

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1130

(Ano XIV)

(24/12/2022)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

QR Code do Volume 1130



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

Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1130, (ano XIV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2022. 561 *ffs*.

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

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

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

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



Alexandre de Moraes pode ser preso em flagrante? Episódio 2 – o retorno
Eduardo Luiz Santos Cabette, 09.

ARTIGOS

A aplicação do dolo eventual e culpa consciente em homicídios no trânsito pelo TJMG

Deivisson Lemos de Paula, 28.

Investigação criminal tecnológica: obtenção de provas lícitas e garantia dos direitos fundamentais

William Piassi Sturnik, 65.

Inclusão de TUSD/TUST na base de cálculo do ICMS

Débora Pascal de Almeida, 80.

A atuação da Defensoria Pública como custos vulnerabilis no processo civil

Ursula de Souza Van-erven, 99.

O tratamento jurídico tributário das criptomoedas no Brasil

Ruy Menezes Leao Neto, 113.

Tecnologias assistivas e poder judiciário: uma análise da lei nº 13.146/2015

Olegário de Moura Neto, 134.

Legitimidade ativa das entidades de classe de âmbito nacional: a voz da sociedade civil na jurisdição constitucional

Matheus George Gouvêa da Nóbrega, 150.

A divergência jurisprudencial sobre a aplicação da majorante do repouso noturno ao furto qualificado

Yone Cristina Vasconcelos de Andrade Silveira, 188.

Casos de grande repercussão no direito penal brasileiro – a influência midiática

Emanuelle Amorim de Oliveira e Victor Daniel Oliveira da Silva, 199.

A desigualdade de gênero na pandemia da Covid-19: Um olhar sobre os principais efeitos na vida das mulheres

Dayane Maciel Bezerra de Castro, Natália Tomás Ribeiro Bispo e Leonardo Luís de F. Pedron, 214.

A visão da magistratura sobre a retroatividade da nova lei de improbidade administrativa, embasada no fim da modalidade culpa

Silvana Grandizoli Silva, 237.

Convivência: direito ou dever? Uma análise histórica, legislativa, doutrinária e jurisprudencial

Luise Ferreira Sousa, 257.

Democracia acirrada

Alexandre Santos Sampaio, 272.

Delação premiada e o combate ao crime organizado no contexto brasileiro

Paulo Ricardo Manoel dos Santos e Valmicy Ferreira Rocha, 275.

Prescrição virtual: Reconhecimento antecipado da prescrição retroativa em virtude da ausência do interesse de agir

Cammilla Lydia Gonçalves Figueirêdo Lôbo e Diego José Lôbo de Oliveira, 286.

O conceito de direito: a origem e aplicação das regras jurídicas e a influência da moral no direito, estudos em Hart

João Hélio Reale da Cruz, 304.

O homem como algoritmo, consequências e jurisdição aplicada

Maria Cristina Almeida Pinheiro de Lemos, 315.

A correlação entre a recorribilidade e a motivação na perspectiva dos pronunciamentos judiciais de primeiro grau

Reinaldo Paulo Sales Junior e Caio Leão Câmara Felga, 327.

Garantia de acesso à justiça e a imparcialidade social da máquina judiciária

Ruyther Cesar Ozorio Fuzari, 347.

Um novelo de lã envolvendo a tributação de ICMS

Paula Naves Brigagão e Vanessa Vieira Marcos, 356.

Responsabilidade civil extracontratual das entidades do terceiro setor

Rodrigo de Paula Bandeira, 371.

Práticas dialógicas deliberativas do STF durante a pandemia do Covid - 19

Maria Cristina Almeida Pinheiro de Lemos, 387.

Proposta de medidas de compensação ambiental pelos impactos diretos e indiretos gerados pelos terminais metropolitanos de ônibus da Grande BH: considerações técnicas e operacionais sobre o Terminal Ibirité, MG

Vagner Luciano Coelho de Lima Andrade, 395.

Análise da Lei 14.181 de 2021 e sua aplicabilidade imediata: métodos adequados de solução de conflitos nas situações de Superendividamento do Consumidor

Laura Stela Inacio Faria, 427.

Da (in)constitucionalidade da reforma trabalhista

Henrique Felício Gross Ribeiro, 461.

O reconhecimento da paternidade socioafetiva post mortem no ordenamento jurídico brasileiro

Ricardo Benevenuti Santolini, 479.

Seguro de responsabilidade civil como instrumento de gestão de riscos do segurado

Ciro Rangel Azevedo e Gustavo Amado León, 494.

Da execução contra a Fazenda Pública e as alterações advindas da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

Antonio Marco Machado Botelho Filho, 507.

A educação como direito subjetivo e a modalidade EAD como forma de concretizá-lo

Dioghenys Lima Teixeira, 518.

Uma análise a respeito das leis ambientais brasileiras, junto as áreas de preservação permanentes (Apps) em áreas urbanas da cidade de Manaus e a questão dos resíduos sólidos na rede hidrográfica

Paloma da Costa Oliveira, 529.

Tratamento de dados no âmbito do marco civil da internet e da LGPD no Brasil

Uanderson Macena Oliveira, 542.

ALEXANDRE DE MORAES PODE SER PRESO EM FLAGRANTE? ESPISÓDIO 2 – O RETORNO

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE¹:

Delegado de Polícia aposentado, Mestre em Direito Social, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia e Professor de Direito Penal, Processo Penal, Medicina Legal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós-graduação do Unisal.

1. O PRIMEIRO EPISÓDIO

No primeiro episódio em que se cogitou da Prisão em Flagrante do Ministro do STF, Alexandre de Moraes, um Desembargador aposentado alegou essa possibilidade sem apontar especificamente qual seria ou quais seriam os crimes que ensejariam tal medida constritiva. Nesse vácuo explicativo e de acordo com a explanação genérica do citado Desembargador, chegou-se à conclusão que poderia estar se referindo a eventuais casos de Abuso de Autoridade, Crimes contra o Estado Democrático de Direito e/ou Crimes de Responsabilidade.

Nesse quadro, inviável a Prisão em Flagrante do Ministro do STF ou de qualquer magistrado, tendo em vista óbice legal constante da Lei Orgânica Magistratura, que impede a prisão, mesmo em flagrante, de juízes (até mesmo juízes de primeiro grau) por crimes afiançáveis. Como todos os delitos cogitados eram afiançáveis (art. 323, CPP), a tese da Prisão em Flagrante de Alexandre de Moraes era flagrantemente inviável. 2

Apenas para ilustração, transcreve-se o dispositivo que rege a matéria:

Lei Complementar 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional)
artigo 33, inciso II:

Art. 33 - São prerrogativas do magistrado:

¹ Contato: cabette@uol.com.br

2 Isso é um resumo do que já foi devidamente explicado no seguinte artigo: CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Alexandre de Moraes Pode Ser Preso em Flagrante? Disponível em <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/1690005480/alexandre-de-moraes-pode-ser-preso-em-flagrante#:~:text=Portanto%2C%20o%20que%20n%C3%A3o%20%C3%A9,%C3%A9%20poss%C3%ADvel%2C%20mas%20pouco%20prov%C3%A1vel.> , acesso em 05.12.2022.

II - não ser preso senão por ordem escrita do Tribunal ou do Órgão Especial competente para o julgamento, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará imediata comunicação e apresentação do magistrado ao Presidente do Tribunal a que esteja vinculado (grifo nosso).

2. SEGUNDO EPISÓDIO – O RETORNO

Passado algum tempo, o mesmo Desembargador aposentado, ao prestar depoimento em Comissão do Senado, reafirmou a tese de que o Ministro do STF, Alexandre de Moraes, poderia e deveria ser preso em flagrante.³

Desta feita o ex – magistrado afirma que Alexandre de Moraes cometeu diversos crimes, mas toma o cuidado de imputar-lhe um crime inafiançável e permanente que realmente, em tese, agora, permitiria sua prisão em flagrante, qual seja, o Crime de Tortura, na modalidade da chamada “Tortura – Castigo” (artigo 1º., inciso II, da Lei 9.455/97 c/c artigo 323, II, CPP e artigo 33, II da LC 35/79).

O Desembargador aposentado chega a ler o texto da legislação que é redigido nos seguintes termos:

Art. 1º Constitui crime de tortura:

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

Funda sua posição na alegação de que o Ministro do STF enfocado, sendo quem exerce coação sobre as pessoas envolvidas nos inquéritos que têm tramitação pelo STF, exerce “autoridade” sobre os investigados. Em sua visão, o transcorrer dos inquéritos funcionaria como uma espécie de “grave ameaça”, que conduziria as vítimas a “sofrimento mental”, enquanto forma de aplicar-lhes “medida de caráter preventivo”. Nestes termos, o ex – magistrado entende que as condutas de Alexandre de Moraes satisfariam a tipicidade do crime de “Tortura – Castigo”. Ainda é interessante e, diga-se de passagem, oportuno, na fala do Desembargador, sua proposta de que o Senado, enquanto órgão fiscalizador no sistema de equilíbrio de poderes, se reunisse com os 11 Ministros do STF a fim de que seja

³ MORAES, Rute. Ex – Desembargador reafirma pedido de prisão de Moraes. Disponível em <https://revistaeste.com/politica/ex-desembargador-reafirma-pedido-de-prisao-de-moraes/>, acesso em 05.12.2022.

posto um ponto final nos inquéritos ilegais, sendo tudo que ali foi produzido remetido ao Ministério Público, a fim de que forme sua convicção quanto a existir ou não algo servível para sustentar eventual ação penal. Nas palavras do Desembargador, esse seria um caminho de “pacificação social” necessário, inobstante os abusos já perpetrados. 4

3. ANALISANDO TECNICAMENTE A TESE DO EX- DESEMBARGADOR QUANTO À TIPIFICAÇÃO DE TORTURA – CASTIGO

Para compreender melhor como foi possível que o Desembargador aposentado chegasse ao tipo penal de “Tortura – Castigo”, considerando-o aplicável ao caso enfocado, é preciso fazer uma breve digressão histórica quanto às dificuldades para a descrição do delito de tortura na legislação brasileira. 5

A Constituição Federal é expressa em repudiar a prática da tortura e penas degradantes, desumanas ou cruéis no artigo 5º. III, XLIII e XLVII, bem como em proteger a integridade física e moral do preso (art. 5º., XLIX). Entretanto, quando da promulgação da Carta Magna, nossa legislação ordinária encontrava-se em descompasso com tal preocupação, pois que jamais havia sido elaborada qualquer normativa com o fito de proceder a uma definição do crime de tortura. O máximo existente era a menção em alguns dispositivos legais da palavra “tortura”, prevista, por exemplo, como uma qualificadora no crime de homicídio (art. 121, § 2º., III, CP) ou como agravante genérica (art. 61, II, “d”, CP). A própria Constituição Federal, embora mencionando o termo, não chegou a defini-lo, deixando essa missão ao legislador ordinário; procedimento, aliás, estritamente correto sob o aspecto da técnica legislativa.

Ocorre que o legislador ordinário tardou bastante a dedicar-se a esse importante e urgente mister. Note-se que o bom termo dessa empreitada apresenta-se como um relevante aspecto na construção continuada do nosso pretendido Estado Democrático de Direito sob dois aspectos: primeiro considerando a necessidade de extirpar quaisquer práticas atentatórias à dignidade humana da realidade brasileira, sendo um dos instrumentos (embora não o único e nem o mais eficaz) uma legislação rigorosa; segundo,

4 Cf. PANIAGO, Alex. Ex – Desembargador – Sebastião Coelho – 30.11.2022 – Senado Federal – Independência ou Morte – Ativismo. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=DBTjHsCf_aU , acesso em 05.12.2022.

5 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. A Definição do Crime de Tortura no Ordenamento Jurídico Penal Brasileiro. In: BORGES, José Ribeiro. *Tortura*. Campinas: Romana, 2004, p. 244 – 283. Observe-se que nesse trabalho não apenas se formula a crítica à redação aberta da Lei 9.455/97, mas se apresenta uma proposta concreta de redação casuística com fechamento em fórmula geral no estilo de interpretação analógica, com base no escólio do Médico Legista Carlos Delmonte. Cf. DELMONTE, Carlos. A Perícia na Tortura. *Revista Justiça Penal*. n. 5, 1997, p. 18 – 28.

tendo em vista os cuidados exigidos na elaboração de qualquer norma repressiva, que deve obedecer estritamente aos princípios da legalidade e da taxatividade.

A primeira manifestação do legislador ordinário pátrio acerca da tipificação do crime de tortura deu-se com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90). Em seu artigo 233 o ECA previa como crime o ato de “submeter criança ou adolescente, sob sua autoridade, guarda ou vigilância a tortura”. Também a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8072/90), logo em seguida veio a equiparar o crime de tortura aos chamados crimes hediondos, em plena consonância com a disposição constitucional (art. 5º, XLIII, CF c/c arts. 1º. e 2º. da Lei 8072/90).

Ocorre que nenhum dos dois diplomas sob enfoque chegou a estabelecer em que consiste a “tortura”, deixando-a sem a devida conceituação legal. 6

É forçoso reconhecer que realmente as previsões vazias até então operadas não serviam para dirimir qual seria a definição de tortura na legislação brasileira, muito simplesmente porque em nenhum momento “definiam” tal conduta. O máximo a que chegou o ECA foi prever um crime tratando da figura específica da tortura, mas sem delimitar o conteúdo semântico daquilo em que ela consistiria. Em suma, a legislação existente sobre essa questão era extremamente tautológica, pois responderia à pergunta sobre o que é tortura dizendo: ora, tortura é tortura!

Toda essa celeuma somente teve uma relativa pacificação com o advento da Lei 9455, de 07.04.97, a qual “define o crime de tortura e dá outras providências”, conforme estabelece sua ementa. Essa lei revogou expressamente o art. 233 do ECA (art. 4º., da Lei 9455/97) e processou à previsão do crime de tortura através do disposto em seu artigo 1º., incisos, alíneas e parágrafos.

Dúvida não há que o artigo 4º. da Lei 9455/97 logrou pôr cobro a toda a polêmica reinante acerca da tipificação de um crime de tortura pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, mediante a revogação expressa do artigo 233 daquele diploma. Mas, daí a concluir que a Lei 9455/97 promoveu uma definição adequada da figura criminosa da tortura, há uma longa e possivelmente invencível distância.

Na realidade a deficiência na técnica do legislador ao redigir as tipificações do crime de tortura, acaba por simplesmente trocar uma perplexidade por outra. Se a tipificação de um crime de tortura era duvidosa com relação ao artigo 233 do ECA, esta continua sendo bastante vaga em face às novas disposições da Lei de Tortura.

6 NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 304.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, tal qual outras leis ordinárias (Código Penal, Lei dos Crimes Hediondos) e a própria Constituição Federal, apenas utilizava a palavra “tortura” em um dispositivo, sem proceder a uma descrição, qualquer que fosse, ainda que singela ou genérica daquilo em que consistiria. Ora, o que faz de novo a Lei 9455/97? Procede a uma descrição segura, taxativa, pormenorizada do que seja tortura, de modo a evitar que tal conceito fique ao sabor de subjetivismos, do senso comum ou de idiosincrasias?

À vista da dicção do artigo 1º. acima transcrito a resposta só pode ser negativa. Ele realmente vai um pouco adiante em relação ao tratamento anterior sob comentário, pois descreve objetiva e subjetivamente condutas consistentes em tortura, coisa que não existia antes porque a lei, como já foi dito, se limitava a mencionar a palavra tortura sem qualquer esforço conceitual. Não obstante, o avanço descritivo foi pífio. Os contornos que são ali traçados não passam de um esboço iniciado, que não chega a definir as formas do objeto que pretende representar, de maneira que pode comportar interpretações que em nada se adequariam ao que realmente se destina. Isso porque as linhas traçadas existem e nesse ponto são melhores que uma folha em branco, mas são ainda insuficientes para a devida definição do objeto com absoluta segurança.

É interessante notar que a Lei 9455/97 efetivamente descreve condutas que constituiriam tortura, não versando esta crítica sobre eventual impropriedade do conteúdo da norma, mas sim sobre sua insuficiência descritiva.

A título ilustrativo, vejam-se três afirmações que são estritamente corretas: “A população nova-iorquina é superior a 2000 habitantes”; “As palavras filosofia e farmácia derivam ambas de palavras gregas que começam com a letra *phi*”; e “O homem é um bípede sem penas”. Como foi dito, as três afirmações são absolutamente corretas, e, no entanto estão bem longe de precisarem algo, sendo, portanto errôneas em vários níveis apesar de sua correção. Pode-se dizer quenenhuma delas, embora verdadeira, consegue trazer à tona aquilo que tenta descrever. Será que de posse dessas afirmações corretas alguém pode ter formado uma ideia capaz de individualizar a população nova-iorquina, diferenciando-a de outras populações mundiais? Ou extrair um conceito de filosofia ou da arte farmacêutica? Ou, ainda pior, conhecer o homem em sua essência? 7

Note-se que nas descrições típicas do artigo 1º. da Lei de Tortura pode-se encaixar uma infinidade de condutas, cuja configuração ou não de tortura não se dá pela inadequação à dicção legal, mas sim por uma análise meramente subjetiva, orientada pelo bom (ou mau) senso do intérprete. É claro que algumas condutas indubitavelmente

7 Exemplo ilustrativo inspirado na obra filosófica de Foltz: FOLTZ, Bruce V. *Habitar a Terra*. Trad. Jorge Seixas e Souza. Lisboa: Instituto Piaget, 2000, p. 117.

configuradoras da prática de tortura enquadram-se perfeitamente nas tipificações da lei, mas há certos atos que podem ser perpetrados e caberem muito bem nas definições legais, sem que justifiquem a qualificação de um crime de tortura. Exemplificando: submeter uma pessoa a uma sessão de “pau de arara” com choques elétricos para obter uma confissão, certamente teria abrigo na moldura do art. 1º, I, “a”, da Lei 9455/97. Quem negaria que isso é uma forma de tortura? Há constrangimento, emprego de violência e sofrimento físico, bem como a satisfação do elemento subjetivo consistente no desejo do agente de obter uma confissão da vítima. Por outro lado, quando um Policial Militar desfere um tapa no rosto da vítima a fim de obter informação sobre seus dados qualificativos, os quais se negou a fornecer durante o registro de uma ocorrência. A conduta também apresenta adequação ao tipo penal, tanto quanto a primeira. Apresenta todos os elementos necessários: há o constrangimento, o emprego de violência, sofrimento físico (afinal de contas é somente nos versos da canção popular que “um tapinha não dói” (sic)) e até o elemento subjetivo de obter uma informação da vítima. Há adequação típica à figura do art. 1º, I, “a”, da Lei 9455/97. Mas há mesmo o crime de tortura? Ou seria mais adequado o reconhecimento de meras vias de fato (artigo 21, LCP) ou lesões corporais leves (artigo 129, CP), conforme o caso? Distinguir entre uma suposta adequação formal e outra material à lei não elide o fato de que a norma simplesmente não é capaz de individualizar ou determinar com segurança as condutas por ela abarcadas. Como já se disse alhures, a dicção da norma é correta, mas não possibilita ao intérprete um conhecimento seguro daquilo que pretende retratar.

A doutrina não deixou passar “in albis” as lacunas e atecnias da Lei 9455/97, especialmente no que tange à deficiente definição da conduta típica do crime de tortura. 8 Efetivamente a descrição típica é muito genérica, criando o que se convencionou chamar de “tipo aberto”, gerador de insegurança jurídica e infringente do Princípio da Legalidade (art. 5º, II e XXXIX, CF e art. 1º, CP).

