alguns é apenas uma forma de cobrir a nudez, para outros serve como forma de expressão e identificação pessoal. Por trás de todo esse conceito, há alguém que produziu, lavou e costurou essa roupa, houve a tramitação de continente a continente até as mãos do consumidor. A verificação é necessária. Por fim, como diziam alguns trabalhadores entrevistados pela equipe do documentário *The True Cost*: “Muitas dessas vestimentas são produzidas com o nosso suor, mas não deixem que elas também sejam lavadas com o nosso sangue” (2015).

5. REFERÊNCIAS

CAVALCANTE, Lygia Maria Godoy Batista. **A Dignidade da Pessoa Humana como Norma Principlológica de Aplicação no Direito do Trabalho. In: Direitos Humanos. Essência do Direito do Trabalho.** São Paulo: LTR, 2007.

BIGNAMI, Renato. Trabalho Escravo Contemporâneo: o Sweating System no Contexto Brasileiro como Expressão do Trabalho Escravo Urbano. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Coord.). **Trabalho Escravo Contemporâneo – O Desafio de Superar a Negação.** 2ª ed. São Paulo: LTR, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia.** 6ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção sobre Trabalho forçado ou obrigatório.** 1930. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235021/lang--pt/index.htm. Acesso em: 18 dez. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção sobre a Abolição do Trabalho Forçado.** 1957. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235195/lang--pt/index.htm. Acesso em: 18 dez. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal de Direitos Humanos.** 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 18 dez. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **OIT adota novo Protocolo para combater as formas modernas de trabalho forçado.** Disponível em:

<https://www.ilo.org/global/docs/WCMS_302844/lang--en/index.htm>. Acesso em: 18 dez. 2021.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Dodge pede prisão contra trabalho escravo e chama portaria de retrocesso**. Disponível em:

<<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/10/1931436-dodge-pede-prisao-contra-trabalho-escravo-e-chama-portaria-de-retrocesso.shtml>>. Acesso em: 18 dez. 2021.

BRASIL. **Termo de Ajuste de Conduta nº 21.2017**. MPT Digital. São Paulo, 2017.

Disponível em: <http://www.prt2.mpt.mp.br/servicos/termos-de-ajuste-de-conduta>. Acesso em: 02 dez. 2020.

ARANHA, A. **Bolivianos contam como eram as condições na oficina que fornecia à Zara**. 2015. Disponível em:

<https://reporterbrasil.org.br/2015/05/a_dona_ficava_com_nosso_salario/>. Acesso em: 18 dez. 2021.

REPÓRTER BRASIL. **Fast Fashion e os direitos do trabalhador**. São Paulo: Repórter Brasil, jul. 2016. Disponível em: http://reporterbrasil.org.br/wp-content/uploads/2016/08/Fast-fashion_VFfinal.pdf. Acesso em: 18 dez. 2021.

ROVER, Tadeu. **Por meio de portaria, Ministério do Trabalho muda definição de trabalho escravo**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-16/ministerio-trabalho-muda-definicao-trabalho-escravo>>. Acesso em: 18 dez. 2021.

TEXTÍLIA. **Países de baixo custo da Ásia lideram produção mundial de artigos de malhas**. Disponível em: <http://www.textilia.net/materias/ler/textil/mercado/paises-de-baixo-custo-da-asia-lideram-producao-mundial-de-artigos-de-malhas>. Acesso em: 18 dez. 2021.

BBC BRASIL. **Desabamento em Bangladesh revela lado obscuro da indústria de roupas**. Disponível em:

https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/04/130428_bangladesh_tragedia_lado_obscuro. Acesso em: 18 dez. 2021.

DOCUMENTÁRIO. **The True Cost, (2015)**. Youtube. Disponível em: <

<https://www.youtube.com/watch?v=nxhCpLzreCw>>. Acesso em 18 dez. 2021.

ESTEVIÃO, Ilca Maria. **Zara anuncia que todas as coleções serão 100% sustentáveis até 2025**. Disponível em: <https://www.metropoles.com/colunas-blogs/ilca-maria->

estevao/zara-anuncia-que-todas-as-colecoes-serao-100-sustentaveis-ate-2025. Acesso em: 18 dez. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 dez. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 dez. 2021.

BRASIL. **Portaria nº 1.129, de 13 de outubro de 2017**. Dispõe sobre os conceitos de trabalho forçado, jornada exaustiva e condições análogas à de escravo para fins de concessão de seguro-desemprego ao trabalhador que vier a ser resgatado em fiscalização do Ministério do Trabalho, nos termos do artigo 2-C da Lei n 7998, de 11 de janeiro de 1990; bem como altera dispositivos da PIMTPS/MMIRDH Nº 4, de 11 de maio de 2016. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19356195/do1-2017-10-16-portaria-n-1-129-de-13-de-outubro-de-2017-19356171>. Acesso em: 18 dez. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **INQUÉRITO 3.412 ALAGOAS. Distrito Federal, 29, de março de 2012**. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3076256>>. Acesso em: 18 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.988, de 11 de janeiro de 1990**. Regula o Programa do Seguro-Desemprego, o Abono Salarial, institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7998.htm>. Acesso em: 18 dez. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Constituição OIT e Declaração de Filadélfia**. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/centro-de-informacoes/documentos/WCMS_336957/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 18 dez. 2021.

CAIXETA, Carolina Correia. **Fashion law – Trabalho escravo no mundo da moda**. 2012. 53 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário do Cerrado Patrocínio, Patrocínio, 2017. Disponível em: <<https://www.unicerp.edu.br/ensino/cursos/direito/monografias/20172/FASHIONLAW.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2021.

BRASIL. **Declaração Sociolaboral do MERCOSUL de 2015 – I Reunião Negociadora – Brasília, 17 de julho de 2015.** Brasília, DF. Disponível em: <https://www.gov.br/mre/pt-br/canais_atendimento/imprensa/notas-a-imprensa/declaracao-sociolaboral-do-mercosul-de-2015-i-reuniao-negociadora-brasilia-17-de-julho-de-2015>. Acesso em: 18 dez. 2021.

A (IN)EFICÁCIA DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO NA REDUÇÃO DE HOMICÍDIOS

DIONIZIO CESAR DOS REIS CALDERARO FILHO:

bacharela em Direito pela Escola Superior Batista do Amazonas - ESBAM.

RESUMO: O tema mencionado, foi escolhido por fazer parte da habitualidade da população brasileira e de grande relevância no cenário jurídico nacional e internacional, entretanto, apesar de ter grande valor social e didático, não é amplamente debatido. De acordo com relatórios internacionais, o Brasil compõe um grupo de países com maior número de homicídios por armas de fogo, entre eles, países como Afeganistão e Síria que estão em guerra. O governo, com o propósito de mudar o cenário, sancionou o Estatuto do Desarmamento Lei 10.826/03, que regulamenta o registro, a posse, o porte e a comercialização de armas de fogo e munição no Brasil. Com a Lei em vigor, houve uma efetiva redução no número de circulação de armas de fogo e munição, porém, não coibiu a violência. Analisando o sistema, observamos que, a criminalidade denominada "Organizada", se torna mais eficaz que um plano de segurança pública, tornando a população brasileira, refém do crime.

Palavras-chave: Estatuto do Desarmamento. Lei 10.826/03. Armas de fogo.

ABSTRACT: The theme mentioned, it was chosen to be part of the habituation of the brazilian population, and of great relevance in the scenario of the national and international legal, however, in spite of having a high social value and educational, it is not widely debated. According to international reports, Brazil is composed of a group of countries with the highest number of homicides by firearms, among them, countries such as Afghanistan and Syria that are at war. The government, with the purpose of changing the scenario, sanctioned the Statute of Disarmament Law 10.826/03, which regulates the registration, possession, possession and sale of firearms and ammunition in Brazil. With the Law in force, there was a reduction in the number of circulating firearms and ammunition does not, however, curbed the violence. By analyzing the system, we observed that the crime called "Organized", becomes more effective that a plan of public safety, making the brazilian population, hostage of the crime.

Keywords: Disarmament Statute. Law 10.826/03. Firearms.

1 INTRODUÇÃO

Antes da proibição geral da Lei nº 10.826 / 03, todo bom cidadão que atendesse aos requisitos da lei podia ser portador e portador de arma de fogo, mas isso não indica que a taxa de homicídios nesse período foi elevada.

No entanto, os fatores que devem ser considerados são as condições políticas, sociais e educacionais da população.

No entanto, em 2003, a taxa de homicídios por 100.000 habitantes no Brasil era de 36.000, que passou para 43.000 em 2012, um aumento de 19,45%. O aumento em 2015 foi surpreendente: 56,792 milhões de pessoas foram mortas ao longo do ano, um aumento de 24%, evidenciando o fracasso no controle da violência armada na política.

A violência da população desarmada continua a aumentar, por isso é importante propor indicadores, avaliar a implementação e comparar quantitativamente as "teorias" do fracasso do Estatuto do Desarmamento.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS ARMAS DE FOGO

Desde o início da história humana, as armas existem na vida humana. Um exemplo disso são os "trogloditas", que afiam pedras e as amarram a galhos, usam-nas para matar animais durante a caça e até perfurar inimigos à distância. Com a evolução da humanidade, as armas brancas também evoluíram, então armas de metal, pedra antiga e madeira foram descobertas, dando lugar às armas de aço, criando espadas, lanças e machados.

No que diz respeito a como os seres humanos descobriram como fabricava as armas com o aço, no livro de Enoque diz que:

"Além disso, Azazyel ensinou os homens a fazerem espadas, facas, escudos, armaduras (ou peitorais), a fabricação de espelhos e a manufatura de braceletes e ornamentos, o uso de pinturas, o embelezamento das sobrancelhas, o uso de todo tipo selecionado de pedras valiosas, e toda sorte de corantes, para que o mundo fosse alterado. (Livro de Enoque, Cap. 8:1)

O Livro de Enoque é omitido como um livro na Bíblia, mas para fins de pesquisa, ele é descrito em vários textos bíblicos. Portanto, nas teorias da conspiração, as pessoas pensam que a sabedoria de fazer armas como aço e ferro não é apenas uma descoberta dos humanos, mas também transmitida aos humanos por criaturas superiores a nós.

De acordo com o autor TEIXEIRA, o surgimento das armas sempre existiu na face da terra, e com o passar dos tempos apenas foi se aprimorando, vejamos:

[...] desde seu surgimento na face da Terra até os dias atuais, o homem se utiliza de algum meio para efetuar sua autodefesa. Apenas o que mudou foram as armas ou os meios utilizados, que acompanharam o desenvolvimento de novas técnicas, a descoberta

de novos materiais e as novas tecnologias que surgiram ao longo da própria evolução humana. (TEIXEIRA, 2001)

Portanto, na história evolutiva das armas, no que diz respeito ao antigo Egito, as armas eram feitas de cobre, mas as primeiras armas manuais de ferro surgiram entre 1500 e 2000 a.C e foram usadas pelos militares. Assírio.

Mas nos séculos 15 e 16 d.C apareceu a maior descoberta da humanidade, a pólvora, que foi descoberta pelos chineses, e os árabes usaram a pólvora durante a guerra, que também é usada pelo exército. A primeira artilharia de guerra e artilharia apareceu no século XIX. Com o desenvolvimento da sociedade, os tipos de armas também evoluíram.

A descoberta da pólvora é um marco importante no desenvolvimento de armas de fogo. Depois de amplamente utilizada, precisa ser aprimorada. Além disso, o uso da pólvora também está evoluindo, criando armas de cano longo chamadas garruchas ou bacamartes, que transportam canhões longos através do Focinho. Disparam balas enormes ou bolas de ferro. Embora o cano seja muito longo, esta arma não tem um alcance efetivo, não está longe e não tem uma direção correta.

A pólvora sem dúvida se tornou o maior trunfo na arte da guerra e evolui de maneira diferente e se aprimora a cada dez anos, mas já há coisas boas que foram aprimoradas mais. Os Estados Unidos são um grande criador da fabricação de armas. Este país é conhecido por adorar essas ferramentas mortais e por ter uma legislação flexível sobre a posse e posse de armas. Mas porque não? Um dos maiores fabricantes de armas de todos os tempos foi um cidadão americano.

Samuel Colt, nasceu em 19 de julho de 1814, e faleceu em 10 de janeiro de 1862 aos 47 anos, foi um armeiro, inventor e industrial, homem de negócios e caçador de Hartford, Connecticut, nos Estados Unidos. Ele fundou a Colt's Patent Fire-Arms Manufacturing Company (agora Colt's Manufacturing Company), e tornou a produção em massa do revólver comercialmente viável. (WIKIPÉDIA)

Samuel Colt (Samuel Colt) é um cidadão dos EUA e oficial da Marinha dos EUA. Ele criou e desenvolveu um revólver chamado Colt. Esse revólver pode conter cinco ou até seis cartuchos de munição por vez. Naquela época, esse revólver foi um marco na evolução das armas, e como exemplo do desenvolvimento de revólveres até hoje, a indústria de armas imitou os revólveres Colt para fazer sua artilharia.

Samuel Colt, como o antecessor do revólver, também tem dois grandes nomes que se destacam, são eles Horace Smith e Daniel B. Wesson, eles são os fundadores da marca americana de armas e munições e fabricante S&W (Smith & Wesson). Eles são os criadores

dos projéteis descartáveis de carga frontal, originalmente feitos de papelão e em breve serão feitos de metal.

De acordo com VIEIRA, no que diz respeito ao estojo descartáveis, vejamos:

“O estojo de antecarga é utilizado para conter num mesmo objeto, a pólvora, a espoleta e o projétil, facilitando e tornando mais rápidas as recargas, permitindo assim uma enorme evolução das armas de fogo, já que desta forma poderiam ser carregadas pela culatra, permitindo uma cadência maior de tiros em menor tempo” (VIEIRA, 2012, pg. 14)

Portanto, o controle das armas está em constante aperfeiçoamento, tornando-se mais leves, simples, ágeis e potentes, pois seus canos suportam mais tiros e maior alcance., A velocidade de suas listras e ranhuras aumenta, tornando as armas mais direcionadas.

De acordo com TEIXEIRA explica que:

[...] com o invento do cartucho metálico (para conter a carga de pólvora e a espoleta, e para fazer a vedação da câmara de disparo, minimizando o escape de gases) foram diversificando-se os modelos, com diferentes sistemas de funcionamento, que continuaram evoluindo até a chegada das armas de fogo curtas, de alta tecnologia, como os revólveres e as pistolas fabricadas com ligas de polímero e/ou alumínio. (TEIXEIRA, 2001)

Portanto, o aperfeiçoamento das armas de fogo passou por várias mudanças importantes, desde pedras, galhos e madeiras afiadas, às lanças de aço e espadas de bombas, e armas pesadas de chumbo, às armas de fogo atuais. Este é um exemplo do que os humanos podem criar e inventar.

No Brasil, quando Dom João IV tocou no solo do Brasil, a arma chegou. Em 1810, surge a Fábrica de Pólvora Real no lago Rodrigo de Freitas, mas a Casa das Armas foi criada em 1765 na fortaleza da Conceição. Logo após a independência do país, as cidades da Bahia, Recife, Pará e Mato Grosso estavam todas equipadas com armas de guerra por serem estrategicamente importantes. (Silva, 1997)

Falamos sobre a evolução histórica das armas, sendo ela branca ou de fogo, mas o que seria uma arma? No próximo tópico abordaremos sobre as armas e seus conceitos.

2.1 Conceito de arma de fogo

Portanto, uma arma é uma ferramenta usada pelo homem, pode ser natural, em que projéteis são disparados de um cano ou pólvora ou outros explosivos. (Silva, 2004)

Explica também FRAGOSO (1971, p. 76), “É uma ferramenta que pode ser utilizada a qualquer momento ou pode ser colocada em condições de ataque ou defesa”.

Segundo SILVA (2004), a respeito de outro conceito de arma, ele apontou que “a agressividade é natural de uma arma, ou seja, por seus propósitos de fabricação e construção, ela mesma é considerada ofensiva”.

Portanto, para Silva, o conceito de arma é relativo, pois não é apenas uma arma que pode ferir as pessoas, as armas podem ser coisas naturais, como adagas, facas, garfos e pedras, então tudo pode ser mortal. A mão de uma pessoa que pretende machucar outra pessoa ou coisa.

O artigo 3º do Decreto Federal de nº 3.665/2000 trouxe de forma sucinta o conceito dos tipos de armas, onde foi chamada de R -105 vejamos:

Art. 3º Para os efeitos deste Regulamento e sua adequada aplicação, são adotadas as seguintes definições: XXXVII -carabina: arma de fogo portátil semelhante a um fuzil, de dimensões reduzidas, de cano longo -embora relativamente menor que o do fuzil -com alma raiada; XLIX -espingarda: arma de fogo portátil, de cano longo com alma lisa, isto é, não raiada; LIII -fuzil: arma de fogo portátil, de cano longo e cuja alma do cano é raiada; LXI -metralhadora: arma de fogo portátil, que realiza tiro automático; LXIII -mosquetão: fuzil pequeno, de emprego militar, maior que uma carabina, de repetição por ação de ferrolho montado no mecanismo da culatra, acionado pelo atirador por meio da sua alavanca de manejo; LXVII -pistola: arma de fogo de porte, geralmente semiautomática, cuja única câmara faz parte do corpo do cano e cujo carregador, quando em posição fixa, mantém os cartuchos em fila e os apresenta sequencialmente para o carregamento inicial e após cada disparo; há pistolas de repetição que não dispõem de carregador e cujo carregamento é feito manualmente, tiro a tiro, pelo atirador. LXVIII - pistola-metralhadora: metralhadora de mão, de dimensões reduzidas, que pode ser utilizada com apenas uma das mãos, tal como uma pistola; LXXIV -revólver: arma de fogo de porte, de repetição, dotada de um cilindro giratório posicionado atrás do cano, que serve de carregador, o qual contém perfurações paralelas e

equidistantes do seu eixo e que recebem a munição, servindo de câmara; (...) (JUSBASIL, 2000)

Existem dois tipos de uso de armas, uso permitido e uso restrito. Uso permitido refere-se a armas que podem ser usadas por pessoas físicas, ou seja, cidadãos comuns e pessoas jurídicas, de acordo com as especificações do licenciamento, enquanto uso restrito refere-se a armas que podem ser utilizados somente pelas Forças Armadas ou órgãos de segurança e atender às Pessoas Jurídicas e aos Regulamentos da Polícia Federal que sejam utilizados sob autorização do Exército Brasileiro.

3 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO

De acordo com o Sistema Nacional de Armas SINARM, o Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826 / 2003) é uma lei existente que envolve o registro, a venda, a posse e o porte de armas de fogo e munições. Como muitos acreditam, o processo de desarmamento do Brasil não começou com o Estatuto do Desarmamento de 2003, que é a Lei nº 10.826 / 03, que foi promulgada pelo Presidente Luis Inácio em 22 de dezembro de 2003. O Brasil tem uma história de desarmamento muito mais longa, começando em 1530, quando o Brasil era uma colônia portuguesa, e para a família real portuguesa, o país era uma fonte lucrativa de minerais e recursos naturais.

As restrições de armas são acompanhadas por regulamentos das Filipinas, que são um conjunto de leis que se aplicam a todas as colônias portuguesas. A lei prevê três tipos de punições: a prisão de quem fabrica armas no Brasil, o pagamento de uma quantia em dinheiro ou a pena de morte.

Conforme Silva (1997, p. 20), a fabricação de armas de fogo no Brasil existe desde os tempos coloniais:

[...] a fabricação de armas no nosso país iniciou se após a chegada de Dom João IV. Em 1810 entrou em funcionamento a Real Fábrica de Pólvora, instalada às margens da lagoa Rodrigo de Freitas; no mesmo ano, a antiga Casa das Armas, criada em 1765, na fortaleza da Conceição, foi transformada em fábrica de armas, com a assistência de armeiros andados vir da Alemanha. Após a independência do Brasil, instalaram se arsenais de guerra na Bahia, Recife, Pará e Mato Grosso, tendo em vista as razões estratégicas militares.

Com a independência do Brasil de Portugal, o decreto filipino foi revogado. Entre 1831 e 1840, o então Chefe do Executivo do Brasil, Diogo Antônio Feijó, criou a Guarda Nacional como guarda exclusiva da família real, tornando ilegais as milícias e destruindo-as para não prejudicar o monarca brasileiro. Isso é diferente dos Estados Unidos: em sua

constituição, permite a todos os cidadãos se armarem e formarem milícias para defender seu país de ameaças externas e internas.