Nessas circunstâncias, considerando a fragilidade das descrições típicas da Lei de Tortura é bastante temerário e inseguro agir como agiu o Desembargador, simplesmente fazendo uma leitura superficial da letra da lei e procedendo a uma subsunção tão somente sustentada em seu afã de encontrar um crime inafiançável para imputar ao Ministro Alexandre de Moraes, justificando “a posteriori” suas alegações iniciais sem sustento jurídico quanto à possibilidade legal de sua Prisão em Flagrante.

8 FRANCO, Alberto Silva. Breves Anotações Sobre a Lei n. 9.455/97. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. n. 19, jul./set., 1997, p. 56 – 72. LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. As Crianças, A Tortura, As Leis e As Salsichas. *Boletim IBCCrim*. n. 54, maio, 1997, p. 3.

Diante da Lei 9.455/97 é possível constatar várias figuras de tortura. Entretanto, algumas delas não permitem a adequação, ainda que forçada, às condutas do Ministro Alexandre de Moraes.

Na chamada “Tortura Probatória, Inquisitorial, Institucional, Política ou Persecutória” (art.1º, inciso I, “a”) faz-se necessário que o agente submeta a vítima à tortura, “com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa”, 9 o que evidentemente não acontece nas atuações do Ministro Moraes. Simplesmente não existe qualquer notícia de que alguém tenha sido torturado pelo Ministro ou a mando dele com tais finalidades.

Ainda mais nítida é a inadequação à figura da chamada “Tortura – Crime” (art. 1º., inciso I, “b”). Nessa modalidade o agente tortura a vítima com o fito de que esta pratique “ação ou omissão de natureza criminosa”. 10 Também inexistente notícia de que o Ministro tenha obrigado alguém a praticar ação ou omissão criminosa mediante tortura.

Finalmente há a previsão da denominada “Tortura Discriminatória, Preconceituosa ou Racial” (art. 1º., inciso I, “c”) que se refere à prática de atos de tortura contra o sujeito passivo devido a prévio preconceito de natureza “racial ou religiosa”. 11 É evidente que também não houve conduta do Ministro consistente em torturar alguém por alguma espécie de preconceito de raça ou religião.

Dada a clareza solar com que não seria possível tipificar a conduta do Ministro Alexandre de Moraes nas demais figuras do artigo 1º., inciso I, da Lei de Tortura, rumou o Desembargador para a hipótese da denominada “Tortura – Castigo, Vingativa ou Intimidatória”, conforme disposto no artigo 1º., Inciso II. 12

Efetivamente não é impossível fazer a **tipificação formal** da submissão ilegal de pessoas a uma investigação criminal irregular com apreensões, buscas, bloqueios financeiros, de redes sociais, ameaça de prisão provisória, processo criminal, condenação etc. ao crime descrito como “Tortura – Castigo”, já transcrito neste texto.

A questão é saber se existe realmente possibilidade de **tipificação material** nesse tipo penal.

9 CABETTE, Eduardo, SANNINI, Francisco. *Tratado de Legislação Especial Criminal*. 2ª. ed. Leme: Mizuno, 2021, p. 620.

10 Op. Cit., p. 622.

11 Op. Cit., p. 623.

12 Op. Cit., p. 624.

É bem verdade que o sujeito ativo dessa espécie de tortura irá coincidir, no que se refere à figura da “autoridade”, com aquele sujeito ativo do crime de “Abuso de Autoridade”, nos termos da Lei 13.869/19 (artigo 2º. e seu Parágrafo Único).¹³ E neste ponto, um Ministro do Supremo certamente seria admissível como agente. Mas, não é possível imaginar que a figura da “Tortura – Castigo” se volte para a relação entre Autoridade Judicial e Jurisdicionados. Nem mesmo qualquer outra autoridade e os cidadãos eventualmente submetidos a um processo ou investigação, ainda que de forma arbitrária. Essa arbitrariedade, nesses casos, irá rumar para algum crime específico de Abuso de Autoridade. O *intenso sofrimento* exigido pelo crime de tortura não pode ser aquele provocado pela expectativa de uma investigação ou processo, nem mesmo por suas medidas coercitivas cautelares. Não é a questão de que essa expectativa prenehe de ansiedade seja uma forma de sofrimento indevido acaso o processo ou investigação seja abusivo. Afinal, a tortura, seja em que circunstância for, será *sempre* indevida e ilícita. A questão é exatamente esta. Para que se pudesse dizer que se trata de tortura, a submissão de quaisquer pessoas ao calvário de um processo criminal ou de uma investigação deveria ser considerada criminoso, ainda que não fosse o feito instaurado sem justa causa e isso, para além de absurdo, significaria engessar totalmente a Justiça Criminal e a Polícia. Afinal, se isso pode ser considerado como tortura, então não pode haver sua prática de forma legal em hipótese nenhuma, a não ser que se pretenda justificar a tortura em algum caso. Hipótese esta inadmissível de plano. Torturar um sequestrador ou um inocente não altera a tipificação do crime de tortura. A instauração de feitos criminais, se realizada dentro da lei e com justa causa não pode ser considerada como crime de tortura, ainda que cause intenso sofrimento ao acusado ou investigado e ainda que este ao final venha a ser absolvido. Por isso, nestas circunstâncias, a relação entre Juiz e jurisdicionado não pode se tipificar na Lei de Tortura, mas, no máximo, na Lei de Abuso de Autoridade que, aliás, tem tipos penais específicos para essas situações.

Ademais, como bem ressalta Gonçalves, a modalidade de tortura em estudo se refere à aplicação de “castigo ou medida de caráter preventivo”, relacionada, portanto, ao chamado “*animus corrigendi*”, assemelhando-se ao crime comum de “Maus – Tratos” (artigo 136, CP), mas dele se distinguindo pela intensidade do sofrimento ocasionado à vítima.¹⁴ É evidente que não é essa relação marcada pelo “*animus corrigendi*” que caracteriza a existente entre Juiz e Jurisdicionado no seio do andamento processual ou de uma investigação criminal.

¹³ Op. Cit., p. 628.

¹⁴ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Crimes Hediondos, Tóxicos, Terrorismo, Tortura*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 93. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios, BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Legislação Penal Especial*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 169.

O equívoco do respeitável Desembargador foi atrelar-se afoitamente à letra da lei, sem atentar para o seu conteúdo normativo e o contexto jurídico e fático em que deve ser analisado. Faltou uma visão conglobante ou sistemática.

Entretanto, na tentativa de justificação “a posteriori” de suas alegações, o ex-magistrado acaba nos proporcionando uma oportunidade de revisitar tecnicamente o caso da Prisão em Flagrante do Ministro sob outro prisma, qual seja, o da “Tortura”, um crime inafiançável equiparado a hediondo.

4. TORTURA DE PESSOA PRESA?

A “Tortura de Pessoa Presa ou Submetida a Medida de Segurança” é considerada pela doutrina uma “figura equiparada ou tortura imprópria”, 15 prevista no artigo 1º, § 1º, da Lei 9.455/97, nos seguintes termos:

“§ 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal”.

Obviamente, enquanto o preso ou pessoa submetida a medida de segurança estiver sofrendo coerção ilegal o crime é permanente. 16

As únicas exigências para que esse tipo penal se configure são que a)O agente seja o responsável pela custódia do preso; b)o preso seja submetido a atos que lhe causem sofrimento físico ou mental; c)que esse sofrimento não resulte de ato previsto em lei ou derivado de medida legal.

Não se pode olvidar que o sancionado penalmente ou o preso provisório mantém íntegro todos os seus direitos não atingidos pela sanção, sendo vedados tratamentos cruéis ou humilhantes. Conforme dispõe a Constituição: “Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art.5º, III); “É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (art.5º, XLIX); “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral” (art. 38 da Lei de Execução Penal).

É certo que a restrição da liberdade (seja na prisão ou medida de segurança), por si só, já acarreta um sofrimento ao custodiado, mas esse sofrimento é legal e decorrente

15 CABETTE, Eduardo, SANNINI, Francisco. Op. Cit., p. 631.

16 Op. Cit., p. 634.

da prática de um ato previsto como infração penal. O que não se admite é a imposição de um sofrimento não amparado pelo ordenamento jurídico.

Nesse sentido, aliás, são as previsões do Estatuto de Roma, que conceitua a tortura como “o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado; **este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas**” (art.7º, item 2, “e” – grifo nosso).

Pois bem, houve um caso em que um preso esteve sob a custódia e a regulação das condições de seu cárcere se deu sob as ordens do Ministro Alexandre de Moraes. Tal preso (Roberto Jefferson) foi submetido a medida que não resulta de ato previsto em lei, qual seja, a incomunicabilidade com relação a visitas de parentes, amigos etc. e até mesmo seus advogados, o que, sem dúvida alguma, poderia trazer sério sofrimento mental ao detento. A doutrina especializada dá exemplo muito similar ao ocorrido com Jefferson por ordem direta de Alexandre de Moraes, tratando do caso em que um preso seja submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado “sem prévia determinação judicial”, ou, obviamente, mediante determinação judicial flagrantemente ilegal. 17

Acontece que logo a seguir, percebendo que suas medidas draconianas violavam até mesmo a extinta regulamentação da incomunicabilidade de preso não recepcionada pela Constituição Federal (artigo 21, CPP), 18 cedendo a representação da OAB e dos defensores, primeiro liberou o contato com advogados e posteriormente as visitas da esposa do detento, observadas as regras normais do estabelecimento prisional em que se acha recolhido. 19

Assim sendo, não deixa de haver praticado o crime de “Tortura de Pessoa Presa” quando de suas determinações. Mas, ao liberar as visitas, seja dos advogados, seja da esposa, logra, astutamente, Alexandre de Moraes, sair da permanência delitiva, o que novamente impede sua Prisão em Flagrante, mesmo sendo o crime imputado agora inafiançável. Isso não significa que, tal como quanto aos demais delitos, o Ministro não

17 GONÇALVES, Victor Eduardo Rios, BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Legislação Penal Especial*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.171.

18 Cf. nosso artigo à época dos abusos cometidos: CABETTE, Eduardo Luiz Santos. A Incomunicabilidade de Preso Ressurreta e A Constituição Morta. Disponível em <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/1670831549/a-incomunicabilidade-de-presos-ressurreta-e-a-constituicao-morta>, acesso em 05.11.2022.

19 ALEXANDRE de Moraes libera visitas de esposa de Roberto Jefferson em Bangu 8. Disponível em <https://istoe.com.br/alexandre-libera-visitas-de-esposa-de-roberto-jefferson-em-bangu-8/>, acesso em 05.12.2022.

deva responder pelas vias legais. Mas, sua Prisão em Flagrante se torna impossível no momento. Naquela época seria possível, mas não foi realizada por ninguém.

5. TORTURA COMO CRIME CONTRA A HUMANIDADE?

Seguindo então a senda aberta pelo Desembargador Sebastião Coelho que nos chamou a atenção para eventual crime de tortura, não se pode deixar de considerar a modalidade de tortura prevista no chamado "Estatuto de Roma", acolhido no Brasil por meio do Decreto 4.388/02.

No Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional também é prevista uma espécie de crime de tortura, classificada como "Crime Contra a Humanidade". A disposição se acha no artigo 7º., 1, "f" e 2, "e".

O citado "Crime de Tortura" (Crime contra a Humanidade) não se caracteriza pela prática da tortura comum, mas abrange somente aquela cometida **"no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil"** (art. 7º., 1, "f") (grifo nosso).

O Estatuto de Roma define tortura da seguinte forma:

Por "tortura" **entende-se o ato por meio do qual** uma dor ou **sofrimentos agudos**, físicos ou **mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado**; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas (art. 7º., 2, "e") (grifo nosso).

Como se vê será considerada tortura (crime contra a humanidade), "no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil", "o ato por meio do qual sofrimentos agudos mentais são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado". Perceba-se que neste caso, não há necessidade de "animus corrigendi" e a redação dada ao dispositivo abrigaria facilmente as condutas do Ministro Alexandre de Moraes perpetradas contra toda uma parcela da população civil brasileira, mediante inquéritos ilegais e inconstitucionais, dos quais resultaram diversos atos realmente capazes de ocasionar agudos sofrimentos mentais nas vítimas. O Ministro mantém com certeza o "controle" dessas pessoas utilizando a ameaça constante desses inquéritos e possível tomadas de medidas constritivas (apreensões, prisões provisórias, buscas, bloqueio de bens, bloqueio de redes sociais etc.). Não é difícil argumentar e demonstrar que as medidas tomadas têm sempre endereços específicos num dado grupo político e não atingem, no que poderia servir de idêntico pretexto, o grupo

oposto politicamente na situação de debate e, eventuais conflitos ideológicos por que passa o Brasil. As pessoas vitimizadas são sempre e invariavelmente ligadas ao que se costuma rotular como “direita”, “conservadores”, ou, em resumo, quaisquer indivíduos ou grupos que apresentem uma tendência de resistência ao que se chama de “ideias progressistas”. Para isso basta relacionar os nomes de todos os implicados e verificar suas tendências político – ideológicas. Não há dúvida de que existe realmente um “ataque generalizado e sistemático” a essa parcela da população civil brasileira, a qual a cada dia vai sendo mais oprimida, desmonetizada, calada, privada de seus bens e meios de subsistência e até mesmo encarcerada.

Mas, novamente se esbarra em um obstáculo à tão propalada “Prisão em Flagrante”.

O Estatuto de Roma não regula e sequer menciona a figura da “Prisão em Flagrante”. Exige todo um procedimento relativo à denúncia dos crimes e o exercício da sua jurisdição (vide artigos 13 a 19).

O que é possível, mas apenas depois de passar por diversas etapas de admissibilidade da denúncia e instauração de procedimento naquele Tribunal Penal Internacional, é a decretação de um Mandado de Detenção do suspeito, que pode convolar-se em “Prisão Preventiva” (vide artigo 58, 1, “b”, III e 5 c/c art. 59, 91 e 92), com a finalidade impedir que a pessoa continue a praticar a infração penal que lhe é imputada, o que seria o caso na insistência do prosseguimento de inquéritos ilegais. Mas, tudo isso não ocorre de qualquer forma ou de uma hora para a outra, há toda uma tramitação internacional complexa que certamente foge totalmente da fórmula mágica de prender o Ministro em Flagrante de maneira imediatista.

A prisão preventiva, acaso determinada, será comprida mediante solicitação do Tribunal Penal Internacional ao Estado – Parte e, ao fim de um processo legal, poderá haver condenação a penas severas, previstas no artigo 77 do Estatuto de Roma.

Tendo em vista a complexidade e a demanda de tempo para essas providências de caráter internacional, já tarda a atitude para tanto, a qual poderia ser de iniciativa do Estado – Parte, certamente, no caso do Brasil, representado pelo seu Presidente da República (artigo 13, “a”, TPI). Mas, novamente nada disso ocorreu até o momento.

6. DESCARTANDO AS SOLUÇÕES MÁGICAS

Como já visto, o recurso ao Tribunal Penal Internacional já poderia ter se dado há tempos, não se sabendo se a denúncia seria acatada e haveria providências efetivas, mas isso só se saberá ou saberia se houvesse sido tomada alguma providência prática. A respeito disso este subscritor já vinha apontando a necessidade de recurso a vias

internacionais há muito tempo em diversas manifestações. Por iniciativa de advogados já foi protocolizada denúncia junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos, através da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, mas até hoje a única providência foi um pedido de informações. 20

Há sem dúvida alguma a possibilidade de responsabilização do Ministro Alexandre de Moraes e não somente dele, mas de todos os demais Ministros do STF que colaboraram para a legitimação espúria desses inquéritos e atos abusivos (Toffoli, Barroso, Fachin, Lewandowski, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Rosa Weber e Luiz Fux). Razão assiste ao Desembargador aposentado, Sebastião Coelho, ao afirmar que há viabilidade de tipificação de vários crimes (v.g. vários tipos penais da Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/19 – apenas a título exemplificativo artigos 9º., 25, 27, 31 e 32); Crimes de Responsabilidade (Lei 1.079/50 – artigo 39, n. 2, 3 e 5); possível crime contra o Estado Democrático de Direito no que tange à questão eleitoral (Artigo 359 – N, CP com nova redação dada pela Lei 14.197/21); Crime de Tortura de Pessoa Presa com relação a Roberto Jefferson, conforme exposto (artigo 1º., § 1º., da Lei 9.455/97); Crime de Tortura do TPI (artigo 7º., 1, “f” e 2, “e” do Estatuto de Roma, internalizado pelo Decreto 4.388/02); Usurpação de Função Pública (artigo 328, CP). Observando-se que este rol pode certamente não ser exauriente do tema.

Porém, acenar com a possibilidade de Prisão em Flagrante para esses casos e dentro de uma legalidade, é ilusório. Quase todos os crimes não são inafiançáveis, o que impede a prisão de qualquer magistrado, quanto mais de um Ministro do STF. O crime de “Tortura – Castigo”, aventado posteriormente pelo Desembargador é uma tipificação equivocada. A “Tortura de Pessoa Presa” efetivamente ocorreu e teria cabimento em termos de Prisão em Flagrante, tanto por sua permanência como pela característica de crime inafiançável. Mas, a permanência cessou sem qualquer providência, o que torna, agora, tal modalidade de prisão inviável. Finalmente o crime de tortura enquanto crime contra a humanidade, cuja tipificação é até possível e estaria em condição de permanência, não tem previsão para Prisão em Flagrante no documento internacional que o regula, ficando atrelado a todo um complexo e demorado trâmite.

Com relação aos crimes da legislação interna brasileira, nos crimes comuns, o processo e julgamento se dá pelo próprio STF e no caso dos crimes de responsabilidade pelo Senado, o mesmo ocorrendo com relação a eventual impeachment de Ministro do STF, que é também de competência do Senado (vide artigo 102, I, “b”, CF, artigo 52, II, CF e Lei 1079/50 – Crimes de Responsabilidade). O Senado não toma efetivas providências de

20 COSTA, Cristyan. Comissão Interamericana de Direitos Humanos Pede Esclarecimentos Sobre Inquérito das Fake News. Disponível em <https://revistaoeste.com/politica/comissao-interamericana-de-direitos-humanos-pede-esclarecimentos-sobre-inquerito-das-fake-news/>, acesso em 05.12.2022.

sua alçada. Esperar que o Supremo Tribunal venha a investigar, processar e julgar seus próprios membros, ainda mais numa situação em que quase todos estão implicados, é uma ilusão enorme. Seja como for, não há hipótese de Prisão em Flagrante em qualquer das circunstâncias atuais, e ainda que houvesse, salvo no caso de Crimes de Responsabilidade (Senado), o Ministro preso seria apresentado ao próprio Supremo Tribunal Federal para deliberação.

Se essa crise serviu para alguma coisa, foi para demonstrar que o sistema de controle do Judiciário, especialmente de seu órgão máximo, não é efetivo e precisaria de uma urgente reforma. Mas, também não se vislumbra qualquer iniciativa mais contundente do Poder Legislativo que, ao reverso, parece cada vez mais submisso e conivente, agora até mesmo com projetos que visam a impedir críticas a políticos e homens públicos, 21 a aumentar os poderes do STF com relação a crimes contra o Estado Democrático 22 etc.

O grande problema de “soluções” imediatas como a apresentada pelo Desembargador aposentado, é que acabam, além de serem inócuas, por embarcar no mesmo subterfúgio utilizado pelo Ministro Alexandre de Moraes e o STF praticamente em geral, qual seja, apresentar medidas coercitivas ilegais travestidas de legalidade e legitimidade, muitas vezes distorcendo disposições legais. Isso não somente fere a Constituição e as leis, como é algo altamente prejudicial à própria ciência jurídica em nosso país. As pessoas comuns, os estudantes de Direito e mesmo os profissionais e estudiosos passam a não saber mais o que é correto ou incorreto, porque o erro é encoberto por uma dissimulação que tem a pretensão de apresentá-lo como legítimo e manifestação da verdade e da correção. Reagir a essa espécie de engodo, com as mesmas táticas, é alimentar esse mal terrível e, no final das contas, ou manter o “status quo” dos abusadores disfarçados em defensores da lei, da constituição e da democracia, ou apenas trocar um ditador por outro. Isso não é do interesse nacional e não é admissível perante a ciência do Direito.

É defensável a busca de uma saída legal, sendo uma boa proposta a feita pelo próprio Desembargador quanto ao exercício de fiscalização do Senado diante dos 11 Ministros do Supremo, pondo um fim a esses inquéritos ilícitos e remetendo tudo ao Ministério Público, que saberá certamente o que fazer com os materiais que lhe forem dispostos, ensejando também o acesso dos defensores, sem alegações falsas de vistas que

21 BONAT, Gabriele. Após ser criticado em lugares públicos, Randolfe tenta criar “crime de assédio ideológico”. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/randolfe-rodriques-crime-assedio-ideologico/>, acesso em 05.12.2022.

22 ALBERNAZ, Isadora. Renan propõe que STF julgue crimes contra a democracia. Disponível em <https://www.poder360.com.br/congresso/renan-propoe-que-stf-julgue-crimes-contra-a-democracia/>, acesso em 05.12.2022.

não ocorreram ou ocorreram em parte insignificante dos feitos. ²³ Certamente essa é uma possível saída, ao menos provisória, com o fim de ganhar tempo para as devidas responsabilizações dos Ministros envolvidos, os quais não podem ficar impunes.

No mais, muito melhor e menos degradante para a ciência do Direito em nosso país, no caso de se pretender uma solução imediata, com afastamento de Ministros do STF e até suas prisões preventivas se for o caso, seria simplesmente e de forma sincera, admitir que a atuação do órgão máximo do judiciário nacional conduziu o país a uma situação de verdadeira “anomia” em seu sentido mais simples: **ausência de lei ou de regra, desvio das leis naturais; anarquia, desorganização**. E que essa situação não pode mais ser solvida com a pretensão de recurso exatamente às normas que foram totalmente vilipendiadas. No vácuo da legalidade e constitucionalidade criado exatamente por quem as deveria salvaguardar, medidas iniciais baseadas na força e com vistas à mais rápida restituição do país à ordem democrática, legal e constitucional, precisariam ser tomadas em analogia à regulamentação do artigo 142, CF e ao chamado “Estado de Sítio” (artigo 137 a 141, CF). Note-se, “analogia” e não “identidade”, uma vez que se está tratando de uma situação excepcional no bojo da qual até mesmo os recursos mais extremos legal e constitucionalmente previstos se mostram impraticáveis e ineficientes, exatamente pelo esfacelamento do Estado Democrático de Direito perpetrado pelas chamadas “instituições democráticas”. A razão disso é que é impossível restabelecer a democracia por meios democráticos, já que os inimigos da democracia não agem e não são mesmo nada respeitosos da democracia, da lei, da ordem e muito menos da Constituição. Tratar com eles acenando com leis e com a Constituição equivale a mostrar um Código Penal ao ladrão que exige sua carteira de arma em punho, pretendendo discutir tecnicidades do artigo 157, CP.

Há um grande perigo em tudo isso. O de que esse estado de exceção, após instaurado, venha a perpetuar-se, sem nenhuma pressa de efetivamente retomar a legalidade, a constitucionalidade e a democracia. Não é nada difícil encontrar exemplos históricos de revoluções provisórias cujo poder se retroalimentou quase indefinidamente.

Dizer isso de forma sincera e aberta é bem menos lesivo à compreensão do Direito do que permanecer num jogo de dissimulação em que soluções supostamente legais são apresentadas apenas para dar uma aparência de normalidade a um estado de “anomia” instaurado.

²³ MORAES nega à OAB ter limitado acesso a investigações sigilosas. Disponível em <https://www.jb.com.br/pais/justica/2022/12/1040993-moraes-nega-a-oab-ter-limitado-acesso-a-investigacoes-sigilosas.html>, acesso em 05.12.2022.

E não se trata de algo estranho ao mundo do Direito essa possibilidade excepcional de busca da Justiça por meio da chamada “Desobediência Civil” e do “Direito de Resistência”.

Essa hipótese remonta à Grécia Antiga com a tragédia de Sófocles, “Antígona”. Passa pela Idade Média com São Isidoro, Santo Tomás de Aquino e Bártolo com suas ideias a respeito da tirania e da justa resistência aos tiranos. John Locke escreve um “Tratado sobre o Direito de Resistência” no século XVII. E depois disso há muitos juristas que reconhecem a legitimidade do “Direito de Resistência” contra a opressão, dentre eles: Savigny, Bluntschli, Ihering, Benjamin Constant, Vareilles Sommières, Leon Duguit, Maurice Haurioy, François Génys, Louis Le Fur, Jean Dabin e Geroges Burdeau.

Não se pode esperar que o “Direito de Resistência” esteja incrustado no “Direito Regular das normas jurídicas ordinárias e constitucionais”. Num Estado Democrático, não se admitirá como hipótese a tirania, num Estado Totalitário, por definição não se admitirá o “Direito de Resistência”. E o fato de que nas democracias não se admita, em tese, a tirania como hipótese, não significa que de fato esta não possa emergir e requerer medidas extremas para sua contenção. 24

No correr do século XX, apenas duas constituições abordaram expressamente o “Direito de Resistência”. A Lei Fundamental da então República da Alemanha (1949) e Constituição de Portugal de 1976. Ali, o “Direito de Resistência” é erigido a Princípio Constitucional, para casos de vilipêndio aos direitos, liberdades e garantias. 25

Nossa Constituição Federal de 1988 não prevê expressamente o “Direito de Resistência”, o que não é suficiente para que este seja alijado da teoria jurídica nacional. 26

Vale mencionar o entendimento de Diniz para quem o mencionado direito estaria implícito no artigo 5º., § 2º., CF, onde se lê:

"Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

A autora vai ainda além, afirmando textualmente:

Se houver uma revolução, sendo legítima e vitoriosa, seus autores estarão isentos de responsabilidade, porque as normas emanadas do

24 GARCIA, Maria. *Desobediência civil - direito fundamental*. São Paulo: RT, 2004, p. 166 - 167.

25 Op. Cit., p. 171 – 179.

26 Cf. BUZANELLO, José Carlos. *Direito de Resistência Constitucional*. 4ª. ed. Curitiba: Juruá, 2019, “passim”.

poder revolucionário, baseadas em novos valores, constituirão normas-origens, isto é, fontes originárias do direito, revogando as normas do regime jurídico anterior e conferindo legitimidade ao ato revolucionário. 27

O que resta de tudo quanto foi delineado, é que não existe caminho fácil ou mágico.

Aristóteles foi o fundador da lógica formal. No entanto, ele sabia muito bem quão frágil ela poderia ser quando se tratava de persuadir pessoas. Muitas vezes as argumentações racionais bem – formuladas são difíceis de seguir, enquanto as que trazem um raciocínio deficiente frequentemente funcionam, já que são emotivas e apelam para os preconceitos das pessoas. 28

É importante não ceder ao “canto da sereia” de soluções imediatistas e simplistas para uma crise complexa como a que vivemos. A cada tese tresloucada, movida pela paixão, não somente não são tomadas providências legais realmente cabíveis, não são cobrados os atores corretos dentro da legalidade e constitucionalidade, como também se perde o contato com a realidade, entregando-se a uma postura nefelibata. Na pior das hipóteses, como já dito, é melhor aceitar que a “anomia” somente pode ser enfrentada no seu próprio campo. Isso ao menos tem a vantagem de se assumir que se está defendendo uma teorização jurídica sustentável, embora de “ultima ratio”. Esse choque de realidade preserva a ciência do Direito de um deletério exercício de afetação ou simulacro de juridicidade e/ou legalidade, capaz de dilacerar suas mais mezinhas e relevantes bases epistemológicas e cognitivas. Não bastasse o mal de desrespeitar o Direito enquanto norma constitucional e ordinária, com todos os terríveis efeitos desse desrespeito, ainda se produz uma incapacidade de sequer ter uma mínima segurança quanto ao conhecimento do Direito. O dano intelectual causado aos juristas, estudantes, cultores e profissionais da área jurídica pode ser mais um elemento destruidor dessa época obscura por que passamos.

REFERÊNCIAS

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Alexandre de Moraes Pode Ser Preso em Flagrante? Disponível em <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/1690005480/alexandre-de-moraes-pode-ser-preso-em->

27 DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 99.

28 BAGGINI, Julian, STANGROOM, Jeremy. *Você Pensa o que Acha que Pensa?* Trad. Roberto Valente. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 51.

flagrante#:~:text=Portanto%2C%20o%20que%20n%C3%A3o%20%C3%A9,%C3%A9%20p
oss%C3%ADvel%2C%20mas%20pouco%20prov%C3%A1vel. , acesso em 05.12.2022.

MORAES, Rute. Ex – Desembargador reafirma pedido de prisão de Moraes. Disponível em <https://revistaoeste.com/politica/ex-desembargador-reafirma-pedido-de-prisao-de-moraes/> , acesso em 05.12.2022.

PANIAGO, Alex. Ex – Desembargador – Sebastião Coelho – 30.11.2022 – Senado Federal – Independência ou Morte – Ativismo. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=DBTjHsCf_aU , acesso em 05.12.2022.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. A Definição do Crime de Tortura no Ordenamento Jurídico Penal Brasileiro. In: BORGES, José Ribeiro. *Tortura*. Campinas: Romana, p. 244 – 283, 2004.

DELMONTE, Carlos. A Perícia na Tortura. *Revista Justiça Penal*. n. 5, p. 18 – 28, 1997.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. São Paulo: Saraiva, 1991.

FOLTZ, Bruce V. *Habitar a Terra*. Trad. Jorge Seixas e Souza. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

FRANCO, Alberto Silva. Breves Anotações Sobre a Lei n. 9.455/97. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 19, p. 56 – 72, jul./set., 1997.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. As Crianças, A Tortura, As Leis e As Salsichas. *Boletim IBCCrim*. n. 54, p. 3, maio, 1997.

CABETTE, Eduardo, SANNINI, Francisco. *Tratado de Legislação Especial Criminal*. 2ª. ed. Leme: Mizuno, 2021.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Crimes Hediondos, Tóxicos, Terrorismo, Tortura*. São Paulo: Saraiva, 2001.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios, BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Legislação Penal Especial*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. A Incomunicabilidade de Preso Ressureta e A Constituição Morta. Disponível em <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/1670831549/a-incomunicabilidade-de-presos-ressureta-e-a-constituicao-morta> , acesso em 05.11.2022.

ALEXANDRE de Moraes libera visitas de esposa de Roberto Jefferson em Bangu 8. Disponível em <https://istoe.com.br/alexandre-libera-visitas-de-esposa-de-roberto-jefferson-em-bangu-8/> , acesso em 05.12.2022.

COSTA, Cristyan. Comissão Interamericana de Direitos Humanos Pedes Esclarecimentos Sobre Inquérito das Fake News. Disponível em <https://revistaoeste.com/politica/comissao-interamericana-de-direitos-humanos-pede-esclarecimentos-sobre-inquerito-das-fake-news/> , acesso em 05.12.2022.

BONAT, Gabriele. Após ser criticado em lugares públicos, Randolfe tenta criar “crime de assédio ideológico”. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/randolfe-rodriques-crime-assedio-ideologico/> , acesso em 05.12.2022.

ALBERNAZ, Isadora. Renan propõe que STF julgue crimes contra a democracia. Disponível em <https://www.poder360.com.br/congresso/renan-propoe-que-stf-julgue-crimes-contra-a-democracia/> , acesso em 05.12.2022.

MORAES nega à OAB ter limitado acesso a investigações sigilosas. Disponível em <https://www.jb.com.br/pais/justica/2022/12/1040993-moraes-nega-a-oab-ter-limitado-acesso-a-investigacoes-sigilosas.html> , acesso em 05.12.2022.

GARCIA, Maria. *Desobediência civil - direito fundamental*. São Paulo: RT, 2004.

BUZANELLO, José Carlos. *Direito de Resistência Constitucional*. 4ª. ed. Curitiba: Juruá, 2019.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1997.

BAGGINI, Julian, STANGROOM, Jeremy. *Você Pensa o que Acha que Pensa?* Trad. Roberto Valente. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

A APLICAÇÃO DO DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE EM HOMICÍDIOS NO TRÂNSITO PELO TJMG

DEIVISSON LEMOS DE PAULA²⁹:

Graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Legale. Advogado.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo identificar como o Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem tratado a questão do dolo eventual e da culpa consciente nos homicídios no trânsito causados, sobretudo, por embriaguez e/ou velocidade excessiva. Buscou-se analisar se o TJMG tem agido pautado pela legalidade e de acordo com o que leciona a doutrina ou se tem fomentado uma política criminal para responder aos anseios sociais por penas mais severas. Para isso, foi realizado estudo doutrinário, da legislação em vigor e de casos decididos pelo mencionado Tribunal. Pôde ser constatado que a doutrina, de formar geral, tende a aplicar a culpa consciente nos casos de embriaguez e/ou velocidade excessiva. Pôde ser demonstrado que o TJMG, assim como os Tribunais Superiores, não é unânime quanto a esta questão, ora aplicando o dolo eventual, ora aplicando a culpa consciente. Ademais, notou-se que a legislação nesse sentido é fraca e carece de reformas, o que, no entanto, não autoriza os julgadores a desprezar a lei posta.

Palavras-chave: Dolo Eventual. Culpa Consciente. Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

ABSTRACT: This study aimed to identify how the Minas Gerais Court of Justice has dealt with the question of eventual deceit and conscious guilt in the murders caused in transit, especially for drunkenness and/or excessive speed. We sought to examine whether the TJMG has acted guided by law and according to the doctrine that teaches or has fostered a criminal policy to respond to social expectations for more severe penalties. For this, it performed doctrinal study, of legislation and cases decided by said Court. It might be noted that the doctrine of form generally tends to apply the conscious guilt in cases of drunkenness and/or excessive speed. It could be shown that the TJMG, as well as the High Courts, is not unanimous on this issue, now applying the eventual intention, now applying the conscious guilt. Furthermore, it was noted that the legislation in this direction is weak and lacks reforms, which, however, does not allow the judges to disregard the law put.

Keywords: Eventual Deceit. Conscious guilt. Court of Minas Gerais.

²⁹ Contato: e-mail: deivissonlemos@yahoo.com.br

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. DOLO. 1.1 Conceito. 1.2 Teorias do dolo. 1.2.1 Teoria da vontade. 1.2.2 Teoria do assentimento. 1.2.3 Teoria da representação. 1.2.4 Teoria da Probabilidade. 1.3 Espécies de dolo. 1.3.1 Dolo direto. 1.3.2 Dolo indireto. 1.4 Do homicídio doloso no trânsito. 2. CULPA. 2.1 Conceito. 2.2 Elementos do tipo de injusto culposo. 2.2.1 Conduta humana voluntária. 2.2.2 Inobservância de um dever objetivo de cuidado. 2.2.3 Resultado lesivo não querido. 2.2.4 Nexo de causalidade. 2.2.5 Previsibilidade. 2.2.6 Tipicidade. 2.3 Modalidades culposas. 2.3.1 Imprudência. 2.3.2 Negligência. 2.3.3 Imperícia. 2.4 Espécies de culpa. 2.4.1 Culpa inconsciente. 2.4.2 Culpa consciente. 2.5 Do homicídio culposo no trânsito. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O Brasil é o país com maior número de mortes de trânsito por habitante da América do Sul, segundo a Organização Mundial da Saúde, tendo registrado mais de 41 (quarenta e um) mil óbitos nesta modalidade em 2013 (dois mil e treze), aumentando essa marca desde o ano de 2009 (dois mil e nove).³⁰

Os motivos causadores deste alto número são diversos. Contudo, uma parcela considerável se dá pela conjugação de direção, bebida e/ou velocidade excessiva.³¹

Paulatinamente, a sociedade tem reprovado com mais vigor a conduta do sujeito que bebe e dirige. Diversas são as campanhas de conscientização realizadas pelo Governo e pela sociedade civil organizada. No entanto, o índice de mortes ainda é elevado.

Grande parte destes óbitos inevitavelmente bate às portas do Poder Judiciário, que necessita dar uma resposta. O presente trabalho busca esclarecer qual – ou quais – resposta(s) o Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem dado acerca da tipificação jurídica deste tipo de homicídio no trânsito.

No estudo da ciência do Direito, especificamente das decisões judiciais, é preciso ter como pedra angular, em um Estado Democrático de Direito como o Brasil, que as

30 NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. OMS: *Brasil é o país com maior número de mortes de trânsito por habitante da América do Sul*. Brasil: Oms, 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/oms-brasil-e-o-pais-com-maior-numero-de-mortes-de-transito-por-habitante-da-america-do-sul/>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

31 MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Álcool está relacionado a 21% dos acidentes no trânsito*. Brasil: Ministério da Saúde, 2013. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/profissional-e-gestor/vigilancia/noticias-vigilancia/7602-alcool-esta-relacionado-a-21-dos-acidentes-no-transito>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

decisões dos magistrados devem ser “[...] por princípio e não por política, economia ou outros argumentos axiológicos [...]”³².

Assim sendo, o Poder Judiciário e o Ministério Público, por ser este fiscal da lei, devem se movimentar sempre em busca da extração do sentido lógico da norma, exarado pelo legislador, independentemente de fatores econômicos, políticos, sociais ou convicções pessoais. Ou seja, o julgador não deve condenar alguém por motivo outro que não seja a estrita fidelidade a padrões interpretativos, fundamentados na existência ou não do direito da parte no fato concreto.

Se isto é uma verdade necessária em todos os ramos do Direito, quão imprescindível é esta pedra angular no âmbito do Direito Penal, que lida com valores tão importantes, como a liberdade?

Desta maneira, é escopo deste trabalho analisar, mais detidamente, como os conceitos de dolo – mormente o eventual – e culpa estão sendo interpretados pela doutrina e pela jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais nos casos de homicídio no trânsito causado, sobretudo, pelo consumo de bebida alcoólica e/ou velocidade excessiva.

Para isso, será feito um estudo das definições de dolo e culpa sob o prisma de doutrinadores renomados, a apresentação de algumas decisões do mencionado Tribunal e o apontamento da legislação atinente ao tema.

Toda a obra será realizada em dois capítulos. No primeiro, abordar-se-á o conceito de dolo, suas principais teorias, espécies e aplicação judicial nos homicídios no trânsito pelo TJMG. No segundo capítulo, de igual forma, abordar-se-á o conceito de culpa, seus elementos, modalidades, espécies e aplicação judicial.

Com isso, busca-se analisar se o TJMG tem agido dentro da legalidade, decidindo por princípio, ou fomentado política criminal, cedendo ao clamor da sociedade por penas mais severas.