Junto com Getúlio Vargas, foi aprovado o Decreto nº 24.602 / 34, encerrando com o artigo 1º: “Art. 1º É vedada a instalação de fábricas civis no país para a fabricação de armas de guerra e munições”.

De acordo com Batista (2009, p. 01):

Como não poderia ser diferente, armas e guerras são interdependentes. Assim, a primeira fábrica de pólvora apareceu no período colonial, quando a corte portuguesa mudou-se para o Rio de Janeiro durante as guerras napoleônicas. [...] com o advento da I Guerra Mundial concentrou-se para esse fim o suprimento de armas e munições cessando as importações brasileiras de armas vindas da Europa e dos Estados Unidos. Esse fato revelou indispensável à criação de uma indústria nacional de armas.

O presidente brasileiro Fernando Henrique Cardoso aprovou a Lei nº 9.437 / 97 em 1997 para registrar as armas existentes no país. Por fim, foi formulado o “Estatuto do Desarmamento”, que desarmou completamente o povo.

4 A FLEXIBILIZAÇÃO DA POSSE DE ARMA

Antes do Estatuto do Desarmamento, a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) faziam um levantamento das mortes por armas de fogo de 1979 a 2003 e sistematizou os dados nacionais e internacionais da taxa de mortalidade do SIM implantada pelo Ministério da Saúde em 1979. As informações O subsistema recebe informações e enfatiza a importância do desarmamento da população, para reduzir a violência e a criminalidade.

Na primeira tabela, veremos o número total de mortes por arma de fogo causadas por acidentes, homicídios e suicídios em comparação com a população total do Brasil, que pode ter aumentado 461,8% em 24 anos. No entanto, a população do Brasil era de 119.341.444 em 1979 e 183.627.338 em 2003. Ou seja, o aumento da taxa de criminalidade também se baseia no aumento da população.

FIGURA 1

ANO	ACIDENTES	HOMICÍDIOS	SUICÍDIOS	TOTAL
1979	351	5.851	790	6.993
1980	470	7.436	804	8.710
1981	547	7.880	893	9.320
1982	568	7.678	799	9.045
1983	789	8.941	1.100	10.830
1984	702	10.832	1.044	12.578
1985	799	11.603	1.085	13.488
1986	970	12.757	1.142	14.869
1987	882	13.970	1.240	16.092
1988	826	15.134	1.166	17.126
1989	828	18.449	1.163	20.440
1990	744	18.752	1.118	20.614
1991	1.370	18.934	1.246	21.550
1992	1.083	18.636	1.368	21.086
1993	557	20.758	1.427	22.742
1994	417	22.338	1.562	24.318
1995	586	24.471	1.706	26.763
1996	288	24.544	1.648	26.481
1997	264	25.860	1.628	27.753
1998	408	28.224	1.549	30.181
1999	954	28.891	1.353	31.198
2000	394	41.453	1.692	43.539
2001	355	35.249	1.486	37.090
2002	336	36.157	1.445	37.938
2003	295	37.606	1.383	39.284
Total	15.784	502.406	31.838	550.028
Δ 79/03	- 16,1%	542,7 %	75,0 %	461,8 %

Fonte: MS/SVS/DASIS Sistema de Informações sobre Mortalidade SIM

Pode-se estimar que a taxa de crescimento em 24 anos foi de 461,8%. No entanto, a população do Brasil era de 119.341.444 em 1979 e 183.627.338 em 2003. Ou seja, o aumento da taxa de criminalidade também se baseia no aumento da população. De 1993 a 2003, antes do Estatuto, foram realizadas investigações sobre guerras ou conflitos armados em todo o mundo, o que levou o Brasil a ocupar o primeiro lugar com 325.551 mortes por armas de fogo.

Sem dúvida, o Brasil, país pacífico, era o mais violento em todos os cenários internacionais comparados.

No Brasil as ideias das campanhas de desarmamento tiveram seu grande marco no ano de 1997. Pois neste ano foi promulgada a Lei nº 9.437/97, a qual versava sobre o Sistema Nacional de Armas. Sobre essa questão, nota se que Oliveira e Gomes (2002, p. 20), foram bem sucintos:

Respeitando a preocupação geral com o controle sobre a aquisição, posse e porte de armas de fogo e buscando fortalecer nossa legislação sobre a regulamentação da matéria, o legislador resolveu atender a recomendação da ONU e assim editou a Lei 9.437/97.

Rebello (2014, p.01) diz de forma crítica que:

A ideia do desarmamento foi introduzida oficialmente no Brasil em 1997, quando foi promulgada a primeira lei efetivamente restritiva ao porte de arma pelo cidadão (Lei nº 9.347/97), através da qual foi também criado o SINARM Sistema Nacional de Armas, destinado ao rigoroso controle de sua circulação legal. Poucos anos depois, no final de 2003, a legislação se tornou ainda mais proibitiva, com o —estatuto do desarmamento, que teve como grande objetivo, justamente, reduzir a quantidade de homicídios no país. Tratava-se da colocação em prática de uma ideologia desarmamentista há muito tempo elaborada pela ONU, ainda que nenhum exemplo comprovadamente positivo.

Batista (2009, p. 01) evidencia que a supracitada lei veio para aplicar penas mais severas e criminalizar condutas:

Até 1997 vigorou no Brasil o Decreto Lei 3.688/41, que tipificava o delito do porte ilegal de armas de fogo como contravenção penal. Porém, a pequena importância que se dava ao uso de armas de fogo e a aplicação de penas insignificantes diante da conduta geradora de grande intranquilidade social surgiam tomadas de medidas condizentes com a gravidade que representava. Em fevereiro de 1997 entrou em vigor a Lei 9.437 criminalizando condutas e lhes aplicando penas mais severas.

Batista (2009, p. 01), diz que no mesmo ano, surgiram os primeiros movimentos pró-desarmamentos, porém também cita que existiu uma justa relação entre o fácil acesso às armas de fogo e o aumento dos índices de homicídios:

Em junho de 2003, foi organizada uma Marcha Silenciosa, com sapatos de vítimas de armas de fogo, em frente ao Congresso Nacional. Este fato chamou bastante atenção da mídia e da opinião pública. Os legisladores tomaram para si o tema e criaram uma comissão mista, com deputados federais e senadores para formular uma nova lei. Esta comissão analisou todos os projetos que falavam sobre o tema nas duas casas e reescreveram uma lei conjunta: o Estatuto do Desarmamento.

O Mapa da Violência, edição de 2017, registrou dados de 2005 a 2015. Em comparação com os dez anos entre 1993 e 2003, quando o país estava armado, o número de mortes por armas de fogo aumentou em 87.783 pessoas. O número de homicídios em Sergipe aumentou 77,7% nos últimos cinco anos, 75,5% no Rio Grande do Norte, 54,0% no Piauí e 52,8% no Maranhão, o que é muito preocupante e deve atrair a atenção de todos.

Ironizando a questão de quanto mais armas mais morte, Flávio Quintela e Bene Barbosa (2015, p. 77), citam:

[...] segundo a edição de 2010 dos Indicadores de Desenvolvimento Sustentável no Brasil, elaborado pelo IBGE, embora o Nordeste seja a região brasileira com o menor número de armas legais, é a que apresenta a maior taxa de homicídios (29,6 por 100 mil habitantes). Em compensação, a Região Sul, que conta com a maior quantidade de armas legais do Brasil, apresenta a menor taxa de homicídios (21,4 por 100 mil habitantes).

Percebe-se que a redução do índice de crimes com armas de fogo não alcançou o efeito esperado, porém, “bons” cidadãos são condenados por quererem defender seu patrimônio. Vejamos um caso específico em que a reclamação é feita por uma pessoa que deseja uma propriedade. Vejamos um caso específico em que a reclamação é feita por uma pessoa que deseja invadir um bem:

Depois de ser denunciado, um homem de 64 anos foi preso suspeito de posse ilegal de arma de fogo, na zona rural de Uberlândia, nesta quarta-feira (23). A denúncia partiu de um líder do Movimento Sem Teto que passava pela chácara deste suspeito, que fica próximo ao km 169 da rodovia BR 4 52. (...) A Polícia Militar (PM) esteve no local e verificou que o suspeito possui um revólver calibre 22. (...) O suspeito foi preso em flagrante.

Correio de Uberlândia, 24 de abril de 2014.

Vejamos outro caso de descaso:

Policiais militares apreenderam duas espingardas que estavam em um sítio na localidade de Vista Alegre, em Itabira. De acordo com a Polícia Militar, a guarnição composta pelos Soldados Bastos e Leonardo, durante o patrulhamento de rotina, foi até um sítio no referido endereço; em conversa com um sitiante, ao ser questionado, o mesmo afirmou para os policiais que possuía duas espingardas registradas. Os militares solicitaram os documentos para conferência e constataram que os registros estavam vencidos. Diante do fato, uma espingarda calibre 20, duas munições intactas do mesmo calibre e outra espingarda calibre 28 foram apreendidas. O sitiante de 54 anos acabou preso por posse ilegal de arma de fogo e teve que ser conduzido para a delegacia de Polícia Civil juntamente com as armas apreendidas.

Itabira Net, 29 de abril de 2014.

Com o cerco e a prisão do senhorio como criminosos, os valores sociais foram revertidos, conforme estipula o artigo 16 do Estatuto do Desarmamento. Porém, quando são atacados e sua propriedade é interferida por integrantes do MST ou pessoal similar, a necessidade de ferramentas defensivas é imprescindível e depende inteiramente do Estado para a defesa.

Recentemente, o jornal G1 colaborou com a Universidade de São Paulo para criar uma ferramenta chamada Monitor de Violência para monitorar vítimas de crimes violentos mensalmente. O chamado monitor violento mostra crimes como homicídio, roubo e lesão corporal e depois a morte. De acordo com os dados, podemos medir a situação da criminalidade no país.

O Atlas da Violência 2017 apontou que Norte e Nordeste estão entre as regiões mais violentas. Entre 2005 e 2015, um ano depois, a incidência continuou a ser grande em um país teoricamente desarmado.

No Norte do país, o Estado do Acre apresenta o maior índice de violência, chegando a 63,9% em um ano. O Nordeste, Rio Grande do Norte, era uma das dez regiões mais violentas do país de 2005 a 2015, aumentou 64 hoje. O infográfico de mortes violentas de julho de 2018 tem o objetivo de fornecer um verdadeiro diagnóstico do governo do estado e de suas políticas públicas de enfrentamento à violência, levando em consideração estimativas populacionais, socioeducativas e políticas do IBGE.

De acordo com a LAI, a Lei de Aquisição de Informações, os dados são necessários para melhorar a transparência das informações. É chocante que o índice de criminalidade nas áreas violentas do país continue aumentando, com quase 3.000 mortes somente em julho e quase 30.000 mortes devido ao uso de armas de fogo em sete meses. Obviamente, diante da cena do crime que o Brasil vive, a segurança pública tornou-se ineficaz e os comentários de especialistas comprovam a permanência desta política de segurança:

[...]continuidade de políticas malsucedidas só tem duas explicações: é um governo in competente que não consegue enxergar o que está fazendo de errado, ou pior, é um governo que não se importa com as vidas de seus cidadãos, e por isso não se esforça para protegê-las. Bene Barbosa (2015, p.79)

Ou seja, a lei não atingiu os criminosos, somente as pessoas que respeitam a lei, concluindo que, toda política desarmamentista tem por objetivo deixar seus cidadãos reféns do Estado e criminosos.

Infelizmente, nossas leis não são suficientes para controlar, conter ou eliminar a violência, nos privar do direito de possuir e carregar as ferramentas que nos protegem contra o crime, nos forçam a viver com medo, dor e ansiedade, resistir ao crime, dor e se preocupar todos os dias.

O Estado, deve garantir que todo cidadão que atenda aos requisitos legais, caso queira, prudentemente, possua e porte uma arma de fogo, para sua segurança, e de outrem, ademais, o Estado não é onipresente.

Finalizo com o pensamento de Joseph Story, jurista americano, viveu nos séculos XVIII e XIX, membro da Suprema Corte Americana, que nos diz:

O direito dos cidadãos de possuir e carregar armas foi justamente considerado como a salvaguarda das liberdades de uma República, uma vez que oferece uma forte resistência moral contra a usurpação e os poderes arbitrários dos governantes; e geralmente, mesmo se estes conseguirem sucesso numa primeira instância, permitirá que o povo resista e triunfe sobre eles.

Para enfrentarmos aqueles que nos querem tirar os bens, a dignidade, a liberdade e a vida, o poder libertador e equalizador de uma arma de fogo é algo imprescindível. Ainda que nunca façamos uso desse poder, o mero fato de os termos à disposição é suficiente para regular o apetite dos maus. É por saber disso que eles tentam nos privar desse direito tão fundamental.

Legitimado por Viktor Emil Frankl, médico psiquiatra austríaco, sobrevivente da primeira guerra mundial e salvador de muito judeus na segunda guerra, fundador da escola de logoterapia, que diz:

CONCLUSÃO

Dada a importância do tema no contexto atual, é necessário escrever um artigo científico que analise o movimento do desarmamento que usa métodos históricos para tratar de pesquisas, que mostram se a violência aumentou ou diminuiu ao longo dos anos à medida que as leis de desarmamento são promulgadas. Um grande número de homicídios foi demonstrado desde o início, e até hoje, o número, a porcentagem e o índice de violência causada por armas de fogo foram mostrados por meio de métodos estatísticos.

Vislumbra-se o aumento continuado de crimes com uso de armas de fogo, sem dúvidas, uma realidade contrária e ineficaz que o Estatuto do Desarmamento previa.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Lei nº 10.826/2003 – **Estatuto do desarmamento**. In: Vade Mecum. 25. ed. Saraiva, 2018.25.

BRASIL, Decreto nº 3.665/2000 -Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados (R-105). In: Vade Mecum. 25. ed. Saraiva, 2018.<http://especiais.g1.globo.com/monitor-da-violencia/2018/mortes-violentas-no-brasil/#!/dados-anuais>

BATISTA, Liduina Araújo. **O Uso de armas de fogo no brasil, a violência e o estatuto do desarmamento**. (2009). Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1372 . Acesso em 16/08/2021.

COSTA, de Eduardo C. B. Bittar, **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática da monografia para cursos de direito**, ed. Saraiva, 2001.

FACCIOLLI, Ângelo Fernando. Lei das Armas de Fogo. 5 ed. Curitiba: Juruá, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da língua portuguesa**. 8. ed. Curitiba: Positivo,2010.

http://www.correiodeuberlandia.com.br/cidade-e-regiao/homem-de-64-anos-e-presopor-posse-ilegal-de-arma-na-zona-rural-deuberlandia/?fb_action_ids=313612978786062&fb_action_ty pes=og.recommends

<http://itabiragnet.com/noticia.php?id=7925>

Mapa da violência 2017: atlas da violência. (2017). Disponível em: <https://www.mapadaviolencia.org.br/>. Acesso em 17/08/2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 4ed. rev. atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2009

OLIVEIRA, William Terra de. GOMES, Luiz Flávio. **Lei das Armas de fogo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

REBELO, Fabrício. **Desarmamento brasileiro: Um fracasso incontestável**. (2014). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/28989/desarmamento-brasileiro-um-fracasso-incontestavel>. Acesso em 12/08/2021.

SILVA, José Geraldo da. **Porte de Arma no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,1997.

TEIXEIRA, João Luís Vieira. **Armas de Fogo: São elas as culpadas?**. São Paulo:LTr, 2001.

VIEIRA, ANDERSON POZZEBON. 2012. **INEFICÁCIA DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO NA REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE.** Disponível em: <https://www.defesa.org/dwp/wp-content/uploads/2014/05/A-INEFIC%C3%81CIA-DO-ESTATUTO-DO-DESARMAMENTO-NA-REDU%C3%87%C3%83O-DA-CRIMINALIDADE.pdf>. Acesso:12/08/2021.

WIKIPEDIA. **Pólvora.** Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org>> Acesso:13/08/2020.

WIKIPÉDIA. **História das Armas.** Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org>> Acesso:16/08/2021

LEI MARIANA FERRER: UMA CONSOLIDAÇÃO NECESSÁRIA DA DOCTRINA DE DIREITOS HUMANOS, PRINCIPALMENTE RELATIVAS ÀS GARANTIAS DA MULHER.

THAÍS MARIA AMORIM PINTO DE SOUSA:

graduação em Comunicação Social com habilitação em Relações Públicas pela Escola Superior de Relações Públicas (2006) e graduação em Bacharelado em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Cristã - FADIC (2011)⁸⁰.

RESUMO: O artigo tem por finalidade realizar uma compilação de informações relevantes no tocante à Lei nº 14.425/2021, datada de 22/11/2021, intitulada de Lei Mariana Ferrer. Esta tem por finalidade promover a proteção de vítimas e testemunhas no curso das ações, principalmente relativo à coibição da prática de atos atentatórios à dignidade daquelas, e estabelecer uma causa de aumento de pena do crime de coação no curso do processo. Transcorrerá a abordagem de um breve histórico sobre fatos de grande repercussão nacional que ensejaram a elaboração da citada legislação. Serão apontados os dispositivos legais que foram incluídos no ordenamento pátrio, quais sejam, Código Penal, Código de Processo Penal e a Lei dos juizados especiais civis e criminais. Além disso, por meio da explanação de algumas normativas internacionais, ficará claro que as inovações legislativas trouxeram importante adequação do sistema jurídico pátrio aos direitos internacionais humanos.

PALAVRAS-CHAVE: FERRER; DIREITO PENAL; DIREITO PROCESSUAL PENAL; LEI Nº 9.099/95; INOVAÇÃO; DIREITOS HUMANOS.

ABSTRACT: The purpose of the article is to compile relevant information regarding Law n. 14.425/2021, dated 11/22/2021, entitled Mariana Ferrer Law. The purpose of the latter is to promote the protection of victims and witnesses in the course of the actions, mainly related to the prohibition of the practice of acts that violate their dignity, and to establish a cause for increasing the penalty of the crime of coercion in the course of the process. A brief history of facts of great national repercussion that gave rise to the elaboration of the aforementioned legislation will take place. The legal provisions that were included in the national order will be pointed out, namely, the Penal Code, Code of Criminal Procedure and the Law of special civil and criminal courts. Furthermore, through the explanation of some

80 Com especialização em direito penal e processo penal, também pela FADIC (2014). Atualmente é escritvã da Polícia Civil do Estado de Pernambuco, anuída à Corregedoria Geral da SDS/PE, exercendo a função de membro de Comissão de Processo Administrativo Disciplinar. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público.

international regulations, it will be clear that the legislative innovations brought about an important adaptation of the Brazilian legal system to international human rights.

KEYWORDS: FERRER; CRIMINAL LAW; CRIMINAL PROCEDURAL LAW; LAW N. 9.099/95; INNOVATION; human rights.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. FATO MOTIVANTE PARA ELABORAÇÃO DA LEI; 3. INOVAÇÕES LEGISLATIVAS IMPLETADAS PELA “LEI MARIA FERRER”:3.1. De natureza material; 3.2. De natureza processual; 3.2.1. Código de Processo Penal; 3.2.2. Lei Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.9099, de 26/09/1995); 4. A LEI Nº 14.425/2021, UMA FORMA DE CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 14.425/2021, chamada “Lei Mariana Ferrer”, foi publicada no Diário Oficial da União, em 23/11/2021, e trouxe importantes alterações em alguns dispositivos de diversas legislações, tanto nos aspectos materiais quanto formal, em especial no Decreto-lei nº 2.848, de 07/12/1940 (Código Penal - CP), Decreto-lei nº 3.689, de 03/10/1941 (Código de Processo Penal - CPP), Lei nº 9.9099, de 26/09/1995 (Lei Juizados Especiais Cíveis e Criminais).

Verificou-se a necessidade de se regular algumas situações no que tange à proteção de vítimas e testemunhas no curso das ações, principalmente à coibição da prática de atos atentatórios à dignidade daquelas, e estabelecer uma causa de aumento de pena do crime de coação no curso do processo.

Tal necessidade se torna ainda mais latente após a divulgação do vídeo relativo à audiência de instrução do caso envolvendo Marina Ferrer (vítima) e um empresário (acusado) sobre, “em tese”, o crime de estupro de vulnerável, na qual houve a exploração excessiva e desnecessária da intimidade da denunciante pelo advogado de defesa, tendo esta logrado êxito no seu mister.

2.FATO MOTIVANTE PARA ELABORAÇÃO DA LEI

O fato que motivou a legislação em tela se deu em decorrência de situações que ocorreram durante a instrução de um processo criminal versando sobre fatos envolvendo a *influencer* digital, Mariana Ferrer, a qual supostamente teria sido estuprada por um empresário numa boate situada na cidade de Florianópolis/SC.

Em uma primeira versão, o empresário afirmava que jamais teve contato físico com Mariana, todavia após a perícia constatar a presença de fluidos *biológicos* (sêmen) depositados nas vestes dela, aquele afirmou desconhecer que Ferrer era incapaz de consentir o ato. Diante disto, o Órgão Ministerial de Santa Catarina denunciou o empresário

por estupro de vulnerável, pois Mariana, não tinha condições de ofertar seu consentimento para o ato (conjunção carnal).

Mariana desde o registro da ocorrência na unidade policial haveria enfrentado diversas dificuldades para fazê-lo e, em decorrência disso, rompeu-se o silêncio comum às vítimas de delitos contra a dignidade sexual, e se expôs as práticas do sistema judicial criminal pátrio, relatando suas dificuldades nas redes sociais, o que ocasionou uma grande exposição do aparelho estatal e popularização.

Porém, o caso ficou nacionalmente conhecido quando, apesar do arcabouço de provas nos autos, o acusado foi inocentado, pois o magistrado, em sua sentença, entendeu:

Da análise das imagens, é possível perceber que a ofendida durante todo o percurso mantém uma postura firme, marcha normal, com excelente resposta psicomotora, cabelos e roupas alinhadas e, inclusive, mesmo calçando salto alto, consegue utilizar o aparelho telefônico durante o percurso. Com base nas imagens percebe-se claramente que a ofendida possui controle motor, não apresenta distúrbio de marcha, característico de pessoas com a capacidade motora alterada pela ingestão de bebida alcoólica ou de substâncias químicas.

(...)

Diante disso, não há provas contundentes nos autos a corroborar a versão acusatória, a não ser a palavra da vítima, sendo que a dissonância entre os depoimentos colhidos na fase judicial conduzem à dúvida quanto à autoria dos fatos narrados na exordial acusatória, não podendo por isso, ser proferido decreto condenatório, devendo a dúvida ser dirimida em favor do acusado, com amparo no princípio *in dubio pro reo*.

(...)Assim, diante da ausência de elementos probatórios capazes de estabelecer o juízo de certeza, mormente no tocante à ausência de discernimento para a prática do ato ou da impossibilidade de oferecer resistência, indispensáveis para sustentar uma condenação, decido a favor do acusado (...), com fundamento no princípio do *in dubio pro reo*.⁸¹

Após a decisão supracitada, os fatos ganharam novamente notoriedade, quando foi divulgado, no sítio *The Intercept Brasil*, o vídeo da audiência de instrução e julgamento

⁸¹<https://cdn.revistaforum.com.br/wp-content/uploads/2020/11/mp-sc-0004733-33.2019.8.24.0023-1-1.pdf>

- protegidos pelo sigilo, em que o defensor ofendia e humilhava a vítima quanto a sua intimidade, moral, sua postura, principalmente, nas redes sociais, enquanto o promotor e juiz estavam inertes quanto à situação. Desta feita, ficou latente que, até aquele momento, as vítimas e testemunhas estavam desprotegidas no curso do processo e poderiam findar ainda mais abaladas e desassistidas psicologicamente.

Tão evidente é tal situação que a Defensoria Pública da União (DPU), por meio de nota pública, manifestou-se da seguinte forma a respeito do caso:

(...) o sistema de justiça, guardião das garantias constitucionais e da tutela dos direitos humanos, permita a adoção de uma estratégia de defesa centrada na prática de violência contra a mulher. É evidente que a audiência judicial não pode ser um palco de humilhação e ridicularização da vítima de violência sexual. (...)82

3. INOVAÇÕES LEGISLATIVAS IMPLETADAS PELA “LEI MARIA FERRER”

3.1. De natureza material

Por meio da legislação objeto do presente, foi incluído, no Código Penal, o parágrafo único no art. 344, senão vejamos:

Coação no curso do processo

Art. 344 - Usar de violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em júízo arbitral:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até a metade se o processo envolver crime contra a dignidade sexual. (Incluído pela Lei nº 14.245, de 2021)(grifo nosso)

82NOTA PÚBLICA DPU. <https://promocaodedireitoshumanos.dpu.def.br/nota-publica-caso-mariana-ferrer/>

O tipo previsto no caput tem como característica o dolo específico, que consiste na busca, a qualquer custo, de possível favorecimento de interesse próprio ou alheio, conduta esta que deve ser combatida no curso do processo⁸³.

Tal aperfeiçoamento, por meio do estabelecimento de uma majorante, com aplicação direcionada aos crimes contra a dignidade sexual, demonstra claramente a preocupação do legislador em coibir a prática de coações ou intimidações às partes que lhe causem potencial aflição, como forma de ampliar a proteção aos envolvidos.

3.2. De natureza processual

3.2.1. Código de Processo Penal.

Art. 400-A. Na audiência de instrução e julgamento, e, em especial, nas que apurem crimes contra a dignidade sexual, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão zelar pela integridade física e psicológica da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas: (Incluído pela Lei nº 14.245, de 2021)

I - a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos; (Incluído pela Lei nº 14.245, de 2021)

II - a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas. (Incluído pela Lei nº 14.245, de 2021)

(...)

Art. 474-A. Durante a instrução em plenário, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão respeitar a dignidade da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz presidente garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas: (Incluído pela Lei nº 14.245, de 2021)

⁸³NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**: estudo integrado com processo e execução penal : apresentação esquemática da matéria: jurisprudência atualizada – 14. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense, 2014.p. 1235/1236.

I - a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos; (Incluído pela Lei nº 14.245, de 2021)

II - a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas. (Incluído pela Lei nº 14.245, de 2021)

Com a implementação no Código de Processo Penal dos artigos 400-A e 474-A, regulamentam-se os tipos de responsabilizações que são passíveis de aplicação às partes e aos sujeitos processuais (civil, penal e administrativa), tanto nas **audiências** quanto nas **instruções**, quando deixarem de observar o zelo pela *integridade física e psicológica da vítima*, recaindo sob o magistrado o compromisso por garantir o devido cumprimento do comando.

3.2.2. Lei Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.9099, de 26/09/1995).

Assim como ocorreu no Código de Processo Penal, fez-se imperioso o ajuste no tocante ao modo de apuração dos delitos de menor potencial ofensivo, por isso a Lei nº 14.245/2021 incluiu o **§ 1º-A** ao ordenamento.

O supracitado dispositivo vem para agregar a possibilidade imposição de responsabilidade civil, penal e administrativa àqueles que, no transcorrer da audiência em sede de juizado, concorrer para macular a dignidade da vítima, por meio de manifestação alheia *aos fatos objeto* apurados nos autos ou alguns meios elencados que ofendam à dignidade da vítima ou testemunha. Também, fica a cargo do juiz a efetivação do dispositivo.

Art. 81. Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o Juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença.

§ 1º Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, podendo o Juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias.

§ 1º-A. Durante a audiência, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão respeitar a dignidade da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz garantir o cumprimento do

disposto neste artigo, vedadas: (Incluído pela Lei nº 14.245, de 2021)

I - a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos; (Incluído pela Lei nº 14.245, de 2021)

II - a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas. (Incluído pela Lei nº 14.245, de 2021)

§ 2º De todo o ocorrido na audiência será lavrado termo, assinado pelo Juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência e a sentença.

§ 3º A sentença, dispensado o relatório, mencionará os elementos de convicção do Juiz. (grifo nosso)

4.A LEI Nº 14.425/2021, UMA FORMA DE CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Em decorrência do Brasil ser signatário de diversos acordos, tratados e convenções internacionais de direitos humanos que preconizam o direito e o respeito à dignidade da pessoa, em especial das mulheres, nada mais sensato decorria do que regulamentar coibições à situações como os fatos que ensejaram a legislação em comento.

Tanto tal premissa se mostra verdadeira que diante da repercussão do caso Mariana Ferrer, como já mencionado anteriormente, o Grupo de Trabalho Mulheres da Defensoria Pública da União, emitiu uma Nota Pública, por meio do seu sítio, que enfatizou dentre outros:

(...) Em um país onde a cada 8 minutos uma mulher é violentada*, é essencial que as instituições assegurem a proteção efetiva da vítima nos crimes contra a dignidade sexual, conforme compromissos internacionais previstos na Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW e pela Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará, assim como na Constituição da República e na Lei Maria da Penha.⁸⁴

84DPU. **Nota Pública:** Caso Mariana Ferrer. Disponível em: <https://promocaodedireitoshumanos.dpu.def.br/nota-publica-caso-mariana-ferrer/> . Acesso em: 04 jan. 2021;

Manifestação esta salutar, vez que o Decreto nº 4.377, de 13/09/2002, promulgou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979. A Convenção é clara em enaltecer que o país deve procurar formas de combate à discriminação, inclusive em caráter prioritário.

Já a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994, foi promulgada por meio do Decreto nº 1.973, de 01/08/1996.

Outro importante instrumento internacional, que prega a proteção eficaz das vítimas e o seu direito a reparações em caso de lesões é a Resolução 40/34 da ONU (Declaração dos Princípios Fundamentais de Justiça Relativos às Vítimas), veja o art. 4º:

Art. 4. As vítimas devem ser tratadas com compaixão e respeito pela sua dignidade. Têm direito ao acesso às instâncias judiciárias e a uma rápida reparação do prejuízo por si sofrido, de acordo com o disposto na legislação nacional.⁸⁵

Com o avançar da doutrina dos direitos humanos, questão salutar se tornou a efetivação da adequação das normas internas do países aos tratados internacionais de direitos humanos aos quais são signatários. Neste contexto, timidamente se vem aclarando a necessidade de mais estudos e a implementação de técnicas para suas efetivações, diante da superveniência de norma interna que contraria o comando internacional.

Desta feita, a Lei n.º 14.425/2021 cumpre seu papel no fortalecimento da proteção aos direitos humanos e correção de possíveis desigualdades contra os hipossuficientes, com a inclusão no sistema jurídico brasileiro de dispositivos legais que expressam tal anseio.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inclusão de novas ordens no CP, CPP, na Lei nº 9.099/95 e na Lei nº 14.425/2021 promoveu importantes avanços no combate à vitimização e (re)vitimização, bem como proteção às partes do sistema jurídico pátrio, evitando que estas sofram novos constrangimentos, atribuindo ao juiz o dever de garantia do cumprimento.

Portanto a Lei n.º 14.425/2021 é um importante instrumento de consolidação normas internacionais, conforme demonstrado neste artigo, como forma de promoção de

⁸⁵Declaração dos Princípios Fundamentais de Justiça Relativos às Vítimas. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/ajus/prev29.htm>. Acesso em: 03 Jan. 2021

uma adequação do ordenamento jurídico pátrio aos comandos internacionais de direitos humanos, por meio de uma política de fortalecimento.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996.** Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em: 03 Jan. 2021;

BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002.** Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 03 Jan. 2021;

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848,** de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 18 dez. 2021;

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689,** de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 18 dez. 2021;

BRASIL. **Lei nº 9.099,** de 2 de setembro de 1995. Lei dos juizados especiais cíveis e criminais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 18 dez. 2021;

Declaração dos Princípios Fundamentais de Justiça Relativos às Vítimas. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/ajus/prev29.htm>. Acesso em: 03 Jan. 2021

DPU. **Nota Pública:** Caso Mariana Ferrer. Disponível em: <https://promocaodedireitoshumanos.dpu.def.br/nota-publica-caso-mariana-ferrer/>. Acesso em: 04jan. 2021;

Lei 14.245/21 (Lei Mariana Ferrer): Considerações iniciais. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/11/24/lei-14-24521-lei-mariana-ferrer-consideracoes-iniciais/>. Acesso em: 03 Jan. 2021;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado:** estudo integrado com processo e execução penal : apresentação esquemática da matéria: jurisprudência atualizada – 14. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense, 2014

SALANI, Fabiola. Veja a íntegra da sentença que inocentou empresário acusado de estuprar Mariana Ferrer. Disponível em: <https://revistaforum.com.br/noticias/veja-a-integra-da-sentenca-que-inocentou-empresario-acusado-de-estuprar-mariana-ferrer/>. Acesso em 18 dez. 2021;

SENTENÇA. Autos nº 0004733-33.2019.8.24.0023. Disponível em: <https://cdn.revistaforum.com.br/wp-content/uploads/2020/11/mp-sc-0004733-33.2019.8.24.0023-1-1.pdf>. . Acessado em 18/12/2021. Acesso em: 18 dez. 2021;

SOUZA, Thais Pinhata de, ROSA, Raquel. A Lei Mariana Ferrer no júri: expectativa popular e realidade jurídico-criminal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-26/pinhata-rosa-lei-mariana-ferrer-tribunal-juri#:~:text=O%20%22caso%20Mari%20Ferrer%22%20se,de%20La%20Musique%2C%20em%20Florian%C3%B3polis.&text=Algo%20noticiado%20erroneamente%20como%20%22estupro,grande%20confus%C3%A3o%20e%20revolta%20social>. Acesso em: 18 dez. 2021;

UNIÕES POLIAFETIVAS E SEU POSSÍVEL RECONHECIMENTO COMO ENTIDADE FAMILIAR NO BRASIL

BRWNNO GOMES DA SILVA: Graduando em Direito; União Educacional de Ensino Superior do Médio Tocantins Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins FCJP

DIOLINA RODRIGUES SANTIAGO SILVA⁸⁶

(orientadora)

RESUMO: Este artigo versa sobre as uniões poliafetivas e seu possível reconhecimento legal no Brasil como entidade familiar, teve como questão central se as relações poliafetivas pautadas na afetividade e no livre exercício da autonomia privada são entidades familiares que merecem reconhecimento jurídico e tutela estatal. O objetivo geral do trabalho é demonstrar que as uniões poliafetivas, com base na afetividade e no livre exercício da autonomia privada, devem ser juridicamente reconhecidas como entidade familiar, para que os envolvidos tenham seus direitos fundamentais resguardados. Utilizou-se o método dedutivo. O resultado da pesquisa demonstra que a lacuna legislativa quanto a problemática é suprida pelos princípios constitucionais fundamentais que também embasaram o reconhecimento das uniões homoafetiva o que sedimenta o reconhecimento das uniões poliafetivas. Assim, conclui-se, portanto, que por intermédio dos princípios constitucionais há possibilidade do reconhecimento das relações poliafetivas.

Palavras-chave: Poliafetividade; Constitucionalidade; Reconhecimento.

ABSTRACT: This article deals with polyaffection unions and their possible legal recognition in Brazil as a family entity, having as its central issue whether polyaffection relationships based on affection and the free exercise of private autonomy are family entities that deserve legal recognition and state tutelage. This research is justified in academia by the fact that society is in a constant process of mutation, and the need for the standard to adapt to this. The general objective of the work is to demonstrate that polyaffection unions, based on affection and the free exercise of private autonomy, must be legally recognized as a family entity, so that those involved have their fundamental rights protected. The deductive method was used, resulting in the knowledge of the legislative gap that is filled by the fundamental constitutional principles that coincidentally were the same based on the recognition of same-sex union, concluding, therefore, that through the constitutional

⁸⁶ Mestra em Direito. Professora da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail:diolina.santiago@unest.edu.br.

principles there are no assumptions that prevent the recognition of relationships polyaffective.

Keywords: Polyaffectiveness; Constitutionality; Recognition.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre as uniões poliafetivas e seu possível reconhecimento legal no Brasil como entidade familiar.

O questionamento precípua que se pretende responder no decorrer da pesquisa é se as relações poliafetivas pautadas na afetividade e no livre exercício da autonomia privada são entidades familiares que merecem reconhecimento jurídico e tutela estatal.

A pesquisa se justifica no meio acadêmico pelo fato de que a sociedade se encontra em um constante processo de mutação, em todos os aspectos, em especial às satisfações dos anseios emocionais e afetivos, para tanto é essencial que o arcabouço legislativo acompanhe tal evolução de modo que evite lacunas na legislação para fins de atender os jurisdicionados e manter a ordem.

A discussão de um projeto de lei advém da existência de um desejo que lhe contrapõe, tal desejo se faz abundante levando em consideração o grande número de "casais" buscando o matrimônio que ao menos por ora não foi reconhecido.

Tendo em vista que linhas teóricas giram em torno de que as morfologias familiares atuais não se encontram mais vinculadas ao casamento formal e solene de tempos remotos, no dizer de Dias (2010, p. 1): "As pessoas passaram a viver em uma sociedade mais tolerante e, por se sentirem mais livres, buscam a realização do sonho pessoal sem se sentirem premidas a ficar dentro de estruturas pré-estabelecidas e engessadoras."

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito, bem como da promulgação da Constituição Federal (CF/88), elencados no princípio da dignidade da pessoa humana, a estrutura familiar passou a conter maior tutela estatal, mormente, ampliando o conceito de família, por sua vez reconhecendo famílias diversas das tradicionais, deixando claro que não são caracterizadas somente na linhagem biológica, como também na afetiva. A respeito, Madaleno (2015 p. 36), comenta quanto os conceitos tradicionais de família:

A família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, institucional vista como unidade de produção cedeu lugar para uma família pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e de caráter instrumenta.

Como cedição, a família tradicional traz sua essência voltada na procriação, contudo, em dias atuais essa essência torna-se recessiva, assim entende Baptista (2014, p. 30): “A base da família deixou de ser procriação, a geração de filhos, para se concentrar na troca de afeto, de amor, é natural que mudanças ocorressem na composição dessas famílias.”

Com essa perspectiva de família moderna ergue uma estrutura familiar chamada poliafetiva, tendo como alicerce a afetividade, o amor e o respeito recíproco entre os integrantes, ou seja, esse vínculo conjugal múltiplo e simultâneo de três ou mais pessoas unindo-se em sentimentos mútuos.

Neste aspecto, Dias (2010, p. 1), assevera sobre a evolução do reconhecimento da entidade familiar: “[...] Ocorreu uma verdadeira democratização dos sentimentos, na qual o respeito mútuo e a liberdade individual foram preservados [...].”

Dessa forma, ao se referir às uniões poliafetivas imediatamente torna-se consubstanciado o processo de reconhecimento das uniões homoafetivas julgado procedente por unanimidade em 2011 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), embora seja uma natureza de família não pluralista, não foge do preconceito social, o qual foi superado pelos princípios constitucionais da autonomia privada e da dignidade humana.

Assim como as uniões homoafetivas tiveram seu reconhecimento, as uniões poliafetivas também tem seu merecimento, e sobrevindo tal reconhecimento as decisões agregarão volumosamente o direito em geral, mas principalmente o familiar, fazendo com que seja revista as regulamentações legais, as quais são voltadas apenas para os relacionamentos monogâmicos.

Embora que ainda não reconhecida a união poliafetiva, nada impede que os integrantes tenham seus relacionamentos informalmente, neste giro, vender os olhos para a aparição desses vínculos, não fará com que deixem de existir, por isso é evidente a tamanha importância deste respaldo aos envolvidos direto ou indiretamente.

O objetivo geral do trabalho é demonstrar que as uniões poliafetivas, com base na afetividade e no livre exercício da autonomia privada, devem ser juridicamente reconhecidas como entidade familiar, para que os envolvidos tenham seus direitos fundamentais resguardados.

Os objetivos específicos são: a) compreender com base na doutrina que o conceito de família evolui e se transmuta constantemente; b) averiguar se por meio dos princípios da dignidade humana, autonomia privada e pluralismo familiar, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheça da união estável poliafetiva com entidade familiar; c) analisar o posicionamento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) voltado às escrituras públicas de união civil poliafetivas.

Assim, o primeiro capítulo do presente trabalho será voltado para as estruturas e princípios familiares, o segundo capítulo cuidará do conceito poliafetivo, pluralismo familiar, da semelhança do julgado homoafetivo e os posicionamentos jurisdicionais sobre o reconhecimento da família paralela e seus fundamentos.

Para alcançar os objetivos propostos, a presente pesquisa utiliza-se a metodologia do trabalho jurídico que segundo Bittar (2015, p. 53) é “voltada às instruções práticas para a formatação e a compreensão da engrenagem de técnicas de organização do trabalho jurídico científico.” Quanto ao método utilizou-se o dedutivo que “corresponde a extração discursiva do conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas.” (BITTAR, 2015, p. 34), que “procedem do geral para o particular”, com a técnica exploratória bibliográfica.