1. DOLO

1.1 Conceito

32 STRECK, Lênio. *O que é decidir por princípios? A diferença entre a vida e a morte*. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/senso-incomum-decidir-principios-diferenca-entre-vida-morte>>. Acesso em: 6 ago. 2015.

Antes de qualquer definição doutrinária, é preciso apresentar como o Código Penal Brasileiro³³ retrata a figura do injusto doloso.

Conforme o artigo 18, inciso I, “Diz-se o crime: doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.”.

Dessa forma, dolo é “a consciência e a vontade de realização da conduta descrita em um tipo penal”³⁴ ou, de acordo com Welzel apud Prado, como resolução delitiva, é “saber e querer a realização do tipo objetivo de um delito”³⁵. Cabe ressaltar, ainda, a lição de Zaffaroni apud Greco, segundo o qual “dolo é uma vontade determinada que, como qualquer vontade, pressupõe um conhecimento determinado”.³⁶

Assim, de acordo com Bitencourt³⁷, para que se caracterize um injusto doloso, não basta que os elementos objetivos do tipo estejam presentes, a saber, o sujeito ativo, a conduta proibida, objeto da conduta, as formas e meio da ação, o resultado e a relação de causalidade. É mister que esteja manifesta, também, a vontade diretiva do agente, que se constitui como elemento subjetivo do tipo penal, sem a qual a conduta carece de tipicidade.

Sendo assim, segundo Greco³⁸, o dolo seria formado por um elemento intelectual e um elemento volitivo.

O elemento intelectual pressupõe uma consciência do agente sobre as condições concretas em que se encontra. Ou seja, o agente precisa saber exatamente o que faz para alcançar os elementos objetivos do tipo. Ele deve querer a realização dos elementos objetivos com o conhecimento da situação fática em que se encontra. Deste modo, não há que se falar em consciência quanto à situação fática daquele que incorre em “erro de tipo” (Art. 20 do Código Penal Brasileiro), posto que lhe falta a ciência de que a conjuntura dos fatos levaria à realização dos elementos objetivos de algum tipo penal.

33 BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

34 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. 21 ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2015.

35 WELZEL, Hans, Derecho penal alemán apud PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

36 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de derecho penal – Parte General apud GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*: parte geral. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

37 BITENCOURT, C. R. Op. cit.

38 GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*: parte geral. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

Impende dizer o que preconizam Ramírez e Malarée apud Grego³⁹, argumentando que basta o conhecimento pelo agente da situação social objetiva para que o elemento da consciência seja satisfeito, ainda que ele não saiba que essa situação social objetiva está prevista dentro de um tipo penal.

Neste mesmo sentido aponta Prado⁴⁰ quando diz que o dolo deve ser “simultâneo à realização da ação típica, não sendo necessário que o conhecimento do agente seja exato ou preciso, em termos jurídicos ou técnicos”. Arrematando ao dizer que “é suficiente que o agente tenha, no seu contexto, uma compreensão razoável, segundo conhecimento normal de uma pessoa leiga”.

Já o elemento volitivo do dolo se refere ao sujeito que almeja o resultado delitivo como consequência de sua própria ação esse atribui alguma influência em sua produção.⁴¹ Segundo Prado⁴², a “vontade tem um conteúdo próprio inerente ao comportamento humano, e diz respeito a um resultado querido”. Por consequência, não age com dolo aquele que é coagido fisicamente a realizar os elementos objetivos de algum tipo penal, haja vista estar desprovido do elemento volitivo do injusto doloso.

Portanto, na ausência de algum desses elementos, não há que se falar em crime doloso.

Nesta esteira, surgem algumas teorias relevantes para o estudo do dolo.

1.2 Teorias do dolo

1.2.1 Teoria da vontade

De acordo com a teoria da vontade, como leciona Mirabete⁴³, dolo é o resultado da prática de uma ação consciente e voluntária.

39 BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, Nuevo sistema de derecho penal apud GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. parte geral. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

40 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

41 CEREZO MIR, José. Curso de derecho penal español – parte general, v. II apud GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. parte geral. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

42 PRADO, Luiz Regis. Op. cit.

43 MIRABETE, Júlio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*. parte geral. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

Seria a manifestação da “vontade livre e consciente de querer praticar a infração penal”⁴⁴.

É uma vontade dirigida ao resultado. Ou seja, deve haver consciência do fato pelo agente, mas, sobretudo, deve existir a vontade de causá-lo⁴⁵.

Desta maneira, Bitencourt, lecionando sobre essa teoria relata que “a essência do dolo deve estar na vontade, não de violar a lei, mas de realizar a ação e obter o resultado”⁴⁶.

O Código Penal Brasileiro adotou esta teoria para definir o dolo direito.

1.2.2 Teoria do assentimento

Para esta teoria, existe crime doloso quando a agente pratica o ato prevendo como possível um resultado lesivo, mas não deseja necessariamente que este se produza.

Desta maneira, o sujeito não se importa com a ocorrência do resultado; antes, pratica sua conduta assumindo o risco de produzi-lo.

Assim, Prado⁴⁷, didaticamente ilustra a posição dessa teoria ao afirmar que, encontrando-se em situação possível de manifestação dos elementos objetivos do tipo, o agente pensa da seguinte maneira: “seja assim ou de outro modo, ocorra este ou outro resultado, em todo caso eu atuo”.

Esta foi a teoria adotada pelo Código Penal Brasileiro quanto ao dolo indireto.

1.2.3 Teoria da representação

A teoria da representação admite como dolo a simples previsão do resultado como certo, provável ou possível.

Aqui, não se questiona se o agente assumiu ou não os riscos de produzir o resultado, pois, a mera prognose deste já caracterizaria o dolo.

⁴⁴GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. parte geral. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

⁴⁵ PRADO, Luiz Regis. Op. cit.

⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. 21 ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁴⁷PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

O que importa para essa posição, segundo Mirabete⁴⁸, é a consciência de que a conduta provocará o resultado, ainda que não se negue a existência da vontade na ação.

1.2.4 Teoria da probabilidade

Na teoria da probabilidade a caracterização do dolo é tida por meio de dados estatísticos⁴⁹. Se da conduta do autor, estatisticamente houvesse grande probabilidade de ocorrer o resultado, estar-se-ia diante do dolo eventual. Contudo, se dessa conduta houvesse apenas possibilidade, estaria caracterizada a culpa consciente.

Prado⁵⁰ entende que cabe ao agente distinguir fato provável de fato possível. Se o agente considera o resultado como provável, dolo eventual. Se possível, culpa consciente.

1.3 Espécies de dolo

Modernamente, tem-se classificado o dolo apenas em direto e indireto. Qualquer outra terminologia, segundo Bitencourt⁵¹, ou se enquadra entre os elementos subjetivos do tipo ou nas duas espécies acima.

Logo, não se utiliza mais as classificações anteriores que estabeleciam espécies como dolo determinado, indeterminado, cumulativo, alternativo, genérico, específico, de dano, de perigo, de ímpeto e de propósito.

1.3.1 Dolo direto

O dolo direto ou imediato, nas palavras de Rogério Greco⁵², é o dolo por excelência.

Nesta espécie o agente almeja realizar todos os elementos objetivos do tipo penal. Ele quer que o resultado seja o fim de sua ação. Toda a vontade do agente é guiada em direção à realização do fato típico.

Dessa maneira, o sujeito que, ao conduzir automóvel em via pública depara-se com seu desafeto e, objetivando matá-lo, arremete contra ele o veículo, age com dolo direto.

⁴⁸MIRABETE, Júlio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*: parte geral. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

⁴⁹GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*: parte geral. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

⁵⁰PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁵¹BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. 21 ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁵²GRECO, Rogério. Op. cit.

É a previsão da parte “a” do art. 18, inciso I do Código Penal Brasileiro, a saber, “Diz-se o crime: doloso, quando o agente quis o resultado [...]”.

No ensinamento de Bitencourt⁵³, o objeto do dolo direto é o fim proposto, os meios escolhidos e os efeitos colaterais representados como necessários à realização do fim pretendido. Assim, o dolo direto se compõe, essencialmente, de três aspectos, quais sejam, a representação, o querer e o anuir.

Deste objeto, quanto ao fim proposto e aos meios necessários, o dolo direto pode ser classificado como de primeiro grau, e em relação aos efeitos colaterais representados como necessários, pode ser classificado como de segundo grau.

Em outras palavras, ainda na lição do doutrinador, quando se trata do fim diretamente desejado pelo agente, denomina-se dolo direto de primeiro grau, e, quando o resultado é desejado como consequência necessária do meio escolhido ou da natureza do fim proposto, denomina-se dolo direto de segundo grau ou dolo de consequências necessárias.

1.3.2 Dolo indireto

O dolo indireto está previsto na parte “b” do Art. 18, Inciso I, do Código Penal: “Diz-se o crime: doloso, quando o agente [...] assumiu o risco de produzi-lo.”.

De acordo com Bitencourt⁵⁴, no dolo eventual o agente não quer diretamente a realização do tipo, mas assume o risco da produção do resultado por aceitá-lo como possível ou provável. Assim, mesmo prevendo o resultado como possível ou provável, o autor age aceitando esse risco, pois considera mais importante sua ação do que a realização dos elementos objetivos do tipo. Aqui, também precisam estar presentes a consciência e a vontade.

Ainda lecionando sobre este tema, Bitencourt aduz que o dolo eventual não comporta a teoria da probabilidade porque a mera ciência da probabilidade do resultado não é suficiente para que se configure o dolo indireto. É necessária uma determinada relação de vontade entre o resultado e o agente, qual seja, a anuência ao resultado. Dessa forma, o agente anui ao resultado, aceitando-o como provável e não se importando com a sua ocorrência. O agente, então, é simplesmente indiferente ao resultado que sua ação pode produzir.

⁵³BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. 21 ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁵⁴BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. 21 ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2015.

Importante dizer que não é requisito para o dolo eventual a ciência do agente de todos os elementos requeridos pelo tipo objetivo. Basta que aja aceitando essa possibilidade, mesmo na dúvida sobre a existência desses elementos.

Por fim, o dolo eventual distingue-se do dolo direto na medida em que este busca a ação para obter o resultado; enquanto aquele busca a ação apesar do resultado. No entanto, não obstante a distinção destas espécies de dolo, o Código Penal Brasileiro atribuiu tratamento jurídico equivalente quanto aos seus efeitos, sob o argumento de que arriscar-se conscientemente a produzir um evento vale tanto quanto querê-lo.

1.4 Do homicídio doloso no trânsito

Passa-se agora a demonstrar como a doutrina e a jurisprudência tratam o homicídio doloso quando este ocorre no trânsito.

Obviamente, o sujeito que usa seu automóvel como arma para, deliberadamente, praticar um assassinato, age, como já dito, com dolo direto e estará incurso no art. 121 do Código Penal Brasileiro.

A discussão fica por conta do emprego do dolo eventual nos acidentes que causam mortes, quando nítida a ausência de dolo direto do agente.

Rogério Grego⁵⁵ afirma que:

[...]em razão do elevado número de casos de delitos ocorridos no trânsito, surgiram, em vários Estados da Federação, associações com a finalidade de combater esse tipo de criminalidade. O movimento da mídia, exigindo punições mais rígidas, fez com que juízes e promotores passassem a enxergar o delito de trânsito cometido nessas circunstâncias, ou seja, quando houvesse a conjunção da velocidade excessiva com a embriaguez do motorista atropelador, como de dolo eventual, tudo por causa da frase contida na segunda parte do inciso I do art. 18 do Código Penal, que diz ser dolosa a conduta quando o agente assume o risco de produzir o resultado.

O próprio Greco⁵⁶ cita acórdão do TJSP julgado em 16/10/95, de relatoria do Des. Silva Pinto, da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que foi determinado ser possível a responsabilização do agente por dolo eventual em crimes de trânsito:

⁵⁵GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*: parte geral. 17 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

⁵⁶Ibidem.

RÉU ALCOOLIZADO, QUE DESENVOLVIA VELOCIDADE INADEQUADA. NÃO REDUÇÃO AO VER PESSOAS TENTANDO A TRAVESSIA. CONDOTA QUE EVIDENCIA O DOLO EVENTUAL. ASSUNÇÃO AO RISCO DE PRODUZI-LO. O VEÍCULO AUTOMOTOR, CADA VEZ MAIS SOFISTICADO E VELOZ, QUANDO ENTREGUE NAS MÃOS DE MOTORISTAS MENOS PREPARADOS, EM FACE DA EMBRIAGUEZ, PASSA A CONSTITUIR UMA ARMA PERIGOSA, IMPONDO GRANDE RISCO ÀS PESSOAS QUE SE ENCONTRAM NAS VIAS PÚBLICAS. ORA, AQUELES QUE USAM DESSA ARMA DE MODO INADEQUADO SE NÃO QUEREM O RESULTADO LESIVO, ASSUMEM, PELO MENOS, O RISCO DE PRODUZI-LO (TJSP, Recurso em Sentido Estrito 189.655-3, Rel. Des. Silva Pinto, 2ª Câm. Crim.j. 16/10/95).

E também pelo Superior Tribunal de Justiça:

O agente de homicídio com dolo eventual produz, inequivocamente, perigo comum (art. 121, 2o., III do CPB), quando, imprimindo velocidade excessiva a veículo automotor (165 km/h), trafega em via pública urbana movimentada (Ponte JK) e provoca desastre que ocasiona a morte do condutor de automóvel que se deslocava em velocidade normal, à sua frente, abalroando-o pela sua parte traseira. (STJ, REsp. 912060/ DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., Dje 10/3/2008).

Também o Tribunal de Justiça de Minas Gerais assim já se pronunciou:

HOMICÍDIOS NO TRÂNSITO - ATROPELAMENTO DE PEDESTRES NA VIA PÚBLICA - MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS - EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA E EXCESSO DE VELOCIDADE - PRONÚNCIA DO RÉU - VIABILIDADE - REFORMA DA DECISÃO QUE DESCLASSIFICOU A CAPITULAÇÃO DELITIVA PARA CRIMES DIVERSOS DA COMPETÊNCIA DO JÚRI - RECONHECIMENTO DO CONCURSO FORMAL - DESCABIMENTO NA FASE DE INSTRUÇÃO PRELIMINAR - RECURSO PROVIDO EM PARTE. - Quando plausível a tese da acusação referente à possibilidade de ocorrência na espécie do dolo eventual, a pronúncia é medida que se impõe para que a questão seja apreciada pelo Tribunal do Júri, juiz natural da causa. - A aplicação do concurso formal de delitos é matéria atinente à fixação da pena, razão pela qual não deve ser considerada em sede de pronúncia. (TJMG - Rec em Sentido Estrito 1.0040.01.003021-

7/001, Relator(a): Des.(a) Herbert Carneiro , 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 11/07/2012, publicação da súmula em 06/08/2012)

Em recente decisão a 7ª Câmara Criminal do TJMG negou provimento, por maioria, de Recurso em Sentido Estrito que pleiteava a desclassificação do crime de homicídio doloso, art. 121 do CP para o crime de homicídio culposo, do art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro⁵⁷, e conseqüente anulação da decisão de pronúncia feita pelo juízo de primeiro grau:

EMENTA: HOMICÍDIO NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR - DOLO EVENTUAL - INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA - CONJECTURA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO - EMBRIAGUEZ - VELOCIDADE INCOMPÁTIVEL - DIREÇÃO IRRESPONSÁVEL - DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO NO TRÂNSITO - ANÁLISE PRECIPITADA - ASUÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA. - A pronúncia constitui-se em uma decisão declaratória da admissibilidade da acusação, que se funda em uma prelibação de certeza da materialidade do crime contra a vida e em uma mera suspeita sobre a autoria desse delito. Improcede, nesta fase, valorar os fatos descritos na denúncia ou ter plena convicção da autoria; isso é incumbência destinada ao Conselho de Sentença. Vigora, então, o princípio "in dubio pro societate": a mínima dúvida havida quanto aos fatos não beneficia o acusado, mas sim a sociedade, e que deve ser dirimida pelo Tribunal do Júri, juízo constitucional dos crimes dolosos contra a vida. - Não se desclassifica a conduta caracterizadora de homicídio doloso para a de homicídio culposo quando ainda não se pode precisar de forma clara, insofismável, a ausência de dolo, ainda que eventual, por parte do agente. (TJMG - Rec em Sentido Estrito 1.0477.14.000660-2/001, Relator(a): Des.(a) Cássio Salomé , 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 12/05/2016, publicação da súmula em 20/05/2016)

Este recurso, julgado em 12/05/2016, trata de um acidente automobilístico em que o réu, segundo a inicial acusatória, após noite e madrugada em festa, conduzia seu veículo automotor pela via pública, zigzagueando, sob o efeito de álcool, a uma velocidade superior a 70km/h, acima do permitido para a via, negando entregar a condução do automóvel a uma terceira pessoa habilitada que lhe acompanhava e encontrava-se abstêmia. Por conseqüência, atingiu o veículo conduzido pela vítima, provocando contra ela as lesões que, pela gravidade, deram causa ao seu falecimento.

57 BRASIL.Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997.

O Relator, Desembargador Cássio Salomé, pugnou pela manutenção do julgamento do réu pelo Tribunal do Júri.

Embora tenha reconhecido que o simples fato de se conduzir o veículo sob o efeito de álcool não seja o bastante para caracterizar a assunção do risco de se produzir o resultado morte no trânsito (dolo eventual), o Relator entendeu que o dolo não se extrai da mente (desejo) do autor, mas, em tese, das circunstâncias objetivas do evento e que pelo contexto fático do caso, todos os elementos dos autos, juntos (noite em claro, embriaguez, excesso de velocidade, condução anormal do veículo, recusa em passar a direção do veículo para terceiro habilitado e sóbrio), perfazem, possivelmente a hipótese do dolo eventual.

Nos termos do voto do Relator⁵⁸,

A previsibilidade de um possível resultado negativo (visado/previsível) na conduta é verificada a partir de fenômenos externos demonstrativos das atitudes psicológicas do autor. Ademais de se verificar se o autor assentiu à conduta ou aceitou a produção do resultado, deve-se ponderar se ele agiu de algum modo a evitar a produção da consequência.