O resultado apresentado vislumbra que a lacuna legislativa quanto a problemática é suprida pelos princípios constitucionais fundamentais que por coincidência foram os mesmos embasador no reconhecimento da união homoafetiva o que sedimenta o reconhecimento das uniões poliafetivas.

2 FAMÍLIA

A origem familiar, de modo direto, está atrelada à cronologia da civilização, visto que se ergueu como um fenômeno naturalista, efeito da carência dos integrantes da sociedade em constituir relações afetivas de maneira estável.

Nesta concepção é importante salientar que a família brasileira primitiva tem como alicerce na sistemática formulada tanto pelo direito romano quanto pelo direito canônico (WALD, 2004, p. 9).

A formação da família romana era constituída por um conjunto de pessoas e bens, os quais eram submissos a um líder, denominando assim o *pater familias*, portanto, a comunidade primitiva foi nomeada como família patriarcal onde os membros reuniam-se para cultos religiosos com o intuito políticos e econômicos.

Sobre o assunto, discorre Pereira (1991, p. 23):

Sob a *auctoritas* do *pater familias*, que, como anota Rui Barbosa, era o sacerdote, o senhor e o magistrado, estavam, portanto, os membros da primitiva família romana (esposa, filhos, escravos) sobre os quais o *pater* exercia os poderes espiritual e temporal, à época unificados. No exercício do poder temporal, o *pater* julgava os próprios membros da família, sobre os quais tinha poder de vida e de morte (*jus vitae et necis*), agindo, em tais ocasiões, como

verdadeiro magistrado. Como sacerdote, submetia o *pater* os membros da família à religião que elegia.

Gonçalves (2017, p.31), corrobora:

O *pater* exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e as mulheres casadas com *manus* com os seus descendentes. A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional.

Pelos princípios regimentais, o direito romano teve aptidão de estruturar a família, tendo em vista que até aquele momento a família era estruturada através dos costumes, sem regimento jurídico, dessa forma o alicerce da família evoluiu ao casamento já que só existira família se acontecesse o casamento (LEITE, 1991, p. 57).

A Igreja Católica, por meio do avanço do Cristianismo, passou a disciplinar o casamento reconhecendo-o como um sacramento (CAVALCANTI, 2004, p. 31), dessa forma, incumbiu ao Direito Canônico regular o casamento o qual é o meio exclusivo do advento da família.

Na época imperial só havia reconhecimento do casamento católico (*in facie Ecclesiae*), em face de que essa era a religião principal no país, sendo assim as partes aptas ao casamento somente seria aquelas que seguiam o catolicismo, primordialmente essa exigência não causou inconveniência em razão de que as pessoas, em sua maior parte, eram católicas. O cenário foi tomando rumo diverso com o desenvolvimento populacional consequente da imigração, o que ensejou o aumento da população não católica. Pessoas que acreditavam em outro entendimento religioso não atendia o requisito para contraírem o casamento, ficando assim impedidas (CAVALCANTI, 2004, p. 31).

Partindo dessa premissa, a igreja possuía domínio absoluto dos regimentos concernentes ao matrimônio, sendo ela única competente para estabelecer regras e condições, tal regimento parte o exposto do Concílio de Trento de 1523 e das Constituição do Arcebispo da Bahia (RIZZARDO, 1994, p. 29).

A partir de então o Estado passou a intervir diretamente fundando o casamento misto e que por meio dele seria possível unir pessoas ligadas a seitas contraditórias, à vista disso no período colônia e imperial brasileiro tinham três maneiras diferentes de casamento: o casamento misto, o casamento católico e o casamento entre pretendentes de seitas divergentes (PEREIRA, 1997, p. 40).

Com a aparição dos colonizadores, na época colônia, ficou comum às relações amorosas oriundo do convívio entre europeus e indígenas, o que ainda não se considerava

família tendo em vista que os europeus se fundavam nas normativas ditas pela igreja católica, por sua vez, tal conduta infringia os preceitos religiosos e morais (PEREIRA, 1997).

Em tempos de escravidão, os indígenas por sua resistência fizeram com que os portugueses trouxessem mão de obra africana, com isso, ao se instalarem em território brasileiro principiou uma forte miscigenação proveniente dos costumes, crença e comportamento, que aos olhos do catolicismo era condenável. Após do meio século XVIII com a promulgação da Lei do Marquês / o matrimônio entre pagãos e brancos foi concedido, graças a abolição da escravidão indígena (CHIAVENATO, 1999).

Portanto detecta-se que tanto o Direito Canônico através do regimento de caráter moral elaborado e compulsório pelo catolicismo, no tocante ao outro regimento definido pelos portugueses, mantiveram toda as famílias fiscalizadas e vigiadas (CHIAVENATO, 1999).

O desenvolvimento da família brasileira é decorrência da fusão de culturas e raças quando tentado uma manipulação acentuada e repressiva imposta pela igreja católica, essa apuração é importante para entendimento do avanço da família.

Pelo exposto, tem-se que a família brasileira antes da Constituição Federal de 1988 era protegida por direitos, ainda, conhecida como família patriarcal com destaque na figura paterna onde a mulher era submissa, matrimonialista e patrimonialista, induzida pelo Direito Romano e Canônico.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, as estruturas familiares foram reiteradas e não mais baseada aos núcleos idealizados sob o casamento, havendo uma revolução no direito de famílias onde passou a ser tutelada outras uniões, as quais não fossem ligadas tão somente ao casamento e sim à afetividade.

Com isso foi tutelada como famílias as monoparentais e as uniões estáveis, isto porque houve a concepção de que a realidade social não era mais as mesmas, estando em constante transformação, autorizando a aceitação de outros vínculos informais de famílias.

A afetividade tornou-se parâmetro para a estruturação das novas famílias, tendo em vista que não limitou as relações sendo monogâmicas, sobre a pauta afetiva Barros (2010, não paginado), leciona:

O direito ao afeto é a liberdade de afeiçoar-se um indivíduo a outro. O afeto ou afeição constitui, pois, um direito individual: uma liberdade, que o Estado deve assegurar a cada indivíduo, sem discriminações, senão as mínimas necessárias ao bem comum de todos.

Desse modo, interpreta-se que os motivos que levou a constituir a família desde os primórdios, nos quais os vínculos pautados no matrimônio religioso e na cobiça econômica, a ponto de alcançar à família contemporânea que superou todos os fatores por intermédio da afetividade, sentimento e o amor como meio de junção familiar.

2.1 CONCEITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

Pelo exposto, o conceito de família fugiu dos padrões e vem se reinventado gradualmente conforme a evolução social, as características da família contemporânea é fruto da modernização dos seus núcleos oriundo da proliferação, modernismos e desenvoltura dos avanços sociais.

Dessa forma com o pluralismo de pressupostos do novo conceito da instituição família vai além da fixação dos padrões uniformes, de imediato compreende-se a carência relevante a cada ciclo de vida visto que os núcleos familiares expressão sua identidade individual o que elevando o aspecto afetivo.

Diniz (2008, p. 9), discerne a família em sentido extensivo:

A ligação dos indivíduos consolidada através de laços consanguíneos ou do afeto. Já a acepção *lato sensu* do vocábulo refere-se aquela formada além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins (os parentes do outro cônjuge ou companheiro).

Em dias de hoje o núcleo familiar conceitua-se envolvendo a disseminação da personalidade de cada integrante e conseqüentemente aborda novo posicionamento pautado na afetividade, ética e solidariedade.

Tepedino (2004, p. 372), dispõe que:

As relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por muito complexas que se apresentem, nutrem-se todas elas, de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar: afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido a arte e a virtude do viver em comum. A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência de dar e receber amor.

Pela explanação exposta absorve-se que o novo conceito de família deve ser entendido como um agrupamento social fundados basicamente do vínculo afetivo.

Sob esse entendimento, Pereira (2002, p. 226-227), cita que “A partir do momento em que a família deixou de ser um núcleo econômico e de reprodução, para ser o espaço do afeto e do amor, surgiram novas e várias representações sociais para ela.”

Como sustentado, o afeto, agora é referência norteadora do núcleo familiar ademais esse sentimento é critério primordial que constitui laços entre os envolvidos.

2.2 TIPOS DE FAMÍLIA NO BRASIL E AS TRANSFORMAÇÕES OCORRIDAS COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 NO ÂMBITO FAMILIAR

No século XX a estruturação familiar era regida tão somente pelo casamento marcado pelo *pater familias* que no decorrer de seu enredo sofreu grandes mudanças ensejada pelos novos critérios impostos das relações pessoais (GONÇALVES, 2017).

O cenário ainda se encontra evolutivo, porém de forma lenta, mas visível com o surgimento do conceito contemporâneo e a nova metodologia de regulamentar uma união familiar, voltado a um processo de reconhecimento e adaptação social.

No Brasil, a família atravessou tais alterações e a cada novo momento é motivo para que novas estruturas se reinventem perante novos dados (GONÇALVES, 2017).

Desde os primórdios constata-se diversos meios onde as pessoas procuram vínculo familiar com intuito de construir suas ligações afetivas, cuidando disso a redação da Constituição Federal de 1998 no artigo 226 esclareceu os tipos de famílias, que tanto o casamento religioso quanto o cível, assim como as uniões estáveis e as monoparentais (BRASIL, [2021a]).

Sobre os tipos de família, segue os subtópicos.

2.2.1 Constitucional

Considerando as mudanças constantes do conceito social, acolheram os preceitos modernos ao passo que enfatizou a dignidade da pessoa humana na construção das estruturas familiares, expondo outros princípios orientadores que resultam em constituir essas uniões e dessa forma reconhecer o pluralismo familiar reconfigurando assim a base da família tendo em vista a afetividade.

Com a normativa do artigo 226 da constituição federal de 1988 muda a compreensão da família pelo que dispõe “a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição”, (GONÇALVES, 2012, p. 33) vindo a reconhecer três tipos de família: a monoparental, a união estável e a matrimonial.

Pereira (2012, p. 30-31), diz:

O Estado não pode mais controlar as formas de constituição das famílias, pois comporta várias espécies, como o casamento, as uniões estáveis e a comunidade dos pais e seus descendentes (art. 226 da CF). Essas e outras representações sociais da família exprimem a liberdade dos sujeitos de constituírem seu núcleo familiar da forma que melhor lhes convier, e deve sempre ser o espaço de sua liberdade.

A família matrimonial originária do casamento é presenciada desde os primórdios, sob tutela estatal como um meio de alicerçar uma união familiar e ainda à óptica do cristianismo sob a cerimônia religiosa.

O casamento é conceituado por dois aspectos doutrinários, primeiro há os que defendem como um contrato, pela exigência do consentimento e vontade mútua, lado outro, estão os que argumentam como instituição pela incumbência de direitos e deveres.

No dizer de Lisboa (2013, p. 69), "casamento é a união solene entre sujeitos de sexos diversos entre si, para a constituição de uma família e a satisfação dos seus interesses personalíssimos, bem como de sua eventual prole."

O pós-modernismo e a estrutura do casamento vêm se sustentando nas divergências doutrinárias, contudo em aspecto amplo o casamento é um contrato formal composto de deveres e direitos bilaterais, decorrência da vontade buscando a igualdade entre os cônjuges.

Marcado pela estrutura monogâmica e imposição religiosa a fidelidade tornou-se um quesito e dever outorgado aos cônjuges em mutualidade, ligada diretamente às relações sexuais, em momentos atuais o casamento está associado ao afeto e à autonomia privada (LISBOA, 2013).

O ordenamento jurídico brasileiro reconhece os casamentos religiosos, civil e religiosos com efeitos civis, por sua vez o casamento civil é aquele celebrado no Cartório de Registro Civil (CRC) na presença de um juiz e das testemunhas, ato oficializado pelo documento chamado de certidão de casamento.

De outro lado, tem-se o casamento religioso, este é sujeito à variação devido a crença e costumes, realizado perante chefe religioso nos termos de cada doutrina, por si só não são formalmente legalizados necessitando de um registro civil (LISBOA, 2013).

De acordo com o artigo 1.515 e 1.516 do Código Civil o casamento religioso com efeitos civis é sediado por chefe religioso e não sendo obrigatoriamente no cartório, no ato é disponibilizado aos nubentes o termo de casamento o que substitui a certidão,

contudo, é necessário o registro em cartório no prazo de até noventa dias (BRASIL, [2021b]).

O Código Civil Brasileiro trouxe a matéria regulamentada para formalizar o casamento, partindo das espécies, pressupostos de sua formalização e seus efeitos.

Corroborando Dias (2015, p.143), com o Código Civil ao dizer que o casamento é baseado em requisitos “direitos e deveres dos cônjuges e disciplinas diversos regimes de bens. Também regulamenta o seu fim, ou seja, as questões patrimoniais, que decorre da dissolução do vínculo conjugal”, o casamento tanto o seu conceito quanto sua caracterização evoluíram no direito de famílias, chega o caso do divórcio.

Nas constituições antecessoras à de 1988, o casamento detinha a ideologia indissolúvel, e ainda a fidelidade inerente da monogamia imposto pela religião repudiava a violação da obrigação matrimonial e se caso houvesse levaria ao divórcio previsto no artigo 1.567 do Código Civil (DIAS, 2015).

Com essa perspectiva, as mulheres deixaram de ser submissas por estares sendo mais independentes, gradualmente os princípios religiosos e os monogâmicos deixaram de ser elementos norteadores da instituição da família, tornando o afeto um pilar essencial da constituição familiar atualmente.

Embora em épocas pretéritas a união estável se faz presente, porém não reconhecida, a Constituição Federal de 1988 reconheceu tal estrutura afim de que fosse resguardados os direitos dos envolvidos.

Não é novidade que o afeto estabelece união, assim como os tipos de casamentos já mencionados desde o princípio das relações somente atualmente tem sido reconhecido juridicamente como pilar estrutural da família.

E por último a família monoparental a qual tem-se o afeto como pressuposto crucial para se estruturar, resultou do divórcio com a autonomia privada em gerar sua prole sem ligamento com o casamento.

Modelo familiar que parte da figura um chefe de família, o pai ou a mãe, e sua prole, o que se constata gradualmente presente quando declinado a independência da mulher e o patriarcalismo. Madaleno (2017, p. 5), entende que as “Famílias monoparentais são usualmente aquelas em que um progenitor convive e é exclusivamente responsável por seus filhos biológicos ou adotivos.”

Assim como a união estável a monoparentalidade desde a antiguidade teve existência e passou por mudanças, naquela época a formação dessa entidade familiar era

formada compulsoriamente pela morte de um dos cônjuges, hoje vista com outros olhos perante a autonomia privada e a afetividade.

A família monoparental, a matrimonial e a união estável são os três tipos de entidades familiares reconhecidas pela Constituição Federal de 1988 o que evidencia e explora as dimensões criadas pela afetividade quando o intuito é fundar uma família.

Denota-se que a cada época o conceito e definição de família foram tendo transformação conforme a realidade de cada capítulo, hoje o afeto é um composto crucial e norteador da instituição família.

2.2.2 Civil

Com o modernismo e o advento do afeto o que se faz estruturador da família e vínculos pessoais resultou em vários modelos de família no decorrer da metamorfose humana e o Direito de Família.

Esse surgimento dos modelos civis está atrelado com o direito de família sedimentado na autonomia privada e com a proteção da dignidade da pessoa humana, ao passo que o Estado procura tutelar direitos e aparo estatal aos envolvidos, a normatização do direito vigente é voltada tão somente aos modelos expressos na Constituição formalizados pelo vínculo conjugal, o momento social atual consente o reconhecimento das famílias parentais embasadas na ligação biológica ou socioafetiva (DIAS, 2015).

O princípio da dignidade da pessoa humana permitiu que o princípio do pluralismo familiar se instalasse, e as estruturas de famílias tal como as famílias poliafetivas e homoafetivas tem-se infiltrado e estalado gradativamente diante o judiciário.

Sobre o pluralismo Dias (2015, p. 133):

É necessário ter uma visão pluralista da família, que abrigue os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação.

Dias (2015), assevera que as entidades familiares vão além das elencadas na Constituição Federal e no Código Civil e traz outros tipos de família como a unipessoal, a mosaica, a anaparental, a paralela e homoafetiva.

Família unipessoal, definida por ser composta de apenas um indivíduo, reconhecer esse molde familiar visa em primeiro plano o resguardo do bem de família àqueles que estão desacompanhados (DIAS, 2015).

Família mosaica, estrutura familiar que também é denominada de reestabelecida, aquela integrada a começar de uma pluralidade das uniões parentais, fruto do divórcio e do novo matrimônio, no qual integrante de famílias diferentes se juntam dando origem a uma nova família (DIAS, 2015).

Família parental, também chamada de anaparental, base familiar estruturada sem a figura dos genitores, instituída apenas pelos irmãos, constata-se ainda relações entre pessoas que não são parentes, mas que convivem em um mesmo lar, exemplo disso são as amigas que residem juntas (DIAS, 2015).

Família paralelas, descrita por ser aquela que há vínculo entre duas uniões ao mesmo tempo, possuindo vario meios de configuração, ter um casamento e ter uma união estável fora dele simultaneamente, ou ainda, duas uniões estáveis (DIAS, 2015).

Família homoafetiva, núcleo de família onde é voltado à união de pessoas do mesmo sexo tem seus efeitos semelhantes ao da união estável, recentemente reconhecida no âmbito jurídico, é vista como tabu oriundo do preconceito social (DIAS, 2015).

Família poliafetivas, uniões estruturadas entre três ou mais integrantes, núcleo fundado na vontade e no consentimento das partes. Mesmo contrariando os princípios monogâmicos tem sido pauta do âmbito jurídico voltado ao seu reconhecimento.

A família contemporânea não está sedimentada apenas na estruturação de genitores e prole, o afeto atualmente é pressuposto volitivo, norteador e integrador para a preito familiar. Esse modelo familiar apesar de informal, já foi formalizada por contrato em lei, levado em consideração o manifesto do princípio constitucional da autonomia privada e da vontade entre os nubentes em formar família.

Sobre o afeto leciona Pereira (2016, p. 217-218):

O principal sustento de uma relação conjugal está no afeto. E foi assim que a família perdeu sua preponderância como instituição. Sua importância está em ser o núcleo formador e estruturador do sujeito. O afeto tornou-se um valor jurídico, e na esteira da evolução do pensamento jurídico ganhou status de princípio jurídico. Sem afeto, não se pode dizer que há família. Ou, se falta o afeto, a família é uma desordem ou uma desestrutura.

Pelo aludido, a validação dos núcleos de famílias contemporâneas ocorreu pela normativa afetiva validada pelo desejo dos nubentes, tal elemento é hoje considerado fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana centro da subsistência familiar.

2.3 CONTEXTUALIZAÇÃO DO PLURALISMO FAMILIAR

Com a promulgação da constituição federal de 1988 a família conseguiu ser reconhecida em novas estruturas, as quais na Constituição antecessora eram despercebidas, ou seja, apenas um modelo de família era protegido pelo estado.

Desde que o casamento deixou de ser norteador da família e o único modelo familiar reconhecido, outros modelos de famílias surgiram e buscam reconhecimento, aos olhos de Maria Berenice o pluralismo dos núcleos familiares foi instituído para confrontar o Estado e impor o reconhecimento das diferentes formas de estruturar a família (DIAS, 2015, p. 49).

O pluralismo familiar é equiparado às teses das estruturas de família, dando ao ser humano o poder da escolha facultativa desatrelando assim o matrimônio como único meio de formar a família.

Os novos arranjos de famílias são peculiares e por isso o processo de reconhecimento não está acontecendo da melhor maneira, tendo em vista que a quebra de paradigmas da sociedade não está sendo fácil e os direitos envolvidos são maiores.

Sobre o assunto Pereira (2012, p. 29-30), assinala que:

O Estado não pôde mais controlar as formas de constituição das famílias, pois comporta várias espécies, como o casamento, as uniões estáveis e a comunidade dos pais e seus descendentes (art. 226 da CF). Essas e outras representações sociais da família exprimem a liberdade dos sujeitos de constituírem seu núcleo familiar da forma que melhor lhes convier, e deve sempre ser o espaço de sua liberdade.

Sob a óptica do pluralismo familiar, Dias (2015, p. 133), ressalta que as novas estruturas são construídas pelo afeto, pela busca da felicidade e da diversidade, dando novo entendimento ao Direito das famílias.

Matos (2000, p. 104-105), preceitua:

Deve o Direito Civil, cumprir seu verdadeiro papel: regular as relações relevantes das pessoas humanas – colocar o homem no centro das relações civilísticas. [...] Uma das consequências práticas de repersonalização vem a ser a nova concepção da família, espelhando a ideia básica da família eudemonista, ou seja, da família direcionada à realização dos indivíduos que a compõe.

Desse modo, é notório que com a revolução das características da família e ainda a implantação do afeto pela constituição, surge novas situações à respeito do pluralismo

de famílias, fazendo com que o judiciário seja coagido para o reconhecimento e amparo dos novos modelos de família.

2.4 PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM O DIREITO DE FAMÍLIA

O Direito de família, elemento de grande relevância para o ser humano e ao avanço da sociedade, requer amparo, desta forma esse amparo é através de princípios, os quais criados para a garantia e eficiência da proteção. Será exposto os princípios com mais repercussão na jurisprudência e na doutrina.

2.4.1 Princípio da dignidade humana

Previsto no artigo 5º, inciso III da Constituição Federal de 1988, objetiva eliminar injustiças sociais e tencionar liberdade à pessoa humana sendo respeitado e resguardado pela jurisdição apesar de suas escolhas, portanto, voltado ao Direito de Famílias esse princípio procura o equilíbrio familiar perante a sociedade, harmonizar e respeitar a escolha pessoal quanto ao gênero de família optada (BRASIL, [2021a]).

Percebe-se que esse princípio é o alicerce para a construção de uma base para cada indivíduo, dessa forma a partir desse entendimento outros princípios são originados para efetivar os direitos regidos na atual constituição.

As novas estruturas familiares em companhia desse princípio efetiva o conceito moderno de família, sendo referência de novos princípios e buscando a sensibilização social ao reconhecimento da facultatividade de cada indivíduo.

2.4.2 Princípio da liberdade

Este princípio tenciona que cada indivíduo faça suas escolhas sem que haja intervenção estatal ou eventual discriminação social, nesse sentido Lôbo (2008, p. 46), considera o princípio da liberdade da seguinte forma:

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral.

O indivíduo detentor da facultatividade, sem submissão ao padrão, se faz importante vez que torna fácil o rompimento de conceitos pretéritos voltados à família, auxiliando da dissolução dos paradigmas.

2.4.3 Princípio da igualdade

Estabelecido para abolir as diferenças de tratamento entre os cidadãos, no que tange às classes, religiões, etnias e culturas.

Um exemplo próximo de igualdade de tratamento no Direito de família, é quantos aos filhos que embora biológicos ou adotivos, idade, cor, sexo, devem ter o mesmos direitos e tratamento, a Constituição vigente em seu artigo 227, parágrafo 6º, expõem que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” (BRASIL, [2021a], não paginado).

Subsidiariamente tem-se o tratamento aos cônjuges, onde ambos construíram igualmente, havendo os direitos e deveres igualitários para erguer a sociedade conjugal.

A família patriarcal, único modelo de família que era admissível, vem se desmanchando pela sociedade, tendo em vista que a figura do homem como chefe de família vem perdendo lugar, quebrando padrões e erguendo novas relações de igualdade de cada modelo familiar.

2.4.4 Princípio da afetividade

No judiciário brasileiro, os laços afetivos são vinculados diretamente aos sentimentos, às emoções e ao amor oriundo das relações familiares, assim é taxado pelos doutrinadores e pela jurisprudência.

Dias (2015, p. 52), comenta sobre a afetividade:

Mesmo que a palavra afeto não esteja no texto constitucional, a Constituição enlaçou o afeto no âmbito de sua proteção. Calha um exemplo. Reconhecida a união estável como entidade familiar, merecedora da tutela jurídica, como ela se constitui sem o selo do casamento, isso significa que a afetividade, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico.

O afeto e a afetividade não podem ser confundidos pelos seus conceitos, uma vez que o afeto está relacionado às emoções derivadas dos casos vividos, considerado ainda como fator psicológico, noutro giro, a afetividade de acordo com o direito brasileiro, é a

autonomia da vontade no vínculo de família, em outros termos, é a liberdade de estruturar uma família e a submissão dos seus efeitos (VIEIRA, 2012 *apud* SILVA, 2015).

Atualmente, o princípio da afetividade tem valor jurídico expressivo, o qual foi norteador na concretização dos direitos das relações homoafetivas e ainda na admissão de novos núcleos familiares.

2.4.5 Princípio da solidariedade familiar

A solidariedade está ligada ao companheirismo, proteção e o compromisso entre os integrantes da união familiar, evidenciando o enaltecimento do afeto, o que é relevante ao Direito de Família.

Conforme o disposto pela Constituição no inciso I do art. 3º vigente, este princípio é imposição a toda sociedade, sem priorização ou exceção, visando uma essência coletiva fugindo do individualismo (BRASIL, [2021a]).

Insta mencionar que tal princípio foi introduzido apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

2.4.6 Princípio do pluralismo da união familiar

Nos dias atuais a instituição família está atrelada à autonomia dos integrantes, partindo da vontade de que quem e com quem constituir vínculo, impulsionando a liberdade para dar origem a um núcleo familiar, assim sendo, graças às inovações das metodologias de condução dos arranjos familiares, aparecem outros modelos de famílias a quais carecem de proteção do Estado, contudo isso só pode acontecer por intermédio do reconhecimento (DIAS, 2015, p. 49).

Através deste princípio, adquiriu-se direitos, em especial o reconhecimento das relações homossexuais e seus direitos em adotar e outros relevantes no contexto familiar e à evolução na vida social do indivíduo, o reconhecimento dessas modalidades de famílias pelo Estado enaltece os valores da família individual, quebrando assim paradigmas.

3 UNIÕES POLIAFETIVAS

3.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Refere-se a uma estrutura familiar que ergueu-se das mudanças do pensamento humano voltado à afetividade e à união, vez que foi socialmente caracterizada no decorrer da concepção humana da necessidade de se relacionar tanto no aspecto sentimental quanto sexual partindo da liberdade de cada indivíduo (ENGELS, 1984).

Define-se a poliafetividade, conforme sua etimologia, pela união de vários integrantes pela afetividade mútua, ainda, tem-se que pela evolução humana, também pode ser dita pelo relacionamento consensual dos integrantes (ENGELS, 1984).

Madaleno (2017, p. 25), conceitua a poliafetividade:

Esta é a família poliafetiva, integrada por mais de duas pessoas que convivem em interação afetiva dispensada da exigência cultural de uma relação de exclusividade apenas entre um homem e uma mulher, ou somente entre duas pessoas do mesmo sexo, vivendo um para o outro, mas sim de mais pessoas vivendo todos sem as correntes de uma vida conjugal convencional.

Em seu entender, a poliafetividade é diferente tanto da família paralela quanto da poligamia, ainda um modelo longe da monogamia e do casamento, onde se valoriza o afeto como pilar essencial da sua estruturação o que se desprende dos antigos núcleos familiares, segundo Madaleno (2017, p. 26):

O triângulo poliafetivo inspirou certamente seu contrato nos valores supremos da dignidade humana e no afeto, princípios constitucionais presentes na construção dos vínculos familiares, e quando a Carta Federal tutela a pluralidade familiar, justifica sua função a partir da promoção da pessoa humana, literalmente desencarnada do seu precedente biológico e do seu viés econômico, para fincar os elos psicológicos do afeto e sua comunhão contígua e solidária, os quais se sobrepõem aos valores materiais e hereditários valorizados no passado.

Pela interpretação de Gagliano (2008), no que tange a mútua afetividade, a poliafetividade vai além da pluralidade de pessoas o que evidencia o afeto como fato gerador dessa união, reflexo da autonomia de escolha de cada integrante, o mesmo autor ainda continua o pensamento afirmando que:

O poliamorismo ou poliamor, teoria psicológica que começa a descortinar-se para o Direito, admite a possibilidade de coexistirem duas ou mais relações afetivas paralelas, em que os seus partícipes conhecem e aceitam uns aos outros, em uma relação múltipla e aberta. (GAGLIANO, 2008, não paginado).

A família poliafetiva pode ser confundida com a família paralela, pelo envolvimento de várias uniões que na família paralela é admitida, contudo em lares distintos, o diferencial da poliafetividade está na convivência dessas uniões no mesmo teto (DIAS, 2015).

Configura como relação poliafetiva a união entre três ou mais indivíduos no mesmo lar, buscando evidenciar uma relação homogênea e não uma relação monogâmica com a participação de terceiro, de conformidade com Madaleno (2017, p. 25):

Trata-se de um triângulo amoroso, constituído pela relação afetiva de mais de duas pessoas, vivendo todos sob o mesmo teto, em convivência consentida e que no passado era veementemente reprimida e socialmente maculada como uma abjeta, ilegítima e antissocial poligamia. Tem sido o afeto a nota frequente que identifica a constituição e o reconhecimento oficial de uma entidade familiar, e faz pouco tempo que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e a ADI n. 4.277/DF conferiu ao artigo 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição Federal, para excluir do dispositivo legal todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

O consentimento é o pressuposto fundamental pelo fato de que elimina a tese de adultério bem como da bigamia que é exigência da fidelidade na monogamia.

Outrossim, como as demais estruturas de família, a poliafetividade tem o afeto como elemento gerador, uma vez que essa união é envolta da liberdade dos sentimentos, elemento este que deu surgimento a novos arranjos de família como este (MADALENO, 2017, p. 94).

3.2 A UNIÃO POLIAFETIVA E SUA DIFERENÇA DA POLIGAMIA

A poligamia é definida com a figura de um casamento do cônjuge varão com duas ou mais cônjuges varoas (poliginia) ou ao verso (poliandria), no Brasil a poligamia é equiparada à bigamia, considerada ato ilícito previsto no artigo 235 Código Penal o que enseja a nulidade do casamento (art. 1548, II e art. 1521, VI, do Código Civil de 2002) (DIAS, 2015).

A palavra concubinato de origem latina, que em um sentido literal, visa a união de indivíduos com intuito de ter relações sexuais, no ordenamento jurídico brasileiro não se passa de uma união paralela ao casamento, o artigo 1.727 do Código Civil de 2002 diz sobre o concubinato "As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato." (BRASIL, [2021b], não paginado).

Portanto, o concubinato é conceituado como uma união clandestina, aquela que é omissa do outro cônjuge, refletindo assim a má-fé violando a conduta ética da transparência.

Em contrapartida, o poliamor de origem grega e latina, significa muitos amores, o dicionário Michaelis traz o seguinte conceito:

Tipo de relação ou atração afetiva em que cada pessoa tem a liberdade de manter vários relacionamentos simultaneamente, negando a monogamia como modelo de fidelidade, sem promover a promiscuidade. Caracteriza-se pelo amor a diversas pessoas, que vai além da simples relação sexual e pela anuência em relação à ausência de ciúme de todos os envolvidos nessa relação. O propósito do poliamor é amar e ser amado por várias pessoas ao mesmo tempo. (POLIAMOR, 2018, não paginado).

O poliamor é caracterizado pela aceitação do relacionamento amoroso, aberto e simultâneo, efeito do consentimento e conhecimento de todos os integrantes, não existindo resquícios de ciúmes, posse e exclusividade, o que exclui a traição, como visto na estrutura monogâmica. Infere-se que o poliamor são vínculos afetivos onde haverá lealdade entre si, os autores Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 339), diz que:

A lealdade, qualidade de caráter, implica um comprometimento mais profundo, não apenas físico, mas também moral e espiritual entre os parceiros, na busca da preservação da verdade intersubjetiva; ao passo que a fidelidade, por sua vez, possui dimensão restrita à exclusividade da relação afetiva e sexual.

Contudo o Código Civil impede apenas o matrimônio de pessoas já casadas, que não é caso das uniões poliafetivas.

3.3 A PROBLEMÁTICA SOBRE O RECONHECIMENTO DA UNIÃO POLIAFETIVA

Os integrantes dessa modalidade de família se preocupam com a garantia do futuro e com os reflexos jurídicos que poderão recair sobre o patrimônio em comum, com essa convicção, buscaram solucionar por meio diverso em face da ausência legislativa.

Meio este adotado foi as escrituras públicas em cartórios, registrando os detalhes que abarcam as regras regimentais da união, indicando os direitos patrimoniais da relação para fins de publicidade, segurança jurídica e legitimidade.

Em meados de 2012, foi lavrado a primeira escritura em Tupã, a partir de então ergue manifestações opostas e questionamento quanto a constitucionalidade dessa união, a tabeliã na época documentou uma vivência de lealdade e companheirismo compilada a anos, formalizando o direito de família (G1, 2012).

A tese defendida pela tabeliã, primeiramente foi pela vontade evidente, além do mais justificou pelo conceito de família ser brando, ponto de vista que não excluiu o direito de escrituração, ainda complementou que essa união não lesa o direito de terceiros e que apenas foi um ato normal de formalização de união estável (PUFF, 2012).

Daí por diante houve novos casos escriturados e diante da lacuna legislativa os argumentos eram os princípios constitucionais da liberdade e do pluralismo família, fatos esses que a Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS) ingressou junto ao Conselho Nacional De Justiça (CNJ) com intuito de declarar as escrituras já lavradas inconstitucionais.

O plenário do Conselho Nacional De Justiça (CNJ) proferiu em junho de 2018 decisão que proibiu os cartórios a registrarem tal união, fundados neste documento de fé pública que implica o reconhecimento das garantias da união voltados aos direitos sucessórios e previdenciários (BRASIL, 2018).

3.4 A união poliafetiva à luz dos princípios constitucionais

Dentre tantos posicionamentos opostos é necessário um olhar minucioso aos fundamentos legais que corroboram seu reconhecimento.

Em primeiro plano tem-se o Princípio da Legalidade no direito privado dita que aquilo que não é proibido é permitido, ou seja, aquilo que a lei expressamente proíbe é permitido naturalmente, em vista disso a legislação brasileira não impede outras estruturas de união (BRASIL 2011).

Que segundo Dias (2015), o princípio monogâmico não se encontra expresso na Constituição Federal de 1988, não passando de apenas uma tendência cultural.

O princípio da dignidade da pessoa humana foi vital, tendo em vista da garantia das limitações da intervenção estatal na autonomia privada, visando a proteção à pessoa quanto a sua vontade, a procura da felicidade e a realização pessoal.

O princípio que impede a intervenção estatal nas relações pessoais e diretamente aos demais assuntos que implica a autonomia privada, o Estado tem sido reprimido nas imposições da relação de família com a promulgação da Constituição Federal de 1988 em face da importância dada à autonomia e dignidade humana.

Tendo a afetividade como núcleo da estruturação familiar, inovou o conceito de família originando assim novos núcleos que se desdobraram sem a intervenção do Estado, contudo em alguns casos o Estado é invocado a interferir para reconhecimento daquela unidade familiar, como é o caso das uniões homoafetivas.

Entretanto, não são todos os casos em que o Estado respalda as ambições da sociedade, apesar da autonomia, pluralismo, dignidade, solidariedade e não intervenção do Estado na família, ainda há que o legislador intervir na forma da família. O que se entende é que a família não carece da intervenção estatal e sim de tutela no instante em que é concedida a autonomia à pessoa, proporcionando a escolha aberta da organização de sua família instantaneamente posterga a assistência do Estado.

A não intervenção estatal encontrada da redação do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 onde rege sobre o planejamento de família, pluralidade de família, paternidade responsável e reconhecimento do filho socioafetivo, ademais há Emenda Constitucional n. 66/2010 no qual o Estado declarou a adoção da intervenção mínima nas relações de família (BRASIL, 2010).

Pereira (2014), entende que a normativa do Direito de família cabe ao Direito privado por estar ligado diretamente aos interesses individuais, dessa forma, esse individualismo não deve ter intervenção estatal cabendo apenas o Estado a pronuncia da tutela.

E por fim, tem-se o princípio do pluralismo familiar, o que abandonou os modelos convencionais do matrimônio para integrar as mais variadas estruturas de família fundadas na ética e no afeto.

3.5 IMPLICAÇÕES DA UNIÃO POLIFETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Para Rosa e Oliveira (2017), o vão da regulamentação sobre a relação poliafetiva originou várias contradições, levando em consideração o envolvimento dos direitos sucessórios, previdenciários, de família e de terceiro, perante a vasta abrangência o caso merece maior atenção.

No meio jurídico os efeitos incidem significativamente no direito sucessório devido o Código Civil ser voltado apenas aos modelos monogâmicos, entretanto, apesar da omissão quanto ao assunto, é viável estender os discernimentos monogâmicos as relações poliafetivas, segundo Martinez (2016), o prisma da poliafetividade não gerou muita relevância aos doutrinários do Direito sucessório e previdenciário tendo a ínfima repercussão dos registros deles.

Contudo, é fato que o direito sucessório recai consideravelmente tendo em vistas que o antônimo de vida é a morte, o parecer do Supremo Tribunal Federal por intermédio do Recurso Extraordinário n.º 878.694 julgou a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil estendendo assim a aplicação do direito sucessório do casamento civil às uniões estáveis. Indireta (VIEGAS, 2017).

Entretanto a extensão desse direito às uniões poliafetivas ainda se encontra em um futuro distante aos olhos de Vigo (2015, não paginado):

Se a união estável, que já é reconhecida e regulamentada pelo ordenamento pátrio, sofre diversos preconceitos do próprio direito, [...], a união poliafetiva, constante de 3 ou mais pessoas, carece totalmente de reconhecimento e proteção legal para seus membros.

E artigo 1.829 do Código Civil

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais. (BRASIL, [2021b], não paginado).

Observa-se que não está nos conformes da decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal quanto a distinção os companheiros e cônjuges perante o direito sucessório.

A redação do artigo 1830 do Código Civil dita quanto aos cônjuges sobrevivente e os companheiros (união estável) sobreviventes que não poderão participar da sucessão, o mesmo poderia recair aos companheiros da relação poliafetiva (BRASIL, [2021b]).

É relevante frisar sobre o artigo 1.831 do Código Civil que independente do regime adotado à união é garantido aos companheiros e cônjuges sobrevivente o direito real de habilitação da residência familiar, sendo o único bem à inventariar, voltado à poliafetividade deteriam resguardados a ocupação simultânea do imóvel (BRASIL, [2021b]).

Falando em partilhas entre os companheiros, nos casos em que não houver ascendentes ou descendentes do *de cujus* (art. 1.829, III do Código Civil), seria somente partir em igualdade a herança aos companheiros herdeiros (BRASIL, [2021b]).

Sobrevindo a situação do regime de comunhão parcial onde um dos companheiros concorrem com descendentes aos bens comuns, é preciso primeiro passar por meação separando assim a parte dos cônjuges em 50% e os demais 50% aos descendentes.

Noutro giro, sobrevivendo bens comuns e particulares, haverá a meação dos bens comuns entre companheiros e descendentes e quanto aos bens particulares herdarão companheiros em concorrência aos descendentes.

Deduz-se que as normatizações do direito sucessório aplicado às relações monogâmicas é o mesmo aplicado às uniões poliafetivas, se explorar as situações do direito sucessório rege conclui-se que não existiria diferença na aplicação da uniões poliafetivas.

A eventualidade dos problemas que pode surgir no trâmite sucessório é equiparada aos das relações monogâmicas que envolve partilhas de bens, análise do regime adotado, herança e meação, contudo o que se distingue é pelo número em que a divisão será realizada entre os companheiros.

3.6 O JULGAMENTO DA ADPF 132/ADI 4277 E SUA RELAÇÃO COM O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA

Vecchiatti (2016, p. 2-30), diz que a jurisprudência brasileira não cuidou das relações poliafetivas apesar de já ter alcançado o caso da família paralela. Contudo, não impede a apreciação do Supremo Tribunal Federal quanto o direito das famílias.

Por intermédio da Ação Direta De Inconstitucionalidade em maio de 2011, por unanimidade foi reconhecida a as uniões homoafetivas equiparando se às uniões estáveis ente homem e mulher, definindo como estrutura familiar comum (HAIDAR, 2011).

Apesar da distinção das relações homoafetivas e das relações poliafetivas, o processo de reconhecimento apontou argumentos que fortalecem a tese em apresso onde trataram da autonomia dos integrantes em gozar da própria sexualidade, da pluralidade familiar e do conceito monogâmico (BRASIL, 2011).

Sobre a autonomia dos integrantes o Ministro rel. Ayres Britto fundou-se na teoria kelseniana de que "tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido", (BRASIL 2011, não paginado), para assim afastar a discriminação da sexualidade, assevera ainda sobre a liberdade: "Essa liberdade para dispor da própria sexualidade insere-se no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é de autonomia de vontade, direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo 'cláusula pétrea.'" (BRASIL 2011, não paginado).