Para corroborar sua alegação, cita jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. "RACHA" AUTOMOBILÍSTICO. HOMICÍDIO DOLOSO. DOLO EVENTUAL. NOVA VALORAÇÃO DE ELEMENTOS FÁTICO-JURÍDICOS, E NÃO REAPRECIÇÃO DE MATERIAL PROBATÓRIO. DENEGAÇÃO. [...] 4. Das várias teorias que buscam justificar o dolo eventual, sobressai a teoria do consentimento (ou da assunção), consoante a qual o dolo exige o agente consinta em causar o resultado, além de considerá-lo como possível. 5. A questão central diz respeito à distinção entre dolo eventual e culpa consciente que, como se sabe, apresentam aspecto comum: a previsão do resultado ilícito. [...] Para configuração do dolo eventual não é necessário o consentimento explícito do agente, nem sua consciência reflexiva em relação às circunstâncias do evento. Faz-se imprescindível que o dolo eventual se extraia das circunstâncias do evento, e não da mente do autor, eis que não se exige uma

⁵⁸TJMG - Rec em Sentido Estrito 1.0477.14.000660-2/001, Relator(a): Des.(a) Cássio Salomé, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 12/05/2016, publicação da súmula em 20/05/2016.

declaração expressa do agente. 7. O dolo eventual não poderia ser descartado ou julgado inadmissível na fase do iudiciumaccusationis. (STF, HC Nº 91159/MG. 2ª TURMA. REL. MIN. ELLEN GRACIE. DJ 24/10/08)

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO PRATICADO NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ARTIGO 302 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. DEBATE ACERCA DO ELEMENTO VOLITIVO DO AGENTE. CULPA CONSCIENTE X DOLO EVENTUAL. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. CIRCUNSTÂNCIA QUE OBSTA O ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO. REEXAME DE PROVA. ORDEM DENEGADA. I - O órgão constitucionalmente competente para julgar os crimes contra a vida e, portanto, apreciar as questões atinentes ao elemento subjetivo da conduta do agente aqui suscitadas - o Tribunal do Júri - concluiu pela prática do crime de homicídio com dolo eventual, de modo que não cabe a este Tribunal, na via estreita do habeas corpus, decidir de modo diverso. II - A jurisprudência desta Corte está assentada no sentido de que o pleito de desclassificação de crime não tem lugar na estreita via do habeas corpus por demandar aprofundado exame do conjunto fático-probatório da causa. Precedentes. III - Não tem aplicação o precedente invocado pela defesa, qual seja, o HC 107.801/SP, por se tratar de situação diversa da ora apreciada. Naquela hipótese, a Primeira Turma entendeu que o crime de homicídio praticado na condução de veículo sob a influência de álcool somente poderia ser considerado doloso se comprovado que a embriaguez foi preordenada. No caso sob exame, o paciente foi condenado pela prática de homicídio doloso por imprimir velocidade excessiva ao veículo que dirigia, e, ainda, por estar sob influência do álcool, circunstância apta a demonstrar que o réu aceitou a ocorrência do resultado e agiu, portanto, com dolo eventual. IV - Habeas Corpus denegado". (HC 115352, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 16/04/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. DOLO EVENTUAL. CULPA CONSCIENTE. PRONÚNCIA. TRIBUNAL DO JÚRI. 1. Admissível, em crimes de homicídio na direção de veículo automotor, o reconhecimento do dolo eventual, a depender das circunstâncias

concretas da conduta. Precedentes. 2. Mesmo em crimes de trânsito, definir se os fatos, as provas e as circunstâncias do caso autorizam a condenação do paciente por homicídio doloso ou se, em realidade, trata-se de hipótese de homicídio culposo ou mesmo de inocorrência de crime é questão que cabe ao Conselho de Sentença do Tribunal do Júri. 3. Não cabe na pronúncia analisar e valorar profundamente as provas, pena inclusive de influenciar de forma indevida os jurados, de todo suficiente a indicação, fundamentada, da existência de provas da materialidade e autoria de crime de competência do Tribunal do Júri. 4. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento". (RHC 116950, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 03/12/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 13-02-2014 PUBLIC 14-02-2014)

Dessa forma, por maioria, a Câmara manteve a decisão de pronúncia, submetendo o réu ao Conselho de Sentença, entendendo que pelas circunstâncias do fato – e não simplesmente pela fórmula “embriaguez + velocidade excessiva” – seria possível aplicar o dolo eventual.

Neste sentido muitas são as decisões do TJMG, como pode ser observado nas ementas que seguem:

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - RELAXAMENTO DA PRISÃO - ASSISTÊNCIA DA ACUSAÇÃO - PRELIMINAR - ILEGITIMIDADE - NÃO CONHECIMENTO - RECURSO DA DEFESA - MÉRITO - HOMICÍDIO QUALIFICADO E LESÃO CORPORAL - IMPRONÚNCIA - DESCLASSIFICAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - DOLO EVENTUAL - INDÍCIOS APARENTES - COMPETÊNCIA DO JURI POPULAR - MANUTENÇÃO DA DECISÃO DE PRONÚNCIA - RECURSO IMPROVIDO. 1. O assistente da acusação não é parte legítima para interpor recurso em sentido estrito contra decisão que relaxa a prisão. 2. Mantém-se a pronúncia nos termos do artigo 413 do Código de Processo Penal, quando presentes estão indícios da autoria e prova da materialidade. 3. Inadmissível é a desclassificação do delito de homicídio qualificado para homicídio culposo se há indício de que o acusado assumiu os riscos do resultado, conduzindo veículo automotor em alta velocidade após ter feito a ingestão de bebida alcoólica. 4. O dolo eventual deve ser apreciado de forma aprofundada pelo Conselho de Sentença, tratando-se a pronúncia de mero juízo de admissibilidade, que não exige a certeza necessária

para a condenação. 5. Recurso defensivo improvido. (TJMG - Rec em Sentido Estrito 1.0024.13.192246-0/001, Relator(a): Des.(a) Alexandre Victor de Carvalho , 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 17/03/2015, publicação da súmula em 25/03/2015)

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. PRONÚNCIA POR HOMICÍDIOS QUALIFICADOS E TENTADOS POR DOLO EVENTUAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIOS CULPOSOS NA FORMA CONSUMADA E TENTADA. INADMISSIBILIDADE. Restando comprovada a materialidade e havendo contundentes indícios de autoria e do dolo eventual do agente, preenchidos estão os pressupostos legais da sentença de pronúncia (art. 413/CPP), pois sendo esta um mero juízo de admissibilidade da denúncia, não exige a certeza que a condenação reclama. Recurso não provido. (TJMG - Rec em Sentido Estrito 1.0481.12.007005-9/001, Relator(a): Des.(a) Paulo César Dias , Relator(a) para o acórdão: Des.(a) Antônio Armando dos Anjos , 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 21/01/2014, publicação da súmula em 28/01/2014)

EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES - DECISÃO DE PRONÚNCIA - ACIDENTE DE TRÂNSITO - HOMICÍDIO DOLOSO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO PREVISTO NO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO - ARTIGO 302 - RESGATE DO VOTO MINORITÁRIO - IMPOSSIBILIDADE - EMBARGOS NÃO ACOLHIDOS. A decisão de pronúncia trata-se de simples juízo de admissibilidade da acusação, bastando apenas a existência de materialidade e indícios mínimos de autoria, prevalecendo nesta fase, o princípio in dubio pro societate. Somente é cabível a desclassificação do crime de homicídio doloso para o delito de homicídio culposo - previsto no Código de Trânsito Brasileiro (art. 302) -, quando restar estreme de dúvidas que o agente agiu sem dolo eventual, sobretudo se a somatória das circunstâncias não escusa tal probabilidade. Embargos não acolhidos. (TJMG - EmbInfring e de Nulidade 1.0027.12.022134-9/002, Relator(a): Des.(a) Sálvio Chaves , Relator(a) para o acórdão: Des.(a) Amauri Pinto Ferreira (JD CONVOCADO) , 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 10/10/2013, publicação da súmula em 18/10/2013)

Assim, é possível perceber que existem não poucas decisões, seja nos Tribunais Superiores, seja no TJMG, que caracterizam como homicídio doloso praticado no trânsito por embriaguez e velocidade excessiva.

Guilherme de Souza Nucci⁵⁹ defende que é possível essa aplicação do dolo eventual, a depender do caso concreto e das circunstâncias que envolvem o crime, haja vista que “é inviável buscar solver o problema com a prova concreta do que se passou na mente do agente, algo utópico na maior parte dos delitos ocorridos no trânsito”. Ele alega que:

[...] as inúmeras campanhas realizadas, demonstrando o perigo da direção perigosa e manifestamente ousada, são suficientes para esclarecer os motoristas da vedação legal de certas condutas, tais como o racha, a direção em alta velocidade, sob embriaguez, entre outras. Se, apesar disso, continua o condutor do veículo a agir dessa forma nitidamente arriscada, estará demonstrando seu desapego à incolumidade alheia, podendo responder por delito doloso.

Não obstante estas decisões e opiniões, boa parte da doutrina ainda reluta em reconhecer esse posicionamento.

Greco⁶⁰ relembra que

[...] merece ser frisado, ainda, que o Código Penal, como analisado, não adotou a teoria da representação, mas, sim, as teorias da vontade e a do assentimento. Exige-se, portanto, para a caracterização do dolo eventual, que o agente anteveja como possível o resultado e o aceite, não se importando realmente com sua ocorrência”.

Damásio⁶¹ recorda importante lição do falar sobre o Código Penal de 1890, dizendo:

O CP de 1890, em seu art. 297, previa a culpa *in re ipsa* ou culpa presumida, resultante de inobservância de disposição regulamentar. Pelo simples fato de dirigir veículo sem habilitação legal, vindo a atropelar a vítima, o sujeito respondia pelo resultado, mesmo que provasse não ter agido culposamente. A culpa era presumida pela inobservância de disposição regulamentar, qual seja, a que prescrevia a habilitação legal para a direção de veículo. Era a adoção da

⁵⁹NUCCI, Guilherme de Sousa. *Código Penal Comentado*. 9.ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009.

⁶⁰GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*: parte geral. 17 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

⁶¹JESUS, Damásio de. *Direito Penal*: parte geral. 32. ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2011.

responsabilidade penal objetiva. O CP vigente não contém dispositivo semelhante. Como diz a Exposição de Motivos do CP de 1940, "na definição da culpa *stricto sensu*", foi "inteiramente abolido o dogmatismo da 'inobservância de alguma disposição regulamentar', pois nem sempre é culposo o evento subsequente".

Portanto, ainda que com controvérsias, é possível sustentar jurisprudencial e doutrinariamente a aplicação do dolo eventual nos homicídios de trânsito nas situações mais recorrentes, quais sejam, embriaguez e velocidade excessiva.

2. CULPA

2.1 Conceito

O instituto da culpa no Direito Brasileiro está previsto no inciso II do art. 18 do Código Penal: "Art. 18 - Diz-se o crime: II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia".

Nos ensinamentos de Bitencourt⁶², culpa é:

[...] a inobservância do dever objetivo de cuidado manifestada numa conduta produtora de um resultado não querido, objetivamente previsível [...]. O conteúdo estrutural do tipo de injusto culposo é diferente do tipo de injusto doloso: neste, é punida a conduta dirigida a um fim ilícito, enquanto no injusto culposo, pune a conduta mal dirigida, normalmente destinada a um fim penalmente irrelevante, quase sempre lícito. O núcleo do tipo de injusto nos delitos culposos consiste na divergência entre a ação efetivamente praticada e a que devia realmente ter sido realizada, em virtude da observância do dever objetivo de cuidado.

Nas palavras de Mirabete, culpa pode ser definida como "a conduta voluntária (ação ou omissão) que produz resultado antijurídico não querido, mas previsível, e excepcionalmente previsto, que poderia, com a devida atenção, ser evitado."⁶³

⁶²BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 21 ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁶³MIRABETE, Júlio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal: parte geral*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

Cumpra apregoar o que dispõe o parágrafo único do art. 18 do Código Penal Brasileiro: "Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente."⁶⁴.

Segundo Greco, isto quer dizer que todo crime é doloso e que apenas admitem modalidade culposa os delitos que a lei assim prever expressamente. Resumindo essa lição, diz que "em síntese, o dolo é a regra; a culpa, a exceção."⁶⁵.

2.2 Elementos do tipo de injusto culposos

Greco⁶⁶, valendo-se definição de Mirabete, elenca diversos elementos que devem ser conjugados para a caracterização do crime culposos, quais sejam:

- a. Conduta humana voluntária, comissiva ou omissiva;
- b. Inobservância de um dever objetivo de cuidado (negligência, imprudência ou imperícia);
- c. Resultado lesivo não querido, tampouco assumido pelo agente;
- d. Nexos de causalidade entre a conduta do agente que deixa de observar o seu dever de cuidado e o resultado lesivo dela advindo;
- e. Previsibilidade;
- f. Tipicidade.

2.2.1 Conduta humana voluntária

Segundo Greco⁶⁷, toda conduta, seja dolosa ou culposa, deve ter sempre uma finalidade. Como já visto, a diferença entre elas se dá pelo fato de que uma é orientada a uma finalidade ilícita, enquanto a outra, quase sempre lícita. Na conduta culposa, entretanto, foram os meios escolhidos ou sua forma de utilização que se mostraram inadequados.

Dessa forma, para se configurar a conduta culposa, há que se notar a presença de um ato humano voluntário. Este ato humano voluntário dá causa a um resultado não

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. parte geral. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. parte geral. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

querido pelo agente, derivado da inobservância de seu dever de cuidado, ou seja, por negligência, imprudência ou imperícia.

2.2.2 Inobservância de um dever objetivo de cuidado

Mirabete⁶⁸, discorrendo sobre o dever de cuidado objetivo, impõe que:

[...] a cada homem, na comunidade social, incube o dever de praticar os atos da vida com as cautelas necessárias para que de seu atuar não resulte dano a bens jurídicos alheios. Quem vive em sociedade não deve, com uma ação irrefletida, causar dano a terceiro, sendo-lhe exigido o dever de cuidado indispensável a evitar lesões. Assim, se o agente não observa esses cuidados indispensáveis, causando com isso dano a bem jurídico, responderá por ele. É a inobservância do cuidado objetivo exigível do agente que torna a conduta antijurídica.

Bitencourt⁶⁹ cita ainda o chamado “princípio da confiança”, aduzindo que para análise da conduta culposa, é imprescindível considerar aquilo que, nas mesmas circunstâncias, seria lícito esperar de outrem.

Para Juarez Tavares apud Greco⁷⁰,

[...] a prova ou comprovação da lesão ao dever de cuidado se faz negativamente: se a ação realizada pelo agente era adequada ao objetivamente exigido, era cuidadosa e, por isso, não haverá tipicidade. Em caso contrário, verifica-se a lesão ao dever de cuidado, porque, na condução da atividade, foram omitidas as exigências protetivas impostas pela norma.

Esta diligência devida constitui elemento fundamental do tipo de injusto culposos. Para Bitencourt⁷¹, a análise deste componente representa uma questão preliminar no exame da culpa. Para ele, na dúvida, impõe-se o dever de abster-se da realização da

68MIRABETE, Júlio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*: parte geral. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

69BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. 21 ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2015.

70 TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência* apud GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*: parte geral. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

71 BITENCOURT, C. R. Op. cit.

conduta, pois quem se arrisca, nessa hipótese, age com imprudência, e, sobrevivendo um resultado típico, torna-se autor de um crime culposo.

2.2.3 Resultado lesivo não querido

Para ocorrência de delito culposo é também necessária existência de um resultado, em regra, naturalístico. Sem a ocorrência deste resultado, que não é querido pelo agente, este pode estar cometendo crime diverso, em modalidade dolosa; mas, sem resultado lesivo, nunca haverá a modalidade culposa, como assevera Rogério Greco.

O próprio Greco menciona como exemplo o caso do agente que avança o sinal de trânsito, participando de um "racha" em via pública. Se este não atropelar ninguém, não poderá ser processado por lesão ou homicídio culposo. Todavia, a depender do caso concreto, poderá ser enquadrado em algum delito do Código de Trânsito Brasileiro.

Mirabete⁷² arremata a questão ao ensinar que:

Em si mesma, a inobservância do dever de cuidado não constitui conduta típica porque é necessário outro elemento do tipo culposo: o resultado. Só haverá ilícito penal culposo se da ação contrária ao cuidado resultar lesão a um bem jurídico. Se, apesar da ação descuidada do agente, não houver resultado lesivo, não haverá crime culposo.

Dessa forma, para se caracterizar a culpa, é preciso que haja uma conduta do agente que viole um dever de cuidado objetivo e que, conseqüentemente, venha a causar um resultado lesivo.

2.2.4 Nexo de causalidade

Não basta, entretanto, que o agente viole um dever de cuidado objetivo e que isto cause um resultado lesivo. Conforme o art. 13 do Código Penal Brasileiro⁷³, como em qualquer fato típico, é que preciso que haja relação de causalidade entre a ação e o resultado, conforme ensina Mirabete⁷⁴.

⁷²MIRABETE, Júlio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*: parte geral. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

⁷³Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

⁷⁴MIRABETE, Júlio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*: parte geral. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

2.2.5 Previsibilidade

A previsibilidade é outro elemento do tipo de injusto culposos. É preciso que o resultado lesivo seja previsível para o agente.

Previsibilidade, segundo leciona Mirabete⁷⁵, é “possibilidade de conhecer o perigo que a conduta descuidada do sujeito cria para os bens jurídicos alheios, e a possibilidade de prever o resultado conforme o conhecimento do agente”.

Segundo Zaffaroni apud Greco⁷⁶, a “previsibilidade condiciona o dever de cuidado: ‘Quem não pode prever não tem a seu cargo o dever de cuidado e não pode violá-lo’.”.

De modo geral, quase todos os fatos naturais podem ser previstos pelo homem, havendo, assim, uma previsibilidade em abstrato, que não é a de que fala a lei, conforme assegura o próprio Mirabete⁷⁷. Por isso, há que se distinguir o dever de prever, que se funda na diligência ordinária de um homem qualquer, e poder de previsão.

Dessa forma, a doutrina costuma separar a previsibilidade em objetiva e subjetiva.

Objetiva seria a previsibilidade em que o agente, no caso concreto, deve ser substituído pelo chamado “homem médio, de prudência normal”⁷⁸. Conceituando essa previsibilidade, Hungria apud Greco⁷⁹ atesta que:

Existe previsibilidade quando o agente, nas circunstâncias em que se encontrou, podia, segundo a experiência geral, ter representado, como possíveis, as consequências do seu ato. Previsível é o fato cuja possível superveniência não escapa à perspicácia comum. Por outras palavras: é previsível o fato, sob o prisma penal, quando a previsão do seu advento, no caso concreto, podia ser exigida do homem normal, do *homo medius*, do tipo comum de sensibilidade ético-social”.

75 Ibidem. p. 135

76 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de derecho penal – parte general apud GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. parte geral. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

77 MIRABETE, Júlio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*. parte geral. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

78 GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. parte geral. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

79 HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal apud GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. parte geral. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

Dessa forma, só é típica a conduta culposa quando se puder estabelecer que o fato era possível de ser previsto pela perspicácia comum, normal dos homens⁸⁰.

Contrariamente, a previsibilidade subjetiva não busca a substituição do agente por um homem médio, mas sim, analisa o conhecimento subjetivo daquele que praticou o ato; se, de acordo com sua ciência, poderia prever em maior ou menor grau a ocorrência do resultado lesivo.

Defensor desta corrente, importante dizer que Zaffaroni apud Greco⁸¹ demonstra que "*a previsibilidade deve estabelecer-se conforme a capacidade de previsão de cada indivíduo, sem que para isso possa socorrer-se a nenhum 'homem médio' ou critério de normalidade*".

Assim, para os adeptos da previsibilidade subjetiva, a caracterização do delito culposos deve ocorrer a partir da análise das condições pessoais do agente no momento da conduta.

Segundo escreve Mirabete⁸², a previsibilidade também está sujeita ao princípio da confiança. O dever objetivo de cuidado é dirigido a todos, de se comportarem adequadamente, não se podendo exigir que as pessoas ajam desconfiando do comportamento de seus semelhantes.

2.2.6 Tipicidade

Por fim, a tipicidade apresenta-se também como elemento necessário à configuração do delito culposos.

Conforme já visto, só há que se falar em crime culposos ante a existência de expressa previsão legal para essa modalidade de infração. Essa é a regra contida no parágrafo único do art. 18 do Código Penal Brasileiro.

Vale ressaltar, entretanto, que na modalidade culposos também deve ser analisada a tipicidade material, confrontando-se o dano causado pela conduta do agente com o

⁸⁰ MIRABETE, J. F. Op. cit. P. 135.