Aplicando-se as uniões poliafetivas, Leitão (2012), expõe que é admissível seja qual for o grupo constituir união estável desde que atendido os requisitos do artigo 1.723 do Código Civil e não expor os impedimentos do artigo 1.521 da mesma compilação contempla ainda que não há impedimentos e que deve ser reconhecida como núcleo familiar tendo em vista que os fundamentos são os mesmo que ensejou a ADI 4.277.

Vecchiatti (2016), corrobora com o Ministro Ayres Britto, mencionando o artigo 3º, IV da Constituição Federal alegando que deverá ter isonomia entre relações poliafetivas como nas relações monogâmicas devido a inexistência de justificativa de discriminação pelo Estado.

Em arremate, Tizzo e Bertolini (2013) ligando o julgamento da ADI 4.722 “se a pouco discutia-se a questão da homoafetividade, levantando valores como o afeto, a dignidade da pessoa humana, a igualdade formal, autonomia da vontade, por que não estendê-los à análise das Uniões Poliafetivas.”

Partindo à família protegida pelo dispositivo do caput do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, avista de Ayres Britto:

[...] invariável diretriz do não atrelamento da formação da família a casais heteroafetivos nem a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa; vale dizer, em todos esses preceitos a Constituição limita o seu discurso ao reconhecimento da família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. (BRASIL, 2011, p. 645).

No dizer do ministro “[...] a família é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se, no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada.” (BRASIL, 2011, p. 646).

A pluralidade familiar foi um assunto erguido pela doutrina em amparo do reconhecimento das relações poliafetivas e que segundo Marcos Alves depois do julgamento seria possível taxar do que poderia ou não formar família (BRASIL, 2011).

Outrossim, na esfera ontológica constitucional de família corrobora com o ministro Luiz Fux vez que as relações poliafetivas merece reconhecimento e proteção (BRASIL, 2011; VECCHIATTI, 2016).

Para o Ministro Ricardo Lewandowsky o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 embora apontando a união entre sexo oposto não quer dizer que as

relações homoafetivas respeitando o previsto do 1.723 do Código Civil não possa se tornar um núcleo de família protegida pelo Estado (BRASIL, 2011).

Termina-se com a colocação de Fernanda de Freitas Leitão que leciona os princípios e os critérios adotados pelo Supremo Tribunal Federal para julgamento e reconhecimento da ADI 4.277:

proibição da discriminação (homem/mulher, orientação sexual); b) direitos fundamentais do indivíduo, autonomia de vontade; c) proibição do preconceito; d) silêncio normativo – norma geral negativa – segundo a qual, o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido; e) princípio da dignidade da pessoa humana (direito à busca da felicidade e direito à liberdade sexual); f) interpretação não reducionista ou ortodoxa do conceito de família; g) interpretação do art. 1.723, do Código Civil, conforme a Constituição da República. (LEITÃO, 2015, não paginado).

Portanto chega-se à conclusão que se há pressupostos para o reconhecimento das uniões poliafetivas como modelo de família são requisitos jurídicos que pelo exposto mostra todos os imprescindíveis requisitos do artigo 1.723 do Código Civil e não expor os impedimentos do artigo 1.521 da mesma compilação (LEITÃO, 2015).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como sedimentado, a sociedade desde os primórdios encontra-se em constante transformação, por esse motivo reflete diretamente à família que é a sua base bem como a do estado, com isso novos núcleos de família vem se erguendo e buscando amparo do Estado.

É notório que o núcleo familiar não está mais atrelado aos conceitos primordiais, é tanto que após a promulgação da Constituição Federal de 1988 deu origem a vários princípios que norteiam a estrutura da família, pautada na autonomia privada, no pluralismo familiar e no afeto, exemplo disso foi o reconhecimento das uniões estáveis.

Por intermédio desse entendimento os novos arranjos de família buscaram seu reconhecimento como foi o caso das uniões homossexuais que embora nada impedisse constitucionalmente e civilmente carecia do amparo e proteção do estado, pelo interesse da vida em comum, para a quebra do paradigma religioso e cultural.

Com isso as uniões poliafetivas ganhou força, considerando que o mesmo ano do reconhecimento da união homoafetiva surgiu o primeiro registro notarial o que ensejou a sua proliferação, contudo, pela lacuna legislativa sobre o assunto o Conselho Nacional De Justiça apontando implicações no direito sucessório determinou a suspensão dos registros.

Pelo estudo feito é possível deduzir quanto as implicações ao direito sucessório não chega a causar alvoroço tendo em vista que o mesmo direito ao casal monogâmico amolda perfeitamente ao caso poliafetivo.

O reconhecimento da união poliafetiva esta consubstanciada aos pés dos princípios constitucionais da autonomia privada e da dignidade da pessoa humana além do pluralismo familiar desde que cumprido a exigências da convivência contínua e duradoura com intuito de constituir família.

O resultado da pesquisa demonstra que a lacuna legislativa quanto a problemática é suprida pelos princípios constitucionais fundamentais que também embasaram o reconhecimento das uniões homoafetiva o que sedimenta o reconhecimento das uniões poliafetivas. Assim, conclui-se, portanto, que por intermédio dos princípios constitucionais há possibilidade do reconhecimento das relações poliafetivas.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Silvio Neves. **Manual de direito de família**. 3. ed. Recife: Bagaço, 2014.

BARROS, Sérgio Resende de. **O Direito ao afeto**. [2010]. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/o-direito-ao-afeto.cont>. Acesso em: 21 set. 2021.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática da monografia para os cursos de direito. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 53

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. **Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021b]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. **Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de processo civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021c]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Pedido de Providências nº 0001459-08.2016.2.00.0000**. Relator: João Otávio de Noronha, 26 de junho de 2018. Brasília-DF: Conselho Nacional de Justiça, 29 jun. 2018. Disponível em:

<https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam;jsessionid=DE5A3222422A59727199EC826B62482C?jurisprudenciaIdJuris=51260&indiceListaJurisprudencia=6&firstResult=7875&tipoPesquisa=BANCO>. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277**. Procuradoria Geral da República. Rel. Ministro Ayres Britto. Acórdão de 05 de maio de 2011. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. **Emenda constitucional n. 66 de 13 de julho de 2010**. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm. Acesso em: 15 out. 2021.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. **Casamento e união estável**: requisitos e efeitos pessoais. Barueri: Manole, 2004.

CHIAVENATO, Júlio José. **O Negro no Brasil**: da senzala à abolição. São Paulo: Editora Moderna, 1999.

DIAS, Maria Berenice. **Adulterio, bigamia e união estável**: realidade e responsabilidade. [2010]. Disponível em: [http://berenedias.com.br/manager/arq/\(cod2_790\)4__adulterio_bigamia_e_uniao_estavel__realidade_e_responsabilidade.pdf](http://berenedias.com.br/manager/arq/(cod2_790)4__adulterio_bigamia_e_uniao_estavel__realidade_e_responsabilidade.pdf). Acesso em: 15 out. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da família, da propriedade privada e do estado**. São Paulo: Civilização Brasileira, 1984.

G1. União estável entre três pessoas é oficializada em cartório de Tupã, SP. 2012. **Portal G1**, [Bauru; Marília]. 23 ago. 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/baurumarilia/noticia/2012/08/uniao-estavel-entre-tres-pessoas-e-ofi>. Acesso em: 15 out. 201

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Direitos da (o) amante**: na teoria e na prática (dos Tribunais). **JusBrasil**, [2008]. não paginado. Disponível em:

<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/64492/direitos-da-o-amante-na-teoria-e-na-ratica-dos-tribunais-prof-pablo-stolze-gagliano>. Acesso em: 15 out. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de famílias**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Haidar, Rodrigo. Supremo tribunal federal reconhece união estável homoafetiva: a quarta família. 2011. **Revista Consultor Jurídico**, 5 maio 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-mai-05/supremo-tribunal-federal-reconhece-uniao-estavel-homoafetiva>. Acesso em: 15 out. 2021.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento**. Curitiba: Juruá, 1991.

LEITÃO, Fernanda de Freitas. **União poliafetiva: por que não?** 2012. Disponível em: http://www.cartorio15.com.br/arquivos/artigos/Artigo_uniao_poliafetiva_por_que_na_o.doc. Acesso em: 15 out. 2021.

LEITÃO, Fernanda de Freitas. Evolução do direito de família: união poliafetiva e registro multiparental. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4353, 2 jun. 2015. não paginado. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/39657>. Acesso em: 15 out. 2021.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito de família e sucessões**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 46.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **A Poligamia no direito previdenciário**. São Paulo: LTr, 2016.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As Famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Reovar, 2000.

PEREIRA, Aurea Pimentel. **A nova Constituição e o direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 5.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

POLIAMOR. *In*: MICHAELIS. **Dicionário brasileiro da língua portuguesa**. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?id=V4bGB>. Acesso em: 15 out. 2021.

PUFF, Jeferson. União estável de três abre polêmica sobre conceito legal de família. **Estadão**, São Paulo, 28 ago. 2012. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/noticias/geral,uniao-estavel-de-tres-abrepolemica-sobre-conceito-legal-de-familia,922730>. Acesso em: 15 out. 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. Rio de Janeiro: AIDE, 1994. v. 1.

ROSA, Angelica Ferreira; OLIVEIRA, José Sebastião de. As relações poliafetivas são permitidas no direito de família brasileiro? **Revista Argumenta**, Jacarezinho, n. 26, p. 197-218, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://search.proquest.com/openview/131b2dafa5c323ec23e68eee278bed10/1?pqorigsite=gscholar&cbl=2031966>. Acesso em: 15 out. 2021.

SILVA, GABRIELLA LORRINE SIQUEIRA. FAMÍLIAS PARALELAS SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. 2015 69 f. Monografia (Graduação em Direito), Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, 2015. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/8467/1/21121689.pdf>. Acesso em: 15 out. 2021.

TEPENDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 372.

TIZZO, Luis Gustavo Liberato; BERTOLINI, Priscila Caroline Gomes. Das uniões poliafetivas hoje: uma análise à luz da publicização do privado e do acesso à justiça. *In*: CONGRESSO

NACIONAL DO CONPEDI, 22., 2013, Florianópolis. **Anais** [...]. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2013. Disponível em:
<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b8b6674d4052e35e>_Acesso em: 15 out. 2021.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. União poliafetiva como entidade familiar constitucionalmente protegida. **Revista Libertas**, Ouro Preto, v. 2, n. 2, p. 2-30, 01 jul. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufop.br/libertas/article/view/418/382>. Acesso em: 15 out. 2021.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Famílias poliafetivas**: uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea. 2017. 234 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <https://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/28461/FAM%c3%8dLIAS%20POLIAFETIVAS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 out. 2021.

VIGO, Filipe Mahmoud dos Santos. Famílias poliafetivas e a sucessão legítima. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, 2 jun. 2017. Disponível em:
<https://jus.com.br/artigos/58673/familiaspoliafetivas-e-a-sucessao-legitima/3>_Acesso e: 15 out. 2021.

WALD, Arnoldo. **O Novo direito de família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

(IN)APLICABILIDADE DA TEORIA GERAL DA IMPREVISÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA

LUCAS SANTOS MARTINS:

Acadêmico em direito, cursando o 10º período no Centro Universitário Una de Uberlândia – Estado de Minas Gerais;

PAULA KETHELYN FELICIO RIBEIRO⁸⁷

(coautora)

RESUMO: Em uma análise macroeconômica, as questões de resolução contratual, por falta de recursos pecuniários, acarretaram em diversos conflitos contratuais, tanto de pessoas físicas, quanto de pessoas jurídicas, visto por fatos supervenientes a vontade, consequência dos impactos causados pelo complexo viral COVID-19. A problemática abordada é a causa de divergências a respeito da manutenção contratual, e suas obrigações pactuadas, sobre a ótica de não afetar as relações individuais dos particulares, e possíveis danos advindos dessa onerosidade. Impossibilitando a resolutive amigável, extrajudicial, várias questões contratuais foram ajuizadas, e neste sentido o judiciário ficou incumbido de julgar conforme os princípios doutrinários e jurisprudenciais ao longo dos séculos, o que possibilita uma maior discussão e flexibilização ao teor "absoluto" dos princípios contratuais, em tempos de pandemia. Neste sentido, a metodologia empregada foi a dedutiva, visto que buscou analisar os preceitos jurídicos doutrinários, corroborando com a aplicabilidade da teoria na prática, entabulando caso reais e seus entendimentos jurisprudenciais, de diversos tribunais nacionais, e, neste diapasão, com o teor doutrinário, embasado também no caráter jurisprudencial, as análises convergiram para a flexibilização do pacto negocial, priorizando manter o negócio jurídico, visto que as consequências de seu desfazimento acarretarão possíveis danos as partes.

PALAVRAS-CHAVE | Contratos. Teoria da Imprevisão. Obrigações Contratuais. Fatos Supervenientes. Mutabilidade Social. Flexibilização.

ABSTRACT: *In a macroeconomic analysis, contractual resolution issues, due to lack of pecuniary resources, resulted in several contractual conflicts, both for individuals and legal entities, seen by supervening facts at will, a consequence of the impacts caused by the COVID-19 viral complex. Causing divergences regarding the maintenance of the contract, and its agreed obligations, from the perspective of not affecting the individual relationships of individuals, and possible damages arising from this burden. Making it impossible to*

⁸⁷ Acadêmica em direito, cursando o 10º período no Centro Universitário Una de Uberlândia – Estado de Minas Gerais;

reach an amicable, extrajudicial resolution, several contractual issues were filed, and in this sense the judiciary was tasked with judging according to doctrinal and jurisprudential principles over the centuries, which allows for greater discussion and flexibility to the "absolute" content of contractual principles, in times of pandemic. In this sense, it sought to analyze the doctrinal legal precepts, corroborating the applicability of the theory in practice, establishing real cases and their jurisprudential understandings, from several national courts. to make the business pact more flexible, prioritizing the maintenance of the legal business, as the consequences of its dissolution will result in possible damages to the parties.

KEYWORDS / *Contracts. Unpredictability Theory. Contractual Obligations. Supervening Facts. Social Mutability. Flexibilization.*

Sumário: 1. Introdução. 2. Do Controle Estatal. 3. Da Obrigação Contratual. 4. Do Pacta Sun Servanda. 5. Da Função Social. 6. O Princípio da Boa-Fé. 7. A Pandemia e a Execução dos Instrumentos Contratuais. 8. Do Desequilíbrio Contratual. 9. Do Fato Superveniente. 10. Dos Entendimentos Jurisprudenciais. 11. Conclusões e Recomendações. 12. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Ao longo dos séculos, o contrato possibilitou a realização de enormes e corriqueiras transações mercantis, sendo o mesmo verbal, ou formalizado em um documento escrito. Neste sentido, observa-se que o contrato está presente em todos os meios sociais, sendo ele uma relação consumerista, particular ou mercantil, sendo primordial para estabelecer a segurança jurídica, ou seja, surgindo uma obrigação entre as partes.

Na tentativa de regulamentação deste instrumento denominado "contrato", devemos observar parâmetros sociais, visto a existência de obrigações durante o passar do tempo, indo ao encontro da essência do sociólogo Emille Durkheim (Durkheim; Penna, 1982), os contratos são fundamentais para uma sociedade, visto que cada indivíduo possui personalidades distintas, e se caso não fosse assim, o sujeito estaria próximo a um animal, sempre tomando e perdendo algo para o outro.

Os meios contratuais, de certa forma adquiriram o seu valor, visto que grande parte da população ao compactuar um negocia jurídico, sendo verbal, ou não, está utilizando tal instrumento, visto que pactuam deveres e obrigações entre os indivíduos, sendo observado diariamente tal vínculo.

Apesar da relativa garantia de segurança jurídica, envolvendo o instituto contrato, e vários normativos jurídicos, apresentando certa segurança ao instrumento contratual, alguns apontamentos devem ser levados a tona, sendo questões amplamente discutidas em uma visão macroeconômica de incertezas globais, como fatos supervenientes a

vontade das partes, pois apesar de toda autonomia jurídica entabulada entre os indivíduos, algumas situações podem ficar isoladas, e não compoem o documento contrato.

A imprevisão dos fatos supervenientes a vontade contratual causa divergência entre as partes, e, neste sentido, cria-se um conflito de interesses, visto que o estado do negócio jurídico altera. Uma forma resoluta de findar tal litígio é adentrar no judiciário, que julgará conforme o caso concreto, estabelecendo parâmetros de análise principiologica, observando a minoração do dano a ser instaurado, pois alguns preceitos fundamentais partem da Constituição Federal do Brasil.

No território brasileiro, a insegurança jurídica é tema incisivamente debatido e em muitos casos criticada. A incerteza jurídica que afugenta os investimentos, reduz a atividade econômica e esmaga os empregos está diretamente relacionada à burocracia e ao uso indevido de leis e regulamentos. É também reflexo de decisões judiciais que não respeitam precedentes, recursos e repercussões gerais, que diretamente afetam o empreendedorismo e conseqüentemente o país.

O debate da aplicabilidade da teoria da imprevisão nos contratos cíveis e empresarias, está aparente nos dias atuais, visto que o complexo viral COVID-19 a cada dia vem, infelizmente, levando milhares de pessoas a óbito globalmente, especificamente no Brasil, as políticas públicas de saúde estão sofrendo com a alta demanda.

Como visto anteriormente, os fatos supervenientes, ou seja, a mudança imposta por fatos repentinos, causa um certo desconforto a população em geral, visto a ausência pecuniária causada por tais fatos inesperados, influenciando na vivência diária. Especificadamente, nos contratos cíveis e empresariais, observa um certo inadimplemento/impossibilidade obrigacional das partes em fazer cumprir suas obrigações, visto que tais obrigações dependem de outras para serem cumpridas

As questões envolvendo tais inadimplementos obrigacionais, geram demandas específicas no judiciário brasileiro, levando a discussão para saneamento nos mais diversos tribunais nacionais, com o condão de resolutiva do contratempo. O poder de decisão dos juízes, desembargadores e ministros, vinculam ideais, chamados de jurisprudência, tais entendimentos exarados por autoridades possuem forte caráter decisório, utilizados em vários processos como fundamento jurídico, pois são elevados ao princípio da fundamentação das decisões judiciais, ou seja, conforme inciso IX do art. 93 da Constituição Federal do Brasil, as decisões dos órgãos do poder judiciário serão fundamentadas, trazendo certo grau de validade lógico-jurisprudencial.

2. DO CONTROLE ESTATAL

Utilizando como analogia o contrato social, onde se estabelece vínculos de deveres e obrigações perante Estado e Sociedade, podemos notar-se a utilização de controle jurisdicional, em sociedades antepassadas por meio das regras e normas que regeram a harmonia social, como exemplo o Código de Hamurabi, sendo um conjunto de leis criadas

pelo sexto rei da Suméria Hamurábi, da primeira dinastia babilônica, no século XVIII a.C, na Mesopotâmia, tal codificação utilizava a lei de talião, ou lei da retaliação, para a resolutiva de questões entre particulares, ou seja, a famosa frase “olho por olho, dente por dente”.

A codificação, mesmo sendo lembrada, nos dias atuais, incisivamente pelo seu caráter “bárbaro”, esculpia, em escrita cuneiforme, fatos atuais utilizando-se da teoria da imprevisão, pois em alguns casos estava expresso o dever de agir, observando tal obrigação, insta salientar o seguinte regramento, vejamos:

“Se alguém tiver um débito de empréstimo e uma tempestade prostrar os grãos ou a colheita for ruim, ou os grãos não crescerem por falta d’água, naquele ano a pessoa não precisa dar ao seu credor, dinheiro algum. Ele deve lavar sua tábua de débito na água e não pagar aluguel naquele ano”. (Sá, 1902).”

Observamos que apesar das questões fatídicas, onde a punibilidade quase sempre é a morte, notamos os primórdios da teoria da imprevisão, visto que na norma descrita o fato superveniente (tempestade, colheita ruim, falta de d’água) é claro, e utilizando implicitamente do princípio da imprevisão o devedor, por suportar todos os ônus advindos do fato supervenientes, não será onerado.

Vislumbramos a magnificência da evolução contratual e seus princípios, visto que ao longo dos séculos, aprimoramos, ainda mais, as relações particulares, quanto as relações públicas, levando ao debate questões primordiais e específicas que somente o tempo nos propiciará.