⁸¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de derecho penal – parte general apud GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. parte geral. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

⁸² MIRABETE, Júlio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*. parte geral. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

resultado dela advindo, conforme ensina Greco⁸³. Portanto, é possível aplicar aos delitos culposos o princípio da insignificância.

2.3 Modalidades culposas

O Código Penal Brasileiro não se limita a conceituar o crime culposo, mas também demonstra as formas possíveis de exteriorização da inobservância do dever de cuidado exigível do agente. Conforme o inciso II, do artigo 18, do Código Penal Brasileiro, o crime é: “[...] culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia [...]”.

2.3.1 Imprudência

A imprudência pode se caracterizar como uma conduta positiva praticada pelo agente que, não observando seu dever de cuidado, causa resultado lesivo que lhe era previsível⁸⁴.

Mirabete⁸⁵ entende que imprudência é “uma atitude em que o agente atua com precipitação, inconsideração, com afoiteza, sem cautelas, não usando de seus poderes inibidores”.

Também pode ser conceituada como a prática de uma conduta arriscada, ou perigosa e tem caráter comissivo, caracterizando-se pela intempestividade, precipitação, insensatez ou imoderação do agente⁸⁶.

Nesta modalidade, há nítida falta de atenção. A conduta relapsa não atenta para o dever objetivo de cuidado que o contexto fático exige.

Bitencourt⁸⁷ ressalta que a concomitância da culpa e da ação lesiva é uma característica especial da imprudência. Ou seja, enquanto o agente pratica a ação, simultaneamente a imprudência vai se desenvolvendo. Dessa forma, ação e imprudência coexistem.

A doutrina comumente exemplifica a imprudência a partir das infrações de trânsito.

⁸³GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*: parte geral. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

⁸⁴GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*: parte geral. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

⁸⁵MIRABETE, Júlio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*: parte geral. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

⁸⁶BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. 21 ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁸⁷ Ibidem.

Prado⁸⁸, ao lecionar sobre a imprudência dá exemplo desta modalidade como o ato de dirigir em alta velocidade ou não observar a sinalização preferencial de trânsito.

Para Bitencourt⁸⁹, ultrapassagem proibida, excesso de velocidade, tráfego em contramão e até mesmo dirigir embriagado seriam demonstrações de culpa imprudente.

Imprimir velocidade excessiva em veículo e desrespeitar sinal vermelho em cruzamento também são exemplos de imprudência para Greco⁹⁰

Mirabete⁹¹ ainda exemplifica com os seguintes casos: dirigir sem óculos quando há defeito na visão, fatigado, com sono, em velocidade incompatível com o local e as condições atmosféricas, etc.

2.3.2 Negligência

A negligência, segundo Greco⁹², ao contrário da imprudência, é um deixar de fazer aquilo que a diligência normal impunha.

É “displícência no agir, a falta de precaução, a indiferença do agente, que, podendo adotar as cautelas necessárias, não o faz. É a imprevisão passiva, o desleixo, a inação. É não fazer o que deveria ser feito antes da ação descuidada”⁹³.

Prado⁹⁴ afirma que a negligência se relaciona com a inatividade (forma omissiva). A inércia do agente que, podendo agir para não causar ou evitar o resultado lesivo, não o faz por preguiça, desleixo, desatenção ou displícência.

88PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

89 BITENCOURT. C. R. Op. cit.

90 GRECO. R. Op. cit. P. 205.

91MIRABETE, Júlio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*: parte geral. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

92GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*: parte geral. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

93BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. 21 ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2015.

94PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

A negligência é apresentada como uma inércia psíquica por Mirabete⁹⁵. É a indiferença do agente que, podendo tomar as cautelas exigíveis, não o faz por displicência ou preguiça mental.

Não deixar frenado automóvel quando estacionado ou não realizar sua manutenção mecânica são exemplos de culpa negligente.

Impende destacar, como faz Greco⁹⁶, que muitas vezes é difícil identificar com precisão o que pode ser considerado imprudência ou negligência, sendo que, em muitos casos, estas modalidades se interligam e, juntas, causam o resultado lesivo.

O próprio Greco cita o exemplo do motorista que não efetua o reparo dos freios já gastos de seu automóvel e, mesmo assim, transita com ele por via pública movimentada. Ao necessitar diminuir a velocidade, por estarem gastos, os freios não respondem ao seu comando e, em razão disso, atropela e mata um pedestre. Neste caso, a negligência pode ser observada na falta de manutenção mecânica do veículo; já a conduta imprudente é visível na medida em que, mesmo o motorista sabendo da condição mecânica do carro, decide colocá-lo em movimento, e, assim, causa efeito lesivo.

2.3.3 Imperícia

Imperícia, segundo Prado⁹⁷ é a falta de capacidade, de conhecimentos técnicos precisos para o exercício de profissão ou arte. É a ausência de aptidão técnica, da habilidade, de destreza ou de competência no exercício de qualquer atividade profissional. Pressupõe, portanto, a qualidade de habilitação para o exercício profissional.

Quando ocorre inaptidão, momentânea ou não, do agente para o exercício de arte, profissão ou ofício, fala-se em imperícia, de acordo com os ensinamentos de Greco. O doutrinador afirma que esta modalidade de culpa está ligada, basicamente, à atividade profissional do agente.

Para Mirabete⁹⁸, na imperícia o profissional não toma em consideração o que sabe ou deve saber. Apesar de possuir habilitação legal para o ofício, não possui capacidade ou conhecimentos técnicos para o seu exercício.

⁹⁵ MIRABETE, J. F. Op. cit. p. 137.

⁹⁶ GRECO, R. Op. cit. p. 205.

⁹⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁹⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal: parte geral*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

Nos casos de falta de aptidão para atividade fora do campo profissional, Bitencourt assinala que a jurisprudência brasileira tem considerado o ato culposo como imprudência ou negligência, conforme a situação concreta.

Dessa forma, é imperito, por exemplo, o motorista profissional que demonstra inabilidade na condução de veículo; ou o médico que não sabe praticar uma intervenção cirúrgica.

A doutrina salienta, entretanto, que não se pode confundir imperícia com erro profissional. Assim, conforme especifica Mirabete⁹⁹, haverá imperícia apenas quando o resultado lesivo advier de falta grosseira do agente. Se o sujeito emprega todos os conhecimentos normais da arte a qual exerce e, não obstante, comete equívoco, haverá tão somente erro profissional.

2.4 Espécies de culpa

A doutrina tem classificado a culpa em duas espécies, a saber, culpa inconsciente e culpa consciente, embora o Código Penal Brasileiro não traga expressamente essas duas figuras.

Conforme Bitencourt¹⁰⁰ instrui, apesar de não haver tratamento jurídico diverso para as espécies, a doutrina e a jurisprudência tem considerado a culpa consciente mais grave do que a culpa inconsciente. Contudo, já são feitos questionamentos acerca da aparente insensibilidade ético-social superior da culpa inconsciente. Ilustrando essa temática, Köller afirma que "mais culpado é aquele que não cuidou de olhar o caminho diante de si, em cotejo com aquele que teve esse cuidado, mas credulamente se persuadiu de que o obstáculo se afastaria a tempo"¹⁰¹.

2.4.1 Culpa inconsciente

De acordo com Greco¹⁰², fala-se em culpa inconsciente quando o agente deixa de prever o resultado que lhe era previsível.

⁹⁹ Ibidem. p. 420.

¹⁰⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 21 ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁰¹ BITENCOURT, C. R. Op. cit.

¹⁰² GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal: parte geral*. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

Nesta esteira, Prado¹⁰³ define que na culpa inconsciente o autor não pensa na possibilidade de que, devido à infração do cuidado devido, possa realizar o tipo legal.

Mirabete¹⁰⁴ contribui com a explicação ao dizer que existe culpa inconsciente quando o agente não prevê o resultado que é previsível, sendo que não há nele o conhecimento efetivo do perigo que sua conduta provoca para o bem jurídico alheio.

Assim, ocorre uma ação sem previsão do resultado previsível. Ou seja, apesar da possibilidade de previsibilidade, não há previsão por descuido, desatenção ou simples desinteresse do autor da conduta perigosa¹⁰⁵.

Prado¹⁰⁶ traz o exemplo do motorista que dirige seu veículo em velocidade incompatível com o local, acabando por atropelar e ferir gravemente alguém.

2.4.2 Culpa consciente

A culpa consciente é aquela em que o agente, embora prevendo o resultado, não deixa de praticar a conduta acreditando, sinceramente, que este resultado não venha a ocorrer. Ou seja, embora tenha previsto o resultado, não é assumido ou aceito pelo agente, por confiar na sua não ocorrência¹⁰⁷.

Dessa forma, segundo Prado¹⁰⁸, o autor prevê o resultado como possível, mas espera que não ocorra e, especialmente, quando tem ciência de que com seu atuar lesa um dever objetivo de cuidado. Há efetiva previsão do resultado, sem a aceitação do risco de sua produção.

Mirabete¹⁰⁹ traz exemplo esclarecedor dessa espécie de culpa: um caçador que, avistando um companheiro próximo do animal que deseja abater, confia em sua condição

¹⁰³PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹⁰⁴MIRABETE, Júlio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*: parte geral. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

¹⁰⁵BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. 21 ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁰⁶PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹⁰⁷GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*: parte geral. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

¹⁰⁸PRADO, L. R. Op. cit. p. 421.

¹⁰⁹MIRABETE, Júlio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*: parte geral. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

de perito atirador para não atingi-lo quando disparar, causando, ao final, lesões ou morte da vítima ao desfechar o tiro.

Distingue-se da culpa inconsciente justamente no que tange à previsão do resultado. A culpa inconsciente é a culpa sem previsão e a culpa consciente é a culpa com previsão, conforme leciona Rogério Greco¹¹⁰.

2.5 Do homicídio culposo no trânsito

A carga doutrinária e jurisprudencial do homicídio culposo no trânsito é amplamente superior à do homicídio doloso.

No homicídio no trânsito, de uma forma geral, a discussão paira sobre a diferenciação do dolo eventual e da culpa consciente. Assim, sempre que ocorrer um homicídio no trânsito sem que haja a presença da intenção de matar, ou seja, do dolo direto, certamente o enquadramento se dará nos polos do dolo eventual ou culpa consciente. Portanto, a doutrina e a jurisprudência, ao longo do tempo, buscaram padronizar – não sem muita divergência – alguns comportamentos na condução de veículos automotores que, sem prejuízo da análise do caso concreto, deveriam ser entendimentos como culpa consciente, e não dolo eventual.

Nesta esteira, Rogério Greco¹¹¹, lecionando sobre a culpa traz o seguinte exemplo acerca da velocidade excessiva e da embriaguez:

Determinado sujeito, durante a comemoração de suas bodas de prata, bebe excessivamente e, com isso, se embriaga. Encerrada a festividade, o agente, juntamente com sua esposa e três filhos, resolve voltar rapidamente para sua residência, pois queria assistir a uma partida de futebol que seria transmitida na televisão. Completamente embriagado, dirige em velocidade excessiva, a fim de chegar a tempo para assistir ao início do jogo. Em razão do seu estado de embriaguez, conjugado com a velocidade excessiva que imprimia ao seu veículo, colide o seu automóvel com outro, causando a morte de toda a família.

110 GRECO. R. Op. cit. p. 207.

111 GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. parte geral. 17 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

Damásio¹¹², também lecionando sobre a culpa, afirma que o excesso de velocidade, em si, não é determinante para o dolo ou a culpa, mas sim a previsão e aceitação do resultado:

Suponha-se que o agente dirija veículo com excesso de velocidade, vindo a matar culposamente um transeunte. Há a conduta inicial voluntária (ato de dirigir o veículo), a inobservância do cuidado necessário, a previsibilidade objetiva (era previsível a ocorrência de atropelamento), a ausência de previsão do resultado (se previu, trata-se de homicídio doloso), a imputação objetiva e a produção involuntária do resultado (morte da vítima).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal possui posicionamentos neste mesmo sentido, como demonstra esta decisão de 2011:

Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. PRONÚNCIA POR HOMICÍDIO QUALIFICADO A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. EMBRIAGUEZ ALCOÓLICA. ACTIO LIBERA IN CAUSA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO VOLITIVO. REVALORAÇÃO DOS FATOS QUE NÃO SE CONFUNDE COM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ORDEM CONCEDIDA. 1. A classificação do delito como doloso, implicando pena sobremodo onerosa e influindo na liberdade de ir e vir, mercê de alterar o procedimento da persecução penal em lesão à cláusula do due process of law, é reformável pela via do habeas corpus. 2. O homicídio na forma culposa na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB) prevalece se a capitulação atribuída ao fato como homicídio doloso decorre de mera presunção ante a embriaguez alcoólica eventual. 3. A embriaguez alcoólica que conduz à responsabilização a título doloso é apenas a preordenada, comprovando-se que o agente se embebedou para praticar o ilícito ou assumir o risco de produzi-lo. 4. In casu, do exame da descrição dos fatos empregada nas razões de decidir da sentença e do acórdão do TJ/SP, não restou demonstrado que o paciente tenha ingerido bebidas alcoólicas no afã de produzir o resultado morte. 5. A doutrina clássica revela a virtude da sua justeza ao asseverar que "O anteprojetado Hungria e os modelos em que se inspirava resolviam muito melhor o assunto. O art. 31 e §§ 1º e 2º estabeleciam: 'A

¹¹²JESUS, Damásio de. *Direito Penal*: parte geral. 32. ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2011.

embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, ainda quando completa, não exclui a responsabilidade, salvo quando fortuita ou involuntária. § 1º. Se a embriaguez foi intencionalmente procurada para a prática do crime, o agente é punível a título de dolo; § 2º. Se, embora não preordenada, a embriaguez é voluntária e completa e o agente previu e podia prever que, em tal estado, poderia vir a cometer crime, a pena é aplicável a título de culpa, se a este título é punível o fato". (Guilherme Souza Nucci, Código Penal Comentado, 5. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: RT, 2005, p. 243) 6. A reavaliação jurídica dos fatos postos nas instâncias inferiores não se confunde com o revolvimento do conjunto fático-probatório. Precedentes: HC 96.820/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 28/6/2011; RE 99.590, Rel. Min. Alfredo Buzaid, DJ de 6/4/1984; RE 122.011, relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 17/8/1990. 7. A Lei nº 11.275/06 não se aplica ao caso em exame, porquanto não se revela lex mitior, mas, ao revés, previu causa de aumento de pena para o crime sub judice e em tese praticado, configurado como homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB). 8. Concessão da ordem para desclassificar a conduta imputada ao paciente para homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB), determinando a remessa dos autos à Vara Criminal da Comarca de Guariba/SP.(STF: HC 107801, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 06/09/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-196 DIVULG 11-10-2011 PUBLIC 13-10-2011).

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, também demonstra este mesmo entendimento:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. 1. HOMICÍDIO. CRIME DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ. DOLO EVENTUAL. AFERIÇÃO AUTOMÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. 2. ORDEM CONCEDIDA. 1. Em delitos de trânsito, não é possível a conclusão automática de ocorrência de dolo eventual apenas com base em embriaguez do agente. Sendo os crimes de trânsito em regra culposos, impõe-se a indicação de elementos concretos dos autos que indiquem o oposto, demonstrando que o agente tenha assumido o risco do advento do dano, em flagrante indiferença ao bem jurídico tutelado. 2. Ordem concedida para, reformando o acórdão impugnado, manter a decisão do magistrado de origem, que desclassificou o delito para homicídio

culposo e determinou a remessa dos autos para o juízo comum (STJ: 58826 RS 2006/0099967-9, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 29/06/2009, T6 - SEXTA TURMA. Data de Publicação: DJe 08/09/2009).

Dessa forma, com o reconhecimento pelos tribunais superiores de que a embriaguez ao volante e a velocidade excessiva, por elas mesmas, não implicavam na configuração automática do dolo eventual, havendo que se analisar a disposição mental do agente, ou seja, se ele, de fato, aceitava o resultado – em contraponto com as decisões apresentadas anteriormente acerca do dolo –, a jurisprudência dos demais tribunais também apresentou reflexos desse prisma interpretativo.

Nesse sentido, são exemplos as estas decisões do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

PENAL - DELITO DE TRÂNSITO - EMBRIAGUEZ - EXCESSO DE VELOCIDADE - CONDUÇÃO NA CONTRA-MÃO DIRECIONAL - EVENTO MORTE IMPUTADO AO AGENTE A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL - IMPOSSIBILIDADE - JULGAMENTO - COMPETÊNCIA - JUÍZO SINGULAR. Em tema de delitos de trânsito, não se coaduna com o entendimento de que possa estar o agente imbuído do elemento subjetivo relativo ao dolo eventual, se este não assumiu o risco da produção do resultado, por mais reprovável e imprudente tenha sido a conduta por si desenvolvida, conforme se verifica nas situações de embriaguez ao volante, excesso de velocidade e condução na contra-mão direcional, admitindo-se, neste caso, a hipótese de culpa consciente. Recurso provido. (TJMG - Rec em Sentido Estrito 1.0024.02.836699-5/001, Relator(a): Des.(a) Reynaldo Ximenes Carneiro , 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 16/02/2006, publicação da súmula em 06/06/2006)

APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO CULPOSO - TRÂNSITO - IMPRUDÊNCIA, IMPERÍCIA E NEGLIGÊNCIA CARACTERIZADAS - RESPONSABILIDADE PELO EVENTO - CONDENAÇÃO MANTIDA - PERDÃO JUDICIAL - NÃO CABIMENTO NO CASO CONCRETO - RECURSO NÃO PROVIDO. I - Em acidente de trânsito, caracterizada está a imprudência do motorista que, trafegando em excesso de velocidade, sob influência de bebida alcoólica e distraído, não consegue manter o domínio de seu veículo, dando causa ao sinistro que ceifou a vida da vítima, passageira de quem não exigiu o uso do cinto de segurança. II - Se as consequências extrapenais da infração, confrontadas com a culpabilidade do agente, não foram tão graves

de modo a tornarem desnecessária a sanção criminal, descabe conceder o perdão judicial. III - Recurso não provido. (TJMG - Apelação Criminal 1.0405.07.003059-9/001, Relator(a): Des.(a) Eduardo Brum, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 30/11/2011, publicação da súmula em 14/12/2011)

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PRONÚNCIA. HOMICÍDIO. TRÂNSITO. DOLO EVENTUAL. INOCORRÊNCIA. CULPA CONSCIENTE. DESCLASSIFICAÇÃO. 1. **Para que se conclua se o crime foi praticado com dolo eventual ou culpa consciente é necessário examinar as circunstâncias de cada caso, não sendo possível aplicar fórmulas pré-determinadas.** 2. Inexistindo nos autos elementos suficientes para comprovar que o agente, com sua conduta, assumiu o risco de produzir o resultado morte, a desclassificação é medida que se impõe, **reconhecendo-se a existência de culpa consciente e não de dolo eventual.** (TJMG - Rec em Sentido Estrito 1.0685.08.005931-2/001, Relator(a): Des.(a) Maria Luíza de Marilac, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 05/06/2012, publicação da súmula em 12/06/2012) (grifos nossos).

EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES. PRONÚNCIA. HOMICÍDIO. TRÂNSITO. DOLO EVENTUAL. INOCORRÊNCIA. CULPA CONSCIENTE. DESCLASSIFICAÇÃO. 1. Para que se conclua se o crime foi praticado com dolo eventual ou culpa consciente é necessário examinar as circunstâncias de cada caso, não sendo possível aplicar fórmulas pré-determinadas. 2. Inexistindo nos autos elementos suficientes para comprovar que o agente, com sua conduta, assumiu o risco de produzir o resultado morte, a desclassificação é medida que se impõe, reconhecendo-se a existência de culpa consciente e não de dolo eventual. (TJMG - EmbInfring e de Nulidade 1.0481.12.007005-9/002, Relator(a): Des.(a) Maria Luíza de Marilac, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 24/06/2014, publicação da súmula em 03/07/2014)

EMENTA: PENAL - CÓDIGO NACIONAL DE TRÂNSITO - HOMICÍDIO CULPOSO - PROVAS DA IMPRUDÊNCIA - EMBRIAGUEZ, INVASÃO DA CONTRAMÃO DIRECIONAL E EXCESSO DE VELOCIDADE - DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE CUIDADO - MATÉRIA FÁTICA - CULPA DEMONSTRADA - PENALIDADE DA SUSPENSÃO DA

HABILITAÇÃO - PRAZO - REDUÇÃO - PROPORCIONALIDADE COM A PENA CORPORAL. - Prática homicídio culposo na direção de veículo automotor aquele que, faltando com a obligatio ad diligentiam ao conduzir veículo com sinais de embriaguez e em alta velocidade, invade a contramão direcional da pista e causa, por imprudência, a morte, por atropelamento, de um pedestre que atravessava a via pública. (TJMG - Apelação Criminal 1.0435.12.000767-7/001, Relator(a): Des.(a) Júlio Cezar Guttierrez, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 27/05/2015, publicação da súmula em 02/06/2015)

EMENTA: HOMICÍDIO DOLOSO E LESÕES DOLOSAS EM ACIDENTE DE TRÂNSITO - DOLO EVENTUAL - NÃO CONFIGURAÇÃO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA CRIMES CULPOSOS NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR - NECESSIDADE - REMESSA AO JUÍZO COMPETENTE. 1. Para que crimes decorrentes de acidentes de trânsito sejam levados a júri popular deve haver, no mínimo, indícios razoáveis de que o réu tenha agido com dolo eventual, ou seja, que tenha previsto e aderido ao resultado. 2. Inexistindo provas e sequer indícios da presença do dolo eventual, impõe-se a desclassificação dos crimes de homicídios dolosos e lesões corporais dolosas para crimes culposos. 3. Com a desclassificação, os autos devem ser remetidos ao juízo competente, ficando prejudicados os demais pedidos contidos no recurso. (TJMG - Rec em Sentido Estrito 1.0024.12.084702-5/001, Relator(a): Des.(a) Denise Pinho da Costa Val, 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 28/07/2015, publicação da súmula em 05/08/2015)

Portanto, a jurisprudência do TJMG sempre possuiu decisões no sentido de que a embriaguez ao volante, a velocidade excessiva e outras formas de conduta capazes de causar dano à sociedade, como dirigir sem habilitação, por exemplo, são violações do dever de cuidado, o que configura tão somente a culpa, e não o dolo.

Ocorre que em 2014, após já várias modificações ao longo do tempo, houve importante alteração legislativa referente a este tema, onde se buscou dirimir a densa nuvem que encobre esse assunto.

Dessa forma, o Código de Trânsito Brasileiro tratou especificamente do homicídio culposo trazendo finalmente a embriaguez e os chamados "rachas" para o campo da culpa, passando a vigorar com a seguinte redação:

Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor: Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou

proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 2º Se o agente conduz veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência ou participa, em via, de corrida, disputa ou competição automobilística ou ainda de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente:

Penas - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Críticas doutrinárias à parte, a alteração demonstrou de forma cabal a vontade do legislador de ver as referidas condutas serem julgadas pelo juízo singular, como crimes culposos, ante a opinião da doutrina majoritária e dos abusos que poderiam ser cometidos em determinados casos que ganhassem mais repercussão da mídia, com o fim de se conseguir um aumento de pena.

Esta alteração, no entanto, não surtiu reflexos concretos na jurisprudência do TJMG. O Tribunal continua a divergir no modo como encara essa questão, como demonstrado pelas jurisprudências deste capítulo e do capítulo anterior. Ademais, a maioria das decisões não são unânimes, havendo divergências dentro da própria câmara julgadora.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como já dito inicialmente, o Brasil possui uma enorme taxa de homicídios no trânsito.

Grande parte desses homicídios se dá em virtude da imprudência do condutor ao dirigir sob efeito de álcool e/ou em excessiva velocidade.

Cada vez mais a sociedade demanda um maior rigor na punição desse tipo de crime, sobretudo com a intensificação de propagandas e programas de conscientização do condutor e também com a chamada lei seca, que endureceu o tratamento do motorista embriagado pego em flagrante.

Se por um lado não se pode perverter conceitos básicos do Direito Penal para que as condenações destes criminosos sejam mais severas, como forçar o enquadramento do homicídio culposo em doloso, tampouco se pode aceitar passivamente o tratamento que tem se dado a este tipo de crime.

Como exposto, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais ainda não firmou entendimento sólido acerca da combinação de direção de veículo automotor, bebida alcoólica e velocidade excessiva. Pode-se dizer que o réu de uma ação penal que envolva estes elementos estará sujeito a uma loteria jurisdicional, na qual poderá tanto se ver julgado diante de juiz singular, por homicídio culposo tipificado no CTB, com pena máxima 04 (quatro) anos ou diante de um Conselho de Sentença, por homicídio doloso tipificado no Código Penal, com pena máxima de 20 (vinte) anos. As diferenças de tratamento são claras.

Esta situação prejudica o jurisdicionado na medida em que não promove a constitucionalmente garantida segurança jurídica. Este problema, frisa-se, está longe de ser exclusivo do TJMG e exclusivo a respeito deste tema. Como demonstrado, STF e STJ também ainda não conseguiram se definir.

A inovação legislativa de 2014 parece estar sendo deixada de lado pelos tribunais. Apesar da tentativa do legislador de dirimir os conflitos e pacificar entendimentos, a mudança não alterou o aparente cerne da problemática: as penas.

O CTB, avocando para si a missão de tratar o homicídio culposo no trânsito de forma especial, poderia tratar com mais rigidez os homicídios cometidos sob efeito de álcool e/ou velocidade excessiva, ante a alta reprovabilidade social que este crime adquiriu ao passar dos anos. Contudo, em relação ao homicídio culposo genérico do Código Penal (art. 121, §3º), alterou-se somente a pena de detenção para reclusão e aumentou-se a pena mínima de 01 (um) ano e máxima de 03 (três) anos para 02 (dois) e 04 (quatro) anos respectivamente. O legislador não tratou o homicídio culposo por embriaguez e/ou velocidade excessiva como uma modalidade qualificada do “caput” do art. 302 do CTB, mas tão somente repetiu a pena deste, mudando apenas de detenção para reclusão. Contudo, como já dito, essas penas não refletem o grau de reprovabilidade social que a conduta possui.

Portanto, ainda que com a, de certo modo, recente alteração, a legislação de trânsito permanece deficiente e carece de reformas. O sujeito que decide consumir bebida alcoólica antes de dirigir e, como se não bastasse, imprime velocidade excessiva no veículo, precisa saber que, mesmo acreditando fortemente que nada de mal acontecerá, caso eventualmente ocorra, ficará, de fato, alguns bons anos, recluso. Espera-se que a reprovabilidade social da conduta e a finalidade preventiva da pena diminuam os enormes números de óbitos no trânsito no Brasil; e que, caso uma morte ainda aconteça, seja tratada com justiça.

No entanto, enquadrar condutas tipicamente culposas como dolosas não parece ser a melhor das vias para se atingir este objetivo, sobretudo no Brasil, em que o ativismo judicial se mostra tão forte.

Dessa forma, conclui-se que o Brasil e, por consequência, os tribunais brasileiros – nos quais se inclui o TJMG – ainda possuem muito a caminhar no que diz respeito à legislação de trânsito, segurança jurídica e, sobretudo, justiça.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 21 ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal: parte geral*. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRABETE, Júlio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal: parte geral*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal: parte geral*. 17 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal: parte geral*. 32. ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2011.

NUCCI, Guilherme de Sousa. *Código Penal Comentado*. 9.ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *OMS: Brasil é o país com maior número de mortes de trânsito por habitante da América do Sul*. Brasil: Oms, 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/oms-brasil-e-o-pais-com-maior-numero-de-mortes-de-transito-por-habitante-da-america-do-sul/>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Álcool está relacionado a 21% dos acidentes no trânsito*. Brasil: Ministério da Saúde, 2013. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/profissional-e-gestor/vigilancia/noticias-vigilancia/7602-alcool-esta-relacionado-a-21-dos-acidentes-no-transito>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

STRECK, Lênio. *O que é decidir por princípios? A diferença entre a vida e a morte*. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/senso-incomum-decidir-principios-diferenca-entre-vida-morte>>. Acesso em: 6 ago. 2015.

ALHO, Filipe Soares. *A linha tênue que distingue o dolo eventual da culpa consciente nos homicídios de trânsito*. São Paulo. 2012. Disponível em:

<<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/linha-tênue-que-distingue-o-dolo-eventual-da-culpa-consciente-nos-homicídios-de-trânsito>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

DIAS JÚNIOR, Roberto Gonçalves. Culpa consciente e dolo eventual no contexto dos crimes de homicídio em acidentes de trânsito. São Paulo: Ab, 2012. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14176>. Acesso em: 15 jul. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

BRASIL. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 15 de julho de 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>. Acesso em: 15 de julho de 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/>>. Acesso em: 15 de julho de 2016.

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL TECNOLÓGICA: OBTENÇÃO DE PROVAS LÍCITAS E GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

WILIAM PIASSI STURNIK¹¹³:

Graduando do curso de Direito
pela Universidade Brasil -
Campus Fernandópolis

GUSTAVO ANTÔNIO NELSON BALDAN

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho busca analisar os novos paradigmas da investigação criminal em consonância com a crescente evolução tecnológica ocorrida nos últimos anos. Para conclusão da referida análise, foram realizadas pesquisas em fontes bibliográficas, tais como livros, legislação vigente e artigos científicos relacionados com o tema abordado. Assim sendo, foram analisadas no âmbito da legislação brasileira as principais características das leis implementadas com a finalidade de abarcar as condutas relacionadas a crimes cometidos por meios digitais. Por fim, foi abordado o conceito de investigação criminal tecnológica e a importância do uso de fontes abertas na colheita de informações para compor o sistema probatório no curso de investigações policiais, sem violação de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Investigação Criminal Tecnológica. Fontes Abertas. Crimes Virtuais. Crimes Cibernéticos. Provas.

ABSTRACT: The present work seeks to analyze the new paradigms of criminal investigation in line with the growing technological evolution that has taken place in recent years. To conclude this analysis, research was carried out in bibliographic sources, such as books, current legislation and scientific articles related to the topic addressed. Therefore, within the scope of Brazilian legislation, the main characteristics of the laws implemented were analyzed in order to encompass conduct related to crimes committed by digital means. Finally, the concept of technological criminal investigation and the importance of using open sources in the collection of information to compose the evidentiary system in the course of police investigations, without violation of fundamental rights were addressed.

¹¹³ Contato: e-mail wpssoft@gmail.com

Keywords: Technological Criminal Investigation. Open Sources. Virtual Crimes. Cyber Crimes. Evidences.

1 INTRODUÇÃO

É evidente a evolução tecnológica ocorrida nos últimos anos, uma vez que, com o advento da internet, a facilidade de comunicação instantânea em tempo real e o acesso a milhares de informações se tornaram acessível a todos, bastando apenas um computador ou smartphone conectado a rede mundial de computadores para ter acesso ao “*mundo*” na palma das mãos.

Não se pode negar a interferência direta no comportamento humano em virtude dos avanços tecnológicos, considerando como principal exemplo a Internet e os smartphones, que hoje se tornaram computadores de mão com avançado sistema de processamento.

É importante salientar a infinidade de benefícios que a tecnologia nos proporciona, porém junto a ela existem também os riscos da segurança digital, aos quais estamos expostos o tempo todo.

As invasões e ataques cibernéticos estão cada vez mais comuns, contribuindo para a sensação de anonimato no cometimento de uma infinidade de delitos, uma vez que um dos fatores principais é a falta de conhecimento dos usuários.

Considerando as inovações tecnológicas, bem como o crescente aumento de crimes cibernéticos, se vislumbra a necessidade de intervenção compatível para a elucidação de tais crimes, utilizando-se dos meios tecnológicos disponíveis para a investigação criminal visando à obtenção de provas lícitas.

Desse modo, a complexidade de tais crimes impõe a necessidade pela busca de inovações tecnológicas e estratégicas para a obtenção de provas lícitas e esclarecimento dos referidos delitos, visando mínima intervenção à pessoa do investigado, objetivando a persecução penal e a garantia da aplicação da lei penal sem violação de direitos fundamentais.

Diante do contexto atual, é nítido o impacto dos meios eletrônicos na evolução da criminalidade, exigindo dessa forma a busca por novas técnicas de detecção e enfrentamento, impondo aos órgãos estatais de segurança pública o desafio de incrementar os métodos e estratégias de investigação no combate a esse fenômeno, área em que a investigação criminal assume importante relevância.

A inserção de novas tecnologias no curso das investigações criminais amparada legalmente pela legislação vigente contribui com os órgãos de Polícia Judiciária no

esclarecimento dos delitos de maior complexidade, principalmente naqueles que envolvem o uso de meios técnicos e tecnológicos.

Diante o exposto, o presente trabalho possui como principal objetivo expor os meios de obtenção de informações através de fontes abertas disponíveis a serem utilizadas no curso de uma Investigação Criminal Tecnológica, bem como exemplificar meios práticos de utilização de fontes abertas no curso de investigações policiais, os quais resultam em identificação de autoria e conseqüentemente ao esclarecimento de delitos, abastando de provas o inquérito policial, preservando os direitos e garantias fundamentais dos autores sem violação a privacidade dos mesmos, amparando a persecução penal e garantindo a aplicação da lei penal.

É importante ressaltar também, a influência da legislação brasileira no curso da Investigação Criminal Tecnológica, destacando a Lei 12.965/2014, conhecida como “Marco Civil da Internet”, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, a Lei 12.737/2012, conhecida como “Lei Carolina Dieckmann”, que dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos e a Lei 12.735/2012, conhecida como “Lei Azeredo”, que tipifica condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico, digital ou similares, que sejam praticadas contra sistemas informatizados ou similares.

2 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Considerando o crescente aumento de condutas que levam ao cometimento de crimes cibernéticos, ou seja, crimes praticados através de um computador, smartphone ou qualquer dispositivo conectado a internet ou a uma rede de computadores, sendo o ambiente virtual apenas o meio utilizado para o cometimento do delito, houve a necessidade de inovações legislativas visando abranger a nova realidade criminal, embora a legislação penal brasileira abarca a maioria dos crimes praticados em ambiente virtual.

Dentre as espécies de crimes praticados virtualmente, em sua maioria houve uma migração da conduta do ambiente físico para o virtual, sendo este o meio utilizado para a prática do fato típico, como ocorre nos delitos de estelionato e outras fraudes, exploração sexual de crianças e adolescentes através da produção, armazenamento e compartilhamento de imagens com conteúdo pornográfico de crianças e adolescentes, crimes contra a honra, dentre outros delitos.

Em suma, diante da de toda a evolução tecnológica trazidas pela globalização, as quais resultaram no aumento da criminalidade, o legislador deparou-se com a necessidade de implementar inovações legislativas que visam coibir tais praticas delitivas, abrangendo as condutas cometidas através de meios digitais, com edição de novas leis, inclusões e

alterações de artigos nas já existentes, ocasião em que as mais relevantes serão explanadas a seguir.

2.1 Lei 12.735/2012 – “Lei Azeredo”

No ano de 2012, visando coibir o crescente aumento de crimes cibernéticos, foi sancionada a Lei 12.735/2012, conhecida como “Lei Azeredo”, resultante do projeto de lei nº 84/1999 da Câmara dos Deputados, que ficou mais de uma década no Congresso Nacional, uma vez que o referido projeto visava a inclusão e alteração de inúmeras tipificações no Código Penal Brasileiro, as quais não foram aprovadas, ocasião em que dos 23 artigos presentes no projeto original, foram sancionados apenas 4, ficando de fora os artigos mais polêmicos, os quais poderiam permitir interpretações abrangentes e por consequência restringir liberdades no uso da internet.

Dentre os artigos aprovados na referida lei, o principal e mais importante mandamento encontra-se em seu artigo 4º, dispondo que:

Os órgãos da polícia judiciária estruturarão, nos termos de regulamento, setores e equipes especializadas no combate à ação delituosa em rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado.

Cabe ressaltar ainda, a importância da criação de delegacias especializadas, as quais contribuem de forma significativa no esclarecimento de tais delitos, porém, é de suma importância a qualificação da polícia como um todo, uma vez que, com a alta demanda de crimes cometidos através de meios virtuais, as delegacias especializadas tendem a sobrecarga de trabalho, restringindo apenas a delitos de maior complexidade a tais unidades especializadas, restando as demais ocorrências a competência de investigação à circunscrição correspondente.

2.2 Lei 12.737/2012 – “Lei Carolina Dieckmann”

Também no ano de 2012, com a sanção da Lei 12.737/2012, popularmente conhecida como “Lei Carolina Dieckmann”, considerada a primeira lei de caráter penal direcionada exclusivamente a delitos virtuais, implementando alterações importantes no Código Penal Brasileiro direcionadas para crimes virtuais, uma vez que, com os avanços tecnológicos e a democratização do acesso a internet, o legislador brasileiro reconheceu a necessidade de criar tipificações para crimes cometidos através de meios digitais/virtuais.

A referida lei recebeu o nome da atriz Carolina Dieckmann devido a um caso ocorrido no mês de maio de 2011, ocasião em que um hacker invadiu o computador da referida atriz e teve acesso a diversas fotos íntimas, solicitando uma quantia em dinheiro para não divulgar tais fotos. Como a atriz não cedeu as ameaças e também não efetuou o

pagamento dos valores exigidos pelo criminoso, teve suas fotos divulgadas na rede mundial de computadores (internet), fato este que gerou grande comoção social e discussão sobre a necessidade de criminalização de tal prática delitiva.

As alterações relevantes da referida lei impactaram diretamente o Código Penal Brasileiro acrescentando os artigos 154-A e 154-B, bem como alterando a redação dos artigos 266 e 298, conforme disposto na legislação abaixo:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos e dá outras providências.

Art. 2º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, fica acrescido dos seguintes arts. 154-A e 154-B:

“Invasão de dispositivo informático

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no **caput** .

§ 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.

§ 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

§ 4º Na hipótese do § 3º , aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos.

§ 5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra:

I - Presidente da República, governadores e prefeitos;

II - Presidente do Supremo Tribunal Federal;

III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou

IV - dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.”

“Ação penal

Art. 154-B. Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos.”

Art. 3º Os arts. 266 e 298 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública

Art. 266..

§ 1º Incorre na mesma pena quem interrompe serviço telemático ou de informação de utilidade pública, ou impede ou dificulta-lhe o restabelecimento.

§ 2º Aplicam-se as penas em dobro se o crime é cometido por ocasião de calamidade pública.” (NR)

“Falsificação de documento particular

Art. 298...