Os contratos, de uma forma geral, estão notadamente buscando o equilíbrio social e comum acordo para que um certo fim seja alcançado. Como exemplo o contrato social, entabulando o momento em que o ser humano deixa de existir em seu estado de natureza e passa a se destacar de seu estado *a quo* e estabelecer suas próprias leis, costumes e uma série de sistemas para tornar a convivência mais harmoniosa. Neste sentido, o desenvolvimento das mais antigas civilizações, de forma exponencial, cresce perante o tempo, objetivando a harmonia e a função social.

A relação contratual, transcende a relação pública, incidindo na esfera particular, com princípios como a autonomia da vontade, onde a busca pela harmonia social é veemente, visto que não é necessário tal dependência estatal para compactuar negócios jurídicos.

Segundo Arnold Wald, o contrato teve seu início formal embasado nos dogmas da igreja, que legalizou a vontade humana de criar direitos e obrigações, aproveitando a grande vontade dos enciclopedistas Franceses que buscavam escrever todo tipo de conhecimento, fazendo com que o acordo de vontade se respaldasse na lei. E neste sentido, tal advento motivou a ideia de que o que fosse pactuado deveria ser fielmente cumprido, originando assim em Roma, o princípio do *pacta sunt servanda*.

Após o explanado retro, o contrato passou-se de mero ato para uma formalização encorpada, sendo a partir do século VI d.C, pelo imperador Justiniano, conforme explana Enzo Roppo, em seu livro “El Contratto”, vejamos:

“Foi na época justinianeia, graças à afirmação de um espírito jurídico mais evoluído, que se chegou a delinear – com o esquema do contrato inominado – um instrumento capaz de dar veste e eficácia legal a uma pluralidade indeterminada de operações econômicas, e neste sentido, um instrumento jurídico provido de relevo autônomo e não imediatamente identificado com esta ou aquela operação econômica. (Roppo, 2008).” Grifo nosso.

Neste mesmo sentido, o direito inglês, common law, medieval, adquiriu uma certa roupagem de autonomia e instrumentalidade legal, preparado para se revestir as operações econômicas, sancionando e tornando vinculativo os compromissos assumidos, podendo caso a promessa não fosse cumprida, o promissário podia fazer valer as suas razões com uma *acção ex delicto*, tutelada pelo direito, visto o dano instaurado.

Neste sentido, os variados tipos de contrato são vinculados a tempos históricos, como exemplo o contrato feudal, que unia o servo ao senhor, que para fazer fé e homenagem, ajoelhava-se o servo e punha suas mãos nas mãos do senhor, e lhe prometia fidelidade. A mesma prática, se encontra nos dias atuais, mas através do casamento na igreja católica, em que pela junção das mãos os noivos prometem o casamento um ao outro.

Portanto, várias são as transformações pelas quais os contratos foram passando até ser o que se verifica atualmente. O desenvolvimento das trocas e a frequência, no diapasão das próprias flexibilizações jurídicas, a fim de poder tomar a forma da vida social.

3 A OBRIGAÇÃO CONTRATUAL

A obrigatoriedade contratual versa sobre as relações jurídicas sinalagmáticas existentes entre credor e devedor. Obrigação nada mais é que, um vínculo jurídico por meio do qual o sujeito passivo se compromete a cumprir determinada prestação com o sujeito ativo. Logo, surge uma obrigação, podendo ser positiva ou negativa, em face do outro.

Para Alvaro Villaça Azevedo, no artigo Teoria Geral das Obrigações:

Obrigação é a relação jurídica transitória de natureza econômica, pela qual o devedor fica vinculado ao credor, devendo cumprir determinada prestação positiva ou negativa, cujo inadimplemento enseja a este executar o patrimônio daquele para satisfação de seu interesse. (AZEVEDO, 2009).

A obrigação possui caráter transitório, visto que, não se enseja eternidade. Logo, nasce com um objetivo, e quando finalizado, extingue-se a obrigação, assim, satisfeito o credor, amigavelmente ou judicialmente a obrigação deixa de existir.

O princípio da obrigatoriedade dos contratos não pode ser violado perante dificuldades mezinhas de cumprimento, por fatores externos perfeitamente previsíveis. O contrato visa sempre a uma situação futura, um porvir. Os contratantes, ao estabelecerem o negócio, têm em mira justamente a previsão de situações futuras.

A imprevisão que pode autorizar uma intervenção judicial na vontade contratual é somente a que refuge totalmente às possibilidades de previsibilidade. Portanto, que é fenômeno dos contratos que se protraem no tempo em seu cumprimento, e é inapropriada para os contratos de execução imediata.

4 DO PACTA SUN SERVANDA

O princípio da obrigatoriedade dos contratos, visto fazer-se regra entre as partes, é amplamente conhecido, sendo os deveres e obrigações inerentes as modalidades contratuais. Tomando forma com o Renascimento, por volta de 1500 d.C, tal princípio tomou forma, visto o crescente contato com sociedades diversas, durante as grandes navegações.

Neste sentido, o princípio da obrigatoriedade dos contratos, que deriva da máxima *pacta sunt servanda*, impõe às partes o cumprimento da obrigação ou adimplemento, que conforme Carlos Roberto Gonçalves, fundamenta-se, vejamos:

“(...) a necessidade de segurança nos negócios, que deixaria de existir se os contratantes pudessem não cumprir com a palavra empenhada, gerando a balbúrdia e o caos; b) a intangibilidade ou imutabilidade do contrato, decorrente da convicção de que o acordo de vontade faz lei entre as partes, personificada pela máxima *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos), não podendo ser alterado nem pelo juiz. (GONÇALVES, 2012, p. 49).”

Tal princípio é um dos pilares essenciais para o manter a segurança jurídica, protegendo as partes e seus atos, até a finalíssima contratual, ou seja, o Direito e, em especial, o direito das obrigações impõem deveres de conduta. Esses deveres que nos são impostos resultam de um dever geral de conduta segundo o Direito e os bons costumes ou de obrigações voluntariamente contraídas, emanadas de contratos.

5 A FUNÇÃO SOCIAL

O “Código Civil” de 2002 estabeleceu a função social como princípio público emergente, diferente do anterior “Código Civil” (Beviláqua), que priorizava o individualismo e o hereditário. Com a promulgação da CRFB em 1988, devido às crescentes exigências do

Estado sobre o direito privado, a eterna dicotomia entre direito público e direito privado quase não existe mais.

Tal princípio visa atender os interesses gerais, visto que a função social dos contratos detém o escopo de proteger a dignidade da pessoa humana, seja na dimensão individual ou coletiva, conforme o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves explana, vejamos:

“A concepção social do contrato apresenta-se, modernamente, como um dos pilares da teoria contratual. Por identidade dialética guarda intimidade com o princípio da “função social da propriedade” previsto na Constituição Federal. Tem por escopo promover a realização de uma justiça comutativa, aplainando as desigualdades substanciais entre os contraentes (GONÇALVES, 2020)”.

Portanto, cumulando o entendimento supra, com o princípio da socialidade, onde reflete a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem a perda, dos valores fundamentais da pessoa humana, buscando a origem e o escopo que se pretende buscar com a inclusão da socialidade e, em especial, da exaltação da função social no Código Civil atual, deve-se observar parâmetros de equilíbrio contratual, para não denegrir terceiros, sociedade, nas relações firmadas.

6 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

Tal princípio, apesar de difundidos questões iniciais no direito romano, fora codificado no ordenamento jurídico francês, por Napoleão Bonaparte, em 1804. Anteriormente, a boa-fé, na idade média, influenciada pelo direito canônico, confere tal princípio uma carga ética que se equiparava à ausência de pecado. Neste sentido, os benefícios da boa-fé somente eram concedidos àqueles que tivessem conservado desde a fase inicial até o momento em que a invocassem.

Apesar da carga principiológica, tal princípio se desenvolveu de forma plena e influente a partir da entrada em vigor do Código Civil Alemão (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB), em 1900, diferenciando a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva.

- Boa – fé Subjetiva: A boa vontade subjetiva se reflete no estado psicológico de uma pessoa, incluindo o conhecimento da justiça e legitimidade de seu comportamento ou sua ignorância perdoável de anti-legalidade, que é extremamente importante na construção de questões de propriedade e a teoria da representação. É a isso que Alípio Silveira chama de boa-fé, enquanto Fábio Ulhôa Coelho a define como "boa em expressar o que acredita e acreditar no que diz". Portanto, ele agiu de maneira sincera e, diante de circunstâncias específicas, acreditou estar diante de uma situação de lei e ordem.
- Boa – fé objetiva: A honestidade objetiva é um princípio geral que restringe o exercício de direitos subjetivos ao inserir as regras de comportamento a serem seguidas pelos contratantes, e ainda como método de interpretação, um princípio

geral que acaba de definir o conteúdo objetivo do negócio jurídico. Interpretar a declaração da vontade de ajustar a relação jurídica às funções econômicas e sociais de cada caso particular.

Neste sentido, o ordenamento jurídico brasileiro moderno traz a boa-fé como fator basilar de interpretação, avaliando-a tanto na responsabilidade pré-contratual, como a responsabilidade contratual e pós-contratual.

Portanto, para uma análise mais ampla, no aspecto pactual dos contratantes, deverá ser levadas as condições em que o contrato foi firmado, o nível sociocultural dos contratantes, seu momento histórico e econômico e a interpretação dada a vontade contratual, para se estabelecer o princípio da boa-fé.

7 A PANDEMIA E A EXECUÇÃO DOS INSTRUMENTOS CONTRATUAIS

O complexo viral COVID-19, elencou diversas preocupações, além do lado mortal da cepa, as questões econômicas vieram a todo vapor, visto que independente de toda previsibilidade feita, entre os mais variados negócios jurídicos, tal fator não pode ser previsto.

O que conseqüentemente, ocasionou diversos litígios, entre eles o desequilíbrio contratual, que desencadeou um enorme déficit econômico, tanto entre particulares pessoas físicas, quanto em pessoas jurídicas, visto que no Brasil, no primeiro caso os microempreendedores são uma vasta classe, e não possuem aparato financeiro para arcar com todos os custos fixos a longo prazo, ou seja, diversas empresas cerraram as portas, ocasionando uma falta de circulação de pecúnia, influenciando na economia brasileira, cumulando com a ineficiência dos programas para auxílio aos micro e pequenos empresários, que observaram seus sonhos definharem conforme o tempo.

Os negócios jurídicos, podem ser permanentes ou temporários, a depender do caso concreto. No primeiro caso, existe um obstáculo ao desempenho do serviço, e o obstáculo não deve desaparecer ou enfraquecer com o tempo. No segundo caso, a impossibilidade limita-se a um determinado período de tempo, indicando que ainda pode ser realizada, mas não pode ser realizada no período inicialmente previsto.

No cenário jurídico envolvendo as questões contratuais, as partes têm o direito de resolver, se for do seu interesse, ou podem manter a relação, mediante acordo mútuo, a readequação do conteúdo do serviço caducado. É o caso de escolas fechadas ou de prestadores de serviços cuja atividade seja dificultada ou restringida por medidas de polícia administrativa, podendo envolver contratos de consumo, bem como contratos civis ou comerciais.

Existem no Código Civil, que foi recentemente alterado pela Lei nº 13.874 / 2019. Em particular, aqueles que declaram que a interpretação de negócios legítimos deve receber um significado correspondente à boa fé.

8 DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL

Sabemos que o regulamento contratual resulta de um concurso de fontes, que em várias medidas e formas participam na sua construção: à vontade das partes podem juntar-se ou sobrepor-se outras fontes. Mas aquelas que definimos, outras fontes, diversas da vontade dos contraentes, constituem um conjunto de critérios de determinação do conteúdo do contrato, pouco homogêneo.

Diferem profundamente entre si, sob dois aspectos diversos: em primeiro lugar, de um ponto de vista, por assim dizer, procedimental ou aplicativo, isto é atinente ao modo pelo qual estes critérios intervêm operativamente na construção do regulamento; em segundo lugar, de um ponto de vista substancial, quer dizer, relativo às suas funções e posições face à autonomia privada, ou, se preferir à natureza dos interesses de que são veículo. (Roppo, 2008).

Para ilustrar a aplicabilidade do desequilíbrio contratual moderno, devemos observar o passado, visto que o pensador São Tomaz de Aquino aduzia algumas questões sobre a famigerada teoria da imprevisão, vejamos:

Quem promete uma coisa, com intenção de cumprir a promessa, não mente, porque não fala contra o que tem na mente. Mas, não a cumprindo, é-lhe infiel, mudando de intenção. Pode, porém, ser escusado por duas razões: primeiro, se prometeu o que é manifestamente ilícito, pecou quando assim procedeu e, portanto, age bem mudando de propósito; segundo, se mudaram as condições das pessoas e dos atos, pois, como diz Sêneca, para estarmos obrigados a fazer o que prometemos, é necessário que todas as circunstâncias permaneçam as mesmas. Do contrário, não mentimos quando prometemos, nem somos infiéis à promessa por não a cumprir, pois já as condições não eram as mesmas. Por isso o Apóstolo não mentiu por não ter ido a Corinto, como prometera, pois obstáculos supervenientes lhe impediram. (Borges, 2001).

A gênese da moderna teoria dos contratos e do direito dos contratos, individualizamos uma fórmula capaz de sintetizar o seu conteúdo e os seus valores essenciais: liberdade de contratar, baseada na soberania da vontade individual dos contraentes.

Como informa Álvaro Villaça Azevedo, há aproximadamente 3.700 anos, o Código de Hamurabi, excepcionando o princípio da força obrigatória dos contratos, em sua Lei 48, já previa: "se alguém se obrigou por uma obrigação que produz interesses" (juros) "e uma tormenta" (o Deus Hadad) "inundou seu campo e destruiu sua colheita, ou se, por falta de água, o trigo não nasceu no campo, nesse ano ele não dará trigo a seu credor, modificará sua tábua de contrato e não dará o interesse" (juros) "desse ano". Veja-se que essa antiga

regra da Babilônia já previa a revisão do contrato devido à modificação das circunstâncias negociais. (Azevedo).

Inspiraram os canonistas, entre eles Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino, os quais mostraram que não existe mentira quando o descumprimento de promessa ocorre por motivo relevante, inclusive Santo Tomás de Aquino em sua Suma Teológica, no século XIII, citando Sêneca, assentou que a manutenção da palavra empenhada depende de que não tenham mudado as circunstâncias. (VILLAÇA, 2020).

9 DO FATO SUPERVENIENTE

As questões que envolvem os contratos de natureza cível e empresarial, regidos pela Lei 10.406, 13.874/19, pela MP 925/2020, entre outros instrumentos específicos, devem ser observadas com cautela, visto estar presente, na maioria dos casos, questões fundamentais à dignidade da pessoa humana.

Nos casos de uma mudança superveniente, ou seja, não prevista contratualmente, devem ser regidos por princípios basilares, conforme explanado em tópicos supra, para prover uma maior ordem, sem ir de encontro a direitos fundamentais do indivíduo, onde deve ser estabelecido parâmetros para a utilização da Teoria da Imprevisão.

Neste sentido, observando fatos históricos, a tempos em que a teoria da imprevisão vem sendo utilizada, especificamente no pós guerra, visto que, no final das contas, os conflitos ocasionados na Primeira Guerra Mundial geraram um significativo desequilíbrio nos contratos existentes, bem como, nos futuros a longo prazo. Então, notou-se que o *pacta sunt servanda*, que compunha um direito absoluto, deveria ser repensado.

Questões pertinentes, que vieram a luz em 21 de janeiro de 1918, na França, onde eclodiu a Lei Failliot, a qual autorizou a resolução dos contratos concluídos antes da guerra porque sua execução se tornaria muito onerosa. Onde se originou a famosa Lei Falliot, de 21 de maio de 1918, (GAGLIANO, 2018), sendo descrita pela doutrina como a base legal para a aplicabilidade da Teoria da Imprevisão, consistente no reconhecimento de que a ocorrência de acontecimentos novos, imprevisíveis pelas partes e a elas não imputáveis, com impacto sobre a base econômica ou a execução do contrato, admitiria a sua resolução ou revisão, para ajustá-lo às circunstâncias supervenientes.

10 ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS

A obrigatoriedade do contrato forma o sustentáculo do direito contratual. Sem essa força obrigatória, a sociedade estaria fadada ao caos. Embora tenha que se tomar a afirmação com o devido cuidado, o contrato estabelece uma lei entre as partes. Essa força legal do contrato é sentida pelos participantes do negócio de forma mais concreta do que a própria lei, porque lhes regula relações muito mais próximas. (VENOSA, 2021).

No entanto, em situações excepcionais a jurisprudência atual tem admitido uma revisão das condições dos contratos por força de uma intervenção judicial. A sentença

substituí, no caso concreto, a vontade de um dos contratantes. Essa revisão pode ocorrer, é fato, por via oblíqua, quando se reconhece o abuso de direito (VENOSA, 2021), ou o enriquecimento sem causa. No abuso de direito, podemos paralisar o cumprimento de um contrato, porque há desvio do fim social e econômico para o qual foi criado, sob a falsa aparência da legalidade.

Conforme podemos observar no Ag nº 4006295-02.2020.8.04.0000, os fatos supervenientes, suspensão das atividades por meio de Decretos Governamentais que restringem a circulação de pessoas e serviços a fim de conter o contágio do complexo viral COVID-19, foi reconhecido pelo poder judiciário no estado do Amazonas - AM, sendo de extrema importância para manter a funcionalidade da empresa (Amazonas Fit Academia LTDA), incidindo também nos princípios essenciais do direito empresarial, ou seja, a teoria da empresa e sua funcionalidade.

A vontade contratual, em síntese, não pressupõe o acontecimento inesperado que desequilibrou o contrato. Outras correntes, partem pelo princípio da reciprocidade ou equivalência das condições, nos contratos bilaterais, ou unilaterais onerosos, deve existir certo equilíbrio nas prestações dos contratantes, desde o momento da estipulação até o momento de seu cumprimento. (VENOSA, 2021).

Neste íterim, o Ag nº 5050703-05.2021.8.21.7000 ressalta a aplicabilidade da teoria da imprevisão nos contratos de financiamento de veículos automotores, no caso concreto para a Desembargadora Ângela Terezinha de Oliveira Brito em 27/08/2020, a instauração de fatos supervenientes, cumulada com a queda abrupta do faturamento em tempos de crise sanitária, com fulcro no art. 478 do Código Civil de 2002, onde prevê a resolução nos contratos de execução continuada ou diferida.

Por se tratar de uma medida excepcional, a teoria da imprevisão possui parâmetros para aplicabilidade, sendo tais critérios a comprovação da mudança da saúde financeira, o que torna subjetivo e muito temerário, pois a legislação não especificou quais elementos são capazes de convencer o magistrado, que utilizará o princípio da motivação para dirimir quaisquer dúvidas. A divergência jurisprudencial é alta, pois a depender do princípio da motivação, onde demanda a subjetividade do magistrado e o princípio do duplo grau de jurisdição, estabelece vários pontos de análise, conforme podemos observar no Ag nº 1.0000.21.045188-6/001, relator Des. José Augusto Lourenço dos Santos em 25/08/2021, que pelas provas colacionadas ao processo deferiu a suspensão do contrato por 180 dias.

11 CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES

Diante do conteúdo revelado nos tópicos acima, ficou comprovado que o conceito clássico de interpretar um contrato como se fosse uma "lei entre as partes" foi modificado em vários estados absolutos e imutáveis. A adesão a teorias revisionistas para permitir maior liderança nacional, permitindo assim a revisão de interesses muito caros e precários

para uma das partes, tornou-se claramente flexível, o que mostra que o contrato é o princípio da boa-fé para fins sociais.

A cláusula rebus sic standibus, resgatada sob a estrutura científica da Teoria da Imprevisão, tornou-se um verdadeiro amortecedor do princípio da autonomia da vontade, retirando o pacta sunt servanda de sua intangibilidade fazendo com que a doutrina, a jurisprudência e o legislador do Código Civil de 2002, passassem a dispensar tratamento especial à pessoa – sua dignidade e sociabilidade no lugar da vontade soberana individualista que imperava.

As questões supervenientes causadas pelo complexo viral denominado Sars-Covid-19, impactando na economia global, e, conseqüentemente, dificultando a estabilidade dos negócios jurídicos pactuados, visto a não previsão contratual, para o período vivenciado, utilizando-se como base os princípios da boa-fé, a função social e o princípio da menor onerosidade para as partes, estabelece um comparativo para a melhor resolutive das questões entre os indivíduos, ocasionalmente levando tais questões para apreciação do poder judiciário, onde com as ferramentas e estudos necessários argui preceitos fundamentais para manter o negócio jurídico, visto a probabilidade de influência de tal relação, tanto em escala local como global.

Desse modo, é fulcral a observância da esfera judiciária, baseando-se nos princípios basilares do ordenamento jurídico, utilizando-se como analogia casos concretos, onde é presente tais arguições, visto se tratar de consequenciais que vão além do simples papel, e transcendem ao núcleo familiar, atingindo também o estado anímico dos indivíduos, visto a instabilidade econômica.

12. REFERÊNCIAS

DELGADO, José Augusto. **Reflexões sobre contratos bancários**. Ministro do STJ e Ministro do TSE (biênio 2006/2008).

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 15ª Ed – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NETO, Francisco de Barros Mello. **Análise jurídica dos contratos bancários mais usados**. Apud HUGON, P. A Moeda. Coleção: Biblioteca Pioneira de Ciências Sociais. São Paulo: Pioneira, 1973. Estação Científica Online Juiz de Fora, n. 05, jan. 2008, p. 03, 04.

MAXIMILIAN, Paulo. **Contratos**. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos**. 21ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2021.

BRUNO, Marcos Gomes. **Resumo jurídico de obrigações e contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2004. v. 10.

DE CAMPOS MELO, Leonardo. LORETTI HENRICI, Ricardo. PEREIRA MOTTA, Cristiane da Silva. **Obrigações e Contratos – Pareceres**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

AZEVEDO, Marcos. **Onerosidade Excessiva e Desequilíbrio Contratual Superveniente**. 1ª Ed. São Paulo: Almedina, 2020.

FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. **Cláusula rebus sic stantibus: Teoria da Imprevisão**. RT 845/ 725. São Paulo: Ed. RT, mar. 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2014. v. 3.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e sua Função Social**. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

AZEVEDO, Álvaro. **Curso de Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 43ª Ed. São Paulo: 2020.

ROPPO, Enzo. **IL Contratto**. 1ª Ed. Coimbra: 2009.

A JUDICIALIZAÇÃO DAS REDES SOCIAIS: UMA ANÁLISE ACERCA DA RELATIVIZAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM FACE DO CONTROLE PATRONAL NO DIREITO DO TRABALHO

JHONATAS ALEIXO SETUBAL:
graduando em direito pela FESAR.

JOÃO VICTOR BARBOSA COSTA⁸⁸,
(coautor)

FERNANDO PAIVA GOMES DO AMARAL⁸⁹
(orientador)

RESUMO: O presente artigo objetivou fazer uma análise do direito fundamental a liberdade de expressão exercida nas redes sociais, em paralelo com o controle patronal que o empregador pode exercer durante a relação de emprego. Para a construção do raciocínio utilizou-se da metodologia qualitativa descritiva por meio de estudo bibliográfico dos aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais em tais situações. Restou demonstrado na presente pesquisa que a liberdade de expressão mesmo sendo uma garantia fundamental com reconhecimento internacional e extremamente enraizada na dignidade da pessoa humana, pode ser relativizada quando em confronto com outros direitos ou garantias. No que diz respeito aos limites da liberdade de expressão nas redes sociais e seus reflexos na relação de emprego, foi evidenciado que a jurisprudência reconhece a possibilidade de demissão por justa causa, nos casos em que o empregado, ao fazer uso de sua liberdade nas redes sociais, causar algum impacto negativo na empresa, clientes ou colegas.

PALAVRAS CHAVE: Direito do Trabalho. Redes Sociais. Controle Patronal. Liberdade de Expressão.

ABSTRACT: This article aimed to analyze the fundamental right to freedom of expression exercised in social networks, in parallel with the employer control that the employer can exercise during the employment relationship. For the construction of reasoning, descriptive qualitative methodology was used through bibliographic study of legal, doctrinal and jurisprudential aspects in such situations. It was demonstrated in this research that freedom of expression, despite being a fundamental guarantee with international recognition and extremely rooted in the dignity of the human person, can be relativized when confronted

⁸⁸ graduando em direito pela FESAR, residente em Xinguara-PA.

⁸⁹ Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela PUC/Minas; Docente na FESAR

with other rights or guarantees. With regard to the limits of freedom of expression on social networks and its effects on the employment relationship, it was evidenced that the jurisprudence recognizes the possibility of dismissal for just cause, in cases where the employee, when making use of his freedom on the networks social, cause any negative impact on the company, customers or colleagues.

KEYWORDS: Labor Law. Social networks. Employer Control. Freedom of expression.

INTRODUÇÃO

As redes sociais integram a rotina de grande parte das pessoas, de modo que funcionam não apenas com seu objetivo principal de socializar, sendo utilizada também como uma válvula de escape e um espaço onde é possível compartilhar a rotina, as emoções, os pensamentos e opiniões sobre diversos assuntos.

Diante da presença que tem as redes sociais em nosso cotidiano, é possível perceber o impacto que essas podem ter em uma relação de trabalho, pois diversas dessas são utilizadas como ferramenta para auxiliar na comunicação e produtividade para determinadas atividades laborais.

Ocorre que neste cenário surge a problemática sobre o uso excessivo destas ferramentas, não apenas em expediente, mas também fora dele. É fato que o direito civil e trabalhista avança a passos lentos no que diz respeito a regulação das atividades digitais. Em contrapartida é possível perceber um aumento de situações apresentadas ao judiciário no cenário trabalhista onde é necessário fazer uma ponderação dos exercícios e liberdades.

Neste diapasão, o presente artigo irá abordar essas diversas situações que ocorrem no âmbito das redes sociais e como elas impactam na rotina trabalhista. Buscaremos ainda fazer uma análise com o direito à de liberdade de expressão, que é uma garantia fundamental, e o exercício do direito de fiscalização patronal, entendendo como ambos se confrontam no mundo virtual, e até que ponto as interferências judiciais ferem ou protegem tais direitos.

A pesquisa será elaborada de forma exploratória no intento de estabelecer as bases que levarão a estudos futuros por meio de análise das legislações específicas que regem as relações na era digital, bem como em busca das interpretações efetuadas por doutrinadores e estudiosos acerca do tema.

Em um primeiro momento abordaremos o direito a liberdade de expressão como garantia constitucional verificando quais suas limitações, passando então para os direitos do empregador e da empresa empregadora de forma isolada ressaltando também o que exatamente esses direitos englobam, para posteriormente falarmos sobre as responsabilizações e possíveis consequências que cada um pode sofrer.

1. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A liberdade de expressão consiste em um pressuposto basilar do Estado Democrático de Direito, que deve garantir que cidadão tenha essa prerrogativa de se manifestar. Trata-se de uma extensão da liberdade de pensamento, pois é o direito de exteriorizá-lo. Tal prerrogativa encontra seu amparo em âmbito internacional, uma vez que a Declaração Universal de Direitos Humanos, adotada pela ONU em 10 de dezembro de 1948 prevê em seu artigo 19:

“Artigo 19: Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.”

No Brasil, essa prerrogativa foi consagrada pela primeira vez com a Carta Magna de 1824, que também vedou a censura. Entretanto foi um árduo caminho até sua efetivação de fato, vez que houveram períodos na história onde a censura era institucionalizada.

Atualmente o artigo 5º da Constituição Federal garante a liberdade de expressão ao determinar em seu inciso IV que *“é livre a manifestação do pensamento sendo vedado o anonimato”* (BRASIL, 1988). No mesmo sentido, Gilmar Mendes (2016, p.263) aduz que a Constituição ampara com este inciso, a comunicação de ideias, pensamentos, além de informações e expressões não verbais como comportamentais, por imagem, expressões musicais, dentre inúmeras outras.

Trata-se de um direito que possui ligação direta com a dignidade humana, já que se expressar faz parte da nossa natureza. Neste viés, CARVALHO (2013), afirma que *“a liberdade consiste na escolha de uma possibilidade da forma de pensar e agir. Assim, apesar do embate sobre amplitudes axiológicas desse termo a CF/88 consagrou esse direito no rol dos direitos e garantias em suas diversas modalidades”*.

Entretanto, é preciso compreender que esta garantia constitucional vista como um direito fundamental e como uma grande conquista para a democracia possuem algumas limitações, de modo de MONDAINI (2008) afirma que a liberdade não para fazer tudo que queira, devendo ser tratada como uma necessidade fundamental.

1.2 As Limitações Do Direito À Liberdade De Expressão

Note-se que o próprio final do inciso IV do artigo 5º, ao garantir a liberdade de se expressar, proíbe o anonimato, o que se traduz em uma limitação da liberdade de expressão, objetivando evitar o abuso desta prerrogativa, e assegurar a possibilidade de responsabilização nos casos de violações.

Essas limitações se concretizam justamente quando entram em confronto com outros direitos fundamentais. Fernandes aduz:

“Nesses termos, para a doutrina dominante, falar em direito de expressão ou de pensamento não é falar em direito absoluto de dizer tudo aquilo ou fazer tudo aquilo que se quer. De modo lógico-implícito a proteção constitucional não se estende à ação violenta. Nesse sentido, para a corrente majoritária de viés axiológico, a liberdade de manifestação é limitada por outros direitos e garantias fundamentais como a vida, a integridade física, a liberdade de locomoção. Assim sendo, embora haja liberdade de manifestação, essa não pode ser usada para manifestação que venham a desenvolver atividades ou práticas ilícitas (antissemitismo, apologia ao crime etc...)” (FERNANDES, 2011).

Ou seja, se colocado em confronto com outros direitos fundamentais como os direitos de personalidade, ou ainda se tal “expressão” vier a ferir pessoas, grupos, doutrinas, gerar danos etc. pode ser relativizado ou até suprimido, de modo que liberdade para se expressar não deve servir como desculpa para ofender ou desrespeitar demais pessoas ou grupos que integram a sociedade.

2. OS PODERES DO EMPREGADOR NO CONTRATO DE EMPREGO

Para adentrar neste tópico, primeiramente faz-se necessário uma conceituação do contrato de emprego, sua forma e seu alcance, bem como quais são os direitos e as obrigações para os pactuantes, empregado e empregador.

Convém mencionar que em uma relação de emprego é considerado empregador, segundo o art. 2º da CLT: “*a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.*”, de modo que os profissionais liberais, instituições de beneficência, associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos também podem ser considerados empregadores de forma equiparada.

Por outro lado, o art. 3º do referido diploma legal conceitua empregado como: “*toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.*” Assim, estabelecida essa relação, empregado e empregador possuem a autonomia para entre si, ajustarem o contrato de emprego, o qual deverá reger a relação de emprego e vincular ambos quanto aos seus direitos e obrigações.

Neste sentido, DELGADO (2014) conceitua o contrato de emprego como “*acordo tácito ou expresso, mediante o qual ajustam as partes pactuantes suas obrigações*”

recíprocas". No mesmo viés, A CLT em seu artigo 442 preceitua que o " contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego."

Ou seja, se trata de um acordo formalizado ou não, entre empregado e empregador, o qual estipula de forma recíproca quais os direitos e quais obrigações de cada uma das partes. Note-se que o artigo 444 da CLT deixa claro que existe a possibilidade de livre estipulação de tais direitos entre as partes, desde que não se trate de matéria contrária aos dispositivos de proteção ao trabalhador.

No que se referem aos poderes do empregador na relação de emprego, estes por vezes encontram-se implícitos nos próprios pressupostos que caracterizam a relação de emprego, que são o serviço prestado por pessoa física, pessoalidade, não eventualidade, subordinação e onerosidade.

Insta salientar que a própria CLT ao nos trazer os conceitos das partes e da relação de emprego, evidencia os requisitos acima mencionados de modo que nascem então os deveres do empregado, e os poderes do empregador, que consistem no poder diretivo previsto no próprio art. 2º da CLT, exercendo assim um controle sobre a atividade desenvolvida, tanto em seu resultado como em sua execução.

DELGADO (2014), aduz que o poder empregatício insurge oriundo do contrato firmado, possuindo as dimensões diretivas, regulamentares, fiscalizatórias e disciplinares, onde a essência está na capacidade que o empregador possui e direcionar a execução da atividade laboral em buscando que se atinja a finalidade da determinada função.

Em contrapartida, o empregado ao cumprir seu dever ao qual é subordinado de forma pessoal e habitual tem como o direito a recepção do seu salário, de suas garantias como férias, horário para alimentação, limite de jornada, dentre outros diversos direitos previstos na Constituição Federal, na CLT e em outros diplomas.

3. LIBERDADE DE PENSAMENTO DO EMPREGADO NAS REDES SOCIAIS

O uso das redes sociais têm se expandido cada vez mais na sociedade, tornando-se uma ferramenta indispensável para comunicação, expressão, socialização, exposição de ideias, comercialização, e todas as infinitas finalidades que podem existir para se passar uma mensagem.

Como vimos, a liberdade de pensamento consiste em um reflexo da liberdade de expressão que é inerente às pessoas. No que diz respeito a esta liberdade aplicada ao empregado no uso de suas redes sociais pessoais, é preciso observar que apesar de ter suas garantias expressas e fundamentais, o empregado deve estar atento ao compartilhar coisas como fatos sobre a empresa, e até mesmo sobre o empregador.

Se sua opinião fere ou interfere na imagem da empresa de modo negativo sendo exposto em uma rede social pública, isso pode ir em confronto com os direitos do empregador no que diz respeito à sua imagem. Vejamos o posicionamento recente proferido pela 16ª turma Tribunal Regional da 2ª Região:

EMENTA: DISPENSA POR JUSTA CAUSA - FALTA GRAVE - MENSAGEM POSTADA EM REDE SOCIAL (FACEBOOK) - CONFIGURAÇÃO - A importância positiva das redes sociais para as empresas, se define pelo "marketing de conteúdo", que consiste no gerenciamento de estratégias para melhorar o reconhecimento e/ou identidade visual de um produto ou serviço, expondo tópico relevante, além de servir como um canal de atendimento, tanto para conquistar clientes, como um público-alvo. Portanto, é óbvio, que se uma empresa recebe um comentário negativo, esse pode ser visualizado pelos seus concorrentes e utilizado de forma prejudicial para a organização que o recebeu. E tal circunstância é agravada quando tal atitude parte de um funcionário. Afinal, embora as redes sociais funcionem no ambiente da Internet, não deixam de impactar profundamente "na existência das pessoas" (físicas ou jurídicas), até porque, hoje, é difícil dissociar o "digital" do "real", porquanto muitas notícias saem primeiro na "web", para após ser replicada em outras fontes de informações (jornais, revistas, etc. .). Desta maneira, no caso corrente, não há como negar que o reclamante, com o seu comentário ofensivo, além do uso de palavras de baixo calão e o expresso desejo de obter a própria demissão, aviltou a reputação de sua empregadora, como dos seus colegas de trabalho, na maior e mais representativa rede social do mundo na atualidade (Facebook), dando ensejo à justa causa para a ruptura do liame empregatício pelo empregador, na forma do artigo 482, alínea j ("ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa..."). Apelo do reclamante a que se nega provimento. (TRT-2 10007168320195020027 SP, Relator: NELSON BUENO DO PRADO, 16ª Turma - Cadeira 4, Data de Publicação: 05/08/2021)

Portanto, ao cruzar as delimitações de seus direitos expondo o empregador ou a empresa a uma situação que venha a lhe prejudicar, tanto pessoalmente ou prejudicar as vendas, acarreta consequências com as quais o empregado deverá arcar com a responsabilização de seus atos.

É preciso observar que o uso das redes sociais de forma irresponsável pode causar danos irreparáveis à honra e a imagem das pessoas, e isso inclui o empregador, de modo

que é perfeitamente possível que estes exerçam seu poder de fiscalização e de direção ao impor limites quanto ao uso desenfreado das redes sociais em seu horário de trabalho, divulgação de informações indevidas, que possam comprometer a empresa ou seus clientes, ou mesmo à proteção aos direitos de personalidade que albergam o empregador.

“JUSTA CAUSA. POSTAGEM DIFAMATÓRIA DA EMPRESA EM REDE SOCIAL. CONFIGURAÇÃO. Não se nega á reclamante o direito de expressar seus sentimentos, mas a mesma deve arcar com as consequências de suas manifestações. Em nome do direito à liberdade de expressão não se pode ofender ou denegrir a imagem de pessoas, físicas e jurídicas. Ao fazer a postagem "Hoje me senti num Tribunal julgada a prisão perpétua na MOPC liberdade nunca canta", a reclamante comparou a reclamada a um tribunal que lhe atribuiu injustamente a pena máxima de prisão perpétua, privando-a da liberdade, apenas porque a empresa não concordou em demiti-la. Provimento negado. (TRT-2 10004454120195020038 SP, Relator: BEATRIZ HELENA MIGUEL JIACOMINI, 2ª Turma - Cadeira 5, Data de Publicação: 17/08/2020)”

Assim, as postagens difamatórias em redes sociais vem sendo cada vez mais judicializadas, de modo que as interferências judiciais em várias áreas em virtude de suas consequências são comuns. No âmbito trabalhista, estas podem ensejar justa causa, conforme entendimento já expressado por alguns tribunais.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, restou demonstrado que a liberdade de expressão é um direito fundamental e basilar para a dignidade do ser humano, com status internacional, sendo uma premissa. Entretanto, há que se observar que como todo direito, a liberdade de expressão não é absoluta, podendo ser relativizada se em conflito com demais direitos de personalidade.

Nesta seara, observou-se que empregador e empregado possuem direitos e deveres em uma relação de emprego, sendo uma das prerrogativas o controle patronal ao fiscalizar o uso das redes sociais, tanto em utilização no horário de expediente, quanto no que diz respeito as postagens que possam ter algum reflexo para a empresa.

Com isso, podemos compreender que, se o uso da liberdade de expressão principalmente do empregado nas redes sociais de alguma forma ofende ou acarreta prejuízos ao empregador, ofende um colega, ou mesmo causa danos de alguma forma, tal ação poderá sim, ensejar o encerramento do contrato de emprego.

REFERENCIAS

_____, 5ª Turma Cível do TJDFT **Nem toda ofensa nas redes sociais gera direito a indenização por danos morais**. Disponível em: [Nem toda ofensa nas redes sociais gera direito a indenização por danos morais — Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios \(tjdft.jus.br\)](#) <acesso em 18 de abril de 2021>

_____, [Declaração Universal dos Direitos Humanos \(unicef.org\)](#) <acesso em 24 de novembro de 2021>

BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade**. Revista de direito administrativo, v. 235, p. 1-36, 2004.

BILOBRAN, Luiz Eduardo et al. Liberdade de Expressão. Anais do Salão de Iniciação Científica Tecnológica ISSN-2358-8446, n. 1, 2021.

BRASIL, Lei 12.965 de 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil**. Disponível em: [L12965 \(planalto.gov.br\)](#) <acesso em 19 de abril de 2021>

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 18 de abril de 2021

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 10 de setembro de 2020.

BRASIL. Decreto no 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 12 de setembro de 2020.

BRASIL. Direitos Humanos Direitos Humanos atos internacionais e normas correlatas. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/508144/000992124.pdf?sequence=1>. Acesso em 12 de setembro de 2020.

CORRÊA, Gustavo Rocco. **Indenização por danos morais causados pela injúria nas redes sociais**. Disponível em: [Indenização por danos morais causados pela injúria nas redes sociais - Jus.com.br | Jus Navigandi](#) <acesso em 19 de abril de 21.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MONDAINE, Marcos. **Direitos Humanos no Brasil Contemporâneo**. 1ª Ed. Recife: Editora Universitária, 2008.

NEVES, Alexandro Santana. **A responsabilidade civil por danos morais em redes sociais**. Disponível em: [A responsabilidade civil por danos morais em redes sociais - Jus.com.br | Jus Navigandi](#) <acesso em 18 de abril de 2021>

[O impacto das redes sociais nas relações de trabalho e sua força probante - Âmbito Jurídico - Educação jurídica gratuita e de qualidade \(ambitojuridico.com.br\)](#) <acesso em 30 de agosto de 2021>

RICARDO, RESENDE,. **Direito do Trabalho**. Grupo GEN, 2020.

ROGÉRIO, Marcio. **Liberdade de Expressão à luz da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: [Liberdade de expressão à luz da Constituição Federal de 1988 - Jus.com.br | Jus Navigandi](#) <acesso em 17 de maio de 2021>

ROMITA, Arion Sayão. **Os poderes do empregador e os deveres do empregado na relação de emprego, segundo Délio Maranhão**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 81, n. 3, p. 37-52, jul./set. 2015.

TARTUCE, Flavio. Direito Civil 2: **Direito das Obrigações e Responsabilidades Civil**. 10ª Ed. São Paulo: Método 2015.