Falsificação de cartão

Parágrafo único. Para fins do disposto no caput, equipara-se a documento particular o cartão de crédito ou débito.” (NR)

É importante salientar, que a citada lei é considerada uma marco inicial na tipificação de crimes cibernéticos, que visa a proteção de dados pessoais do indivíduo ante a ação de criminosos virtuais, sendo fundamental esclarecer, que sempre que um indivíduo é vítima de um crime, inúmeros são os direitos fundamentais que são violados, como exemplo o direito a vida de uma vítima de homicídio, a liberdade de uma vítima de extorsão mediante sequestro, a propriedade de uma vítima de furto, dentre outros, considerando também de suma importância destacar os delitos virtuais, que violam a privacidade, honra e a intimidade das pessoas, direitos estes previstos no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, conforme citado abaixo:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

2.3 Lei 12.965/2014 – “Marco Civil da Internet”

A Lei 12.965/2014, conhecida popularmente como “Marco Civil da Internet”, dispõe sobre a regulamentação e regularização do uso da internet no Brasil, definindo os princípios, garantias, direitos e deveres no uso da rede mundial de computadores em território nacional, tanto para usuários, provedores de serviços de conexão e desenvolvedores de sites e aplicativos, colocando fim a sensação de que a internet é uma “terra sem lei”.

A referida lei preceitua em seu artigo 3º, 7º e 8º princípios, direitos, deveres e garantias que norteiam o uso da internet no Brasil, implementando dessa forma maior segurança e democracia ao ambiente digital, conforme disposto abaixo:

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

- I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;
- II - proteção da privacidade;
- III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;
- IV - preservação e garantia da neutralidade de rede;

V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas;

VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;

VII - preservação da natureza participativa da rede;

VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.

Parágrafo único. Os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

IV - não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização;

V - manutenção da qualidade contratada da conexão à internet;

VI - informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade;

VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo

mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;

VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

a) justifiquem sua coleta;

b) não sejam vedadas pela legislação; e

c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;

X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei e na que dispõe sobre a proteção de dados pessoais; (Redação dada pela Lei nº 13.709, de 2018) (Vigência)

XI - publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão à internet e de aplicações de internet;

XII - acessibilidade, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, nos termos da lei; e

XIII - aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet.

Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no **caput**, tais como aquelas que:

I - impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet; ou

II - em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil.

É importante ressaltar, que o Marco Civil da Internet visa a proteção de direitos já protegidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, os quais foram direcionados também para o ambiente virtual, local este em que as violações a tais direitos tendem multiplicar-se com maior gravidade em relação ao ambiente físico, fora da internet.

3 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL TECNOLÓGICA

3.1 Conceito de Investigação Criminal Tecnológica

Considerando que a tecnologia trouxe uma melhora substancial nas atividades cotidianas executadas no mundo cooperativo, facilitando a execução de tarefas e garantindo maior agilidade e segurança na realização dos trabalhos, na atividade policial investigativa não é diferente, ocasião em que a tecnologia atua como um aliado extremamente útil nas denominadas investigações tecnológicas, visando à obtenção de provas e esclarecimento de delitos.

Cabe ressaltar ainda, que tais modalidades investigativas não são aplicadas apenas em delitos cibernéticos, uma vez que, aliadas aos métodos de investigações tradicionais, são implementadas em todos os procedimentos investigativos de delitos previstos no ordenamento jurídico brasileiro, ocasião em que sua utilização corrobora de forma positiva na obtenção de provas lícitas, com rigorosa observância as normas constitucionais vigentes, visando a garantia e mínima intervenção nos direitos fundamentais do investigado.

A Investigação Criminal Tecnológica pode ser definida como:

conjunto de recursos e procedimentos, baseados na utilização da tecnologia, que possui o intuito de proporcionar uma maior eficácia na investigação criminal, principalmente por intermédio da inteligência cibernética, dos equipamentos e softwares específicos, que permitem a análise de grande volume de dados, a identificação de vínculos entre alvos ou a obtenção de informações impossíveis de serem agregadas de outra forma, da extração de dados de dispositivos eletrônicos, das novas modalidades de afastamento de sigilo e da utilização de fontes abertas. (JORGE,2020,P. 17).

Em relação ao uso da tecnologia na atividade policial investigativa, é de suma importância valorizar toda a informação obtida, seja através de uma testemunha, de uma campana, de interceptação telefônica ou mesmo através de milhares de informações que se encontram disponíveis na internet, onde é possível obter informações precisas e pontuais sobre fatos e suspeitos investigados, as quais podem se tornar dados úteis e necessários à persecução penal.

Os meios de obtenção de informações encontram-se dispostos em duas fontes distintas, classificadas como: fontes abertas, em que os dados são de livre acesso a todos com acesso a internet, e as fontes fechadas, aquelas em que os dados são protegidos, negados ao acesso comum, as quais necessitam de login e senha para acesso, geralmente disponíveis somente no ambiente policial.

3.2 Fontes Abertas na Investigação Policial

Fontes abertas são denominadas como o conjunto de dados ou informações que encontram-se livres de sigilo e disponíveis a qualquer pessoa, sem restrições de acesso, uma vez que tais dados e informações podem ser obtidas nos mais variados meios, principalmente através da internet.

É de extrema importância que os objetivos e prioridades sejam previamente traçados ao realizar a busca de informações na internet, evitando se perder na imensidão de informações disponíveis, as quais não possuem valor algum para produção de conhecimento ou meio de prova se não forem analisadas e validadas para a devida finalidade.

O uso de fontes abertas no curso de uma investigação policial proporciona maior celeridade ao procedimento, haja vista tais informações já estarem disponíveis na internet, possibilitando ao policial a desburocratização na obtenção de dados para a produção de informação, bastando apenas a extração da informação necessária ao procedimento investigativo.

É importante ressaltar que a utilização de fontes abertas em uma investigação policial deve ser motivada e objetiva, priorizando apenas a informação correta e necessária, considerando sempre a relevância e qualidade da informação obtida, uma vez que existem muitas informações inverídicas e falsas na internet, as denominadas "fake news", que são publicadas como se fossem informações reais, com o objetivo de validar um ponto de vista, na maioria das vezes visando prejudicar terceiros ou contrastar opiniões diversas.

As informações produzidas através de dados coletados em fontes abertas podem complementar informações já existentes, norteando o policial a tomada de decisões em

nível estratégico, contribuindo de forma substancial para a produção de provas no curso de um inquérito policial, quebrando o paradigma de que uma informação obtida por um meio secreto, seja através de interceptação telefônica ou telemática, ou através de laudos periciais, dentre outros, possuem um valor maior do que as informações disponíveis na internet..

3.3 Exemplos de utilização de fontes abertas

A abordagem ao tema relacionado com o uso de fontes abertas remete a diversos setores de segurança do Estado, partindo das organizações de inteligência as organizações policiais ligadas a segurança pública, dentre as quais o uso de tais métodos se assemelham no aspecto investigativo, uma vez que fazem parte dos objetivos das instituições policiais o levantamento de informações visando a produção de conhecimento para auxílio na tomada de decisões e produção de provas no curso de investigações criminais.

Inúmeros são os casos de sucesso no esclarecimento de delitos corroborados pelo uso de fontes abertas na obtenção de provas e confirmação da autoria delitiva, dentre os quais podemos citar alguns exemplos, tais como:

- fotos obtidas nas redes sociais de investigados em que os mesmos fazem uso de vestimentas ou acessórios, bem como exibem tatuagens pelo corpo, ocasião em que tais detalhes foram previamente relatados por vítimas ou identificados em imagens de câmeras de monitoramento durante o cometimento do delito, confirmando dessa forma a presença do suspeito na cena do crime;
- imagens de veículos previamente identificados pela investigação, os quais na maioria dos casos encontram-se em nome de terceiros, porém ostentados em fotos nas redes sociais que comprovam a propriedade e uso do mesmo pelo investigado;
- Informações públicas de fontes governamentais disponíveis na internet;
- consulta de metadados de arquivos de fotos obtidas no curso da investigação, uma vez que através das informações geográficas que são armazenadas nas imagens, tais como latitude e longitude, torna-se possível identificar o local exato em que foi realizada a imagem;
- informações de processos judiciais disponíveis na internet, possibilitando a obtenção de informações importantes para investigações em andamento;
- utilização de ferramentas de busca, as quais podem ser utilizadas para obter informações online, através da opção de criação de alertas com palavras-chave, recebendo a notificação no e-mail quando o assunto de interesse for indexado na internet. Os serviços de alerta mais conhecidos são *Google Alerts*, *Bing Alerts* e

Talkwalker Alerts,

Partindo do pressuposto que a utilização de fontes abertas aliados aos métodos de investigação tradicional traz inúmeras vantagens e celeridade ao desempenho de uma investigação policial, não podemos deixar de destacar a mínima intervenção nos direitos fundamentais do indivíduo, uma vez que tais meios permitem a colheita de informações relevantes para compor o conjunto probatório sem a necessidade de invadir a privacidade do investigado.

Diante do exposto, podemos citar como exemplo a identificação de uma peça de roupa de propriedade do suspeito através de fotos postadas por ele em suas redes sociais, ocasião em que através dos meios de investigação tradicional demandaria a representação e execução de mandado de busca domiciliar para identificação de tal peça.

4 CONCLUSÃO

De acordo com os temas estudados neste trabalho, ficou demonstrado que a evolução tecnológica ocorrida nos últimos anos nos proporcionou uma infinidade de benefícios e facilidades, porém junto a tais benesses estão associados os riscos da segurança digital, aos quais estamos expostos o tempo todo, tais como ataques cibernéticos, invasões de dispositivos, dentre outros, razão pela qual os órgãos de segurança pública devem se adequar a essa nova realidade.

A evolução tecnológica ocorrida nos últimos anos proporcionou interferência direta no comportamento humano em todos os sentidos, contribuindo também na implementação e transformação de novas práticas de delitos virtuais, ocasião em que o legislador deparou-se com a necessidade de implementar inovações legislativas visando coibir tais praticas delitivas, abrangendo as condutas cometidas através de meios digitais, com edição de novas leis e atualização das já existentes, com alterações e inclusões de novos artigos.

Diante da evolução da criminalidade através dos meios eletrônicos, os órgãos de segurança pública necessitaram se adequar a nova realidade, por meio de intervenções compatíveis visando a elucidação de crimes de maior complexidade, através dos meios tecnológicos disponíveis no decorrer de uma investigação criminal tecnológica.

A investigação criminal tecnológica, em sua estrutura pluridisciplinar, demanda a utilização de fontes abertas associadas aos métodos de investigação tradicional para obtenção de sucesso no curso das investigações, sem violação nos direitos fundamentais da pessoa investigada.

As informações coletadas por meio das fontes abertas, quando analisadas e processadas corretamente, agregam valor substancial na produção de conhecimento e formação do conjunto probatório, as quais devem ser utilizadas no inquérito policial associadas a outras evidências e provas obtidas no curso de uma investigação criminal.

Sob a perspectiva da legalidade, a utilização de informações obtidas através do uso de fontes abertas em uma investigação consagra a um dos principais temas abordados em relação a atuação policial, que é a preservação dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, protegendo a intimidade, vida privada e liberdade das pessoas quando da atuação policial, ocasião em que tais princípios passam a ser honrados com a utilização de fontes abertas na investigação policial.

Em síntese, temos que destacar a importância dos meios tradicionais de investigação na elucidação de crimes, porém a obtenção de informações através de fontes abertas corrobora de forma exponencial a agilidade na tomada de decisões, tornando o processo mais célere e preciso, eximindo a burocracia enfrentada pelas autoridades policiais à obtenção de tais provas, uma vez que as referidas informações encontram-se disponíveis na internet, preservando os direitos fundamentais do indivíduo garantidos na Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

JORGE, Higor Vinicius Nogueira. *Investigação Criminal Tecnológica*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Brasport, 2018.

PAULO, João. A era digital e os novos paradigmas da investigação criminal. Disponível em: <<https://juristas.com.br/2019/03/19/a-era-digital-e-os-novos-paradigmas-da-investigacao-criminal/>>. Acesso em 25/10/2022.

JORGE, Higor Vinicius Nogueira. *Tratado de Investigação Criminal Tecnológica*. Salvador: Juspodivm, 2020.

BARRETO, Alessandro G.; WENDT, Emerson. *Inteligência Digital: uma análise das fontes abertas na produção de conhecimento e de provas em investigações e processos*. Rio de Janeiro: Brasport, 2013.

BRASIL. Lei nº 12.735, de 30 de novembro de 2012. Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei no 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar, e a Lei no 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para tipificar condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico, digital ou similares, que sejam praticadas contra sistemas informatizados e similares; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12735.htm. Acesso em: 12/10/2022.

BRASIL. Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 06/10/2022.

BRASIL. Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012, Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2012/Lei/L12737.htm> Acesso em: 12/10/2022.

BUENO, Gustavo; JORGE, Higor Vinicius Nogueira. Investigação criminal tecnológica e direitos fundamentais das vítimas de crimes. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/investigacao-criminal-tecnologica-e-direitos-fundamentais/>>. Acesso em: 15/10/2022.

SAAD, Marta. Investigação criminal e novas tecnologias para obtenção de prova. Disponível em :<<https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/856>>. Acesso em 24/10/2022.

MARQUES, José Guilherme Pereira da Silva. As Modernas Técnicas de Investigação Policial. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/as-modernas-tecnicas-de-investigacao-policial/amp/>> Acesso em 15/10/2022

PESSOA, Jonathan Dantas. A tecnologia no auxílio do combate ao crime no século XXI. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/90886/a-tecnologia-no-auxilio-do-combate-ao-crime-no-seculo-xxi>>. Acesso em 23/10/2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12/10/2022.

INCLUSÃO DE TUSD/TUST NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS

DÉBORA PASCAL DE ALMEIDA¹¹⁴:

Advogada. Especialização em direito tributário pelo IBET, bacharel em direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

RESUMO: O presente trabalho tem por fito analisar a legalidade da inclusão das tarifas de transmissão e de distribuição de energia elétrica (Tust e TUSD, respectivamente) na base de cálculo do Imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços de transporte intermunicipal e interestadual e de comunicação – ICMS. Referidas tarifas foram instituídas com o objetivo de remunerar o uso da rede básica do sistema de transmissão (precisamente, linhas de transmissão) e da rede de distribuição de energia elétrica (composta por postes, cruzetas, isoladores, fios, transformadores etc.), sendo suportadas por todos aqueles que utilizam a rede de transmissão: geradora de energia elétrica, consumidor livre diretamente conectado à rede básica e consumidores cativos, que pagam as tarifas em suas contas. Nessa senda, a questão principal ao tratar da incidência do ICMS no caso é saber exatamente quais componentes integram a grandeza definida pela legislação como sua base impositiva. Para fins de análise da possibilidade de inclusão, na base de cálculo do ICMS, da TUSD e da Tust, analisar-se-á a legislação em redor do sistema brasileiro de energia elétrica, com ênfase nas disposições constantes na Constituição Federal e na Lei Complementar nº 87/96, a fim de estruturar a regra matriz de incidência tributária do ICMS incidente sobre operações com energia elétrica. Nesse contexto, o desenvolvimento da pesquisa pautar-se-á na análise legislativa e bibliográfica acerca do tema.

Palavras-chave: ICMS; base de cálculo; tarifa de transmissão de energia elétrica - TUST; tarifa de distribuição de energia elétrica - TUSD.

ABSTRACT: The present study aims to analyze the legality of the inclusion of electricity transmission and distribution tariffs (Tust and TUSD, respectively) in the on the basis of calculation of tax on the movement of goods and services of Interstate and Intermunicipal Transportation and Communications - ICMS. These tariffs were created with the objective of remunerating the use of the basic network of transmission system (precisely, transmission lines) and the network of electrical power distribution system (composed by poles, crossheads, isolators, wires, transformers etc.), being supported by all those who use the transmission network: electric energy generator, free consumer directly connected to the basic network and captive consumers, who pay the rates in its accounts. In this sense,

¹¹⁴ Contato: deborapdalmeida@gmail.com

the main issue when dealing with the incidence of ICMS in the case is to know exactly which components integrate the magnitude defined by legislation as taxable. For the purpose of analyzing the possibility of including, on the basis of calculation of ICMS, and Tust and Tusd, will be analyzed the legislation around the Brazilian electric energy system, with strategy in the Federal Constitution and complementary law 87/96 in order to structure the head-rule of incidence of ICMS incident on transactions with electricity. In this context, the development of research based on legislative and bibliographic analysis on the topic.

Keywords: ICMS; basis of calculation; electricity transmission tariff - Tust; electricity distribution tariff - Tusd.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo analisar a possibilidade de inclusão, na base de cálculo do ICMS, das tarifas de transmissão e de distribuição de energia elétrica (Tust e Tusd, respectivamente).

Trata-se de questão bastante relevante no cenário atual, uma vez que os fiscos de diversos Estados do País têm exigido em face das pessoas físicas e jurídicas que recolham o ICMS sobre a energia elétrica com a inclusão na base de cálculo do imposto o valor de tais encargos. Por seu turno, o tema em análise está sendo objeto de diversas ações de contribuintes em face das concessionárias de energia elétrica e das Fazendas Estaduais, que, ao argumento de que a inclusão das respectivas tarifas na base imponible do imposto estadual desborda dos limites de tributação estabelecidos pela Constituição, visam obter a restituição do ICMS supostamente recolhido a maior decorrente.

Para análise da questão e melhor compreensão da matéria, inicialmente, discorreremos acerca das características do comércio de energia elétrica no Brasil, demonstrando as principais diferenças entre os ambientes de contração livre e regulada, bem como entre os consumidores livres e cativos.

No ponto, discorrer-se-á acerca da natureza das tarifas de uso dos sistemas elétricos de transmissão e de distribuição, assim como a forma que tais exações são formalizadas.

Em sucessivo, a fim de melhor elucidar o objeto do estudo, passa-se a expor, dentro da perspectiva da Teoria Geral do Direito e do Construtivismo Lógico Semântico, as características mais relevantes do imposto estadual denominado ICMS, com ênfase na sua incidência nas operações com energia elétrica, construindo a correlata regra-matriz de incidência tributária.

1. O SISTEMA BRASILEIRO DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 21, XII, “b”, prevê que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços e instalações de energia elétrica.

Dessa forma, ainda que não exercida diretamente pela União, a prestação dos serviços relacionados ao fornecimento de energia no âmbito dos Estados e Municípios encontra-se adstrita aos limites impostos pela atuação estatal.

Nessa esteira, a Lei nº 10.848/2004, que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, estabelece, no caput de seu art. 1º, que a comercialização de energia elétrica entre os agentes autorizados e seus consumidores dar-se-á mediante contratação regulada ou livre, nos termos da lei e do regulamento.

Essa divisão entre os mecanismos de negociação cria dois ambientes de contratação diferentes: o ambiente de contratação regulada (ACR), em que se incluem agentes de geração e distribuição de energia elétrica, que fornecem energia aos chamados “consumidores cativos”; e o ambiente de contratação livre (ACL), aberto para os agentes de geração e comercialização, além de importadores e exportadores de energia, os quais destinam seus serviços aos “consumidores livres”.

No ambiente de contratação regulada (ACR), a comercialização de energia elétrica aos consumidores cativos ocorre unicamente por intermédio das distribuidoras, que, por sua vez, são supridas por geradoras estatais ou independentes. As negociações entre geradoras e distribuidoras nesse ambiente são feitas apenas por leilões públicos anuais. Nesse sistema, os consumidores são atendidos exclusivamente pelas distribuidoras locais, sem competição, através de contratos regulados pelo Governo Federal, através da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).

Por outro lado, no ambiente de contratação livre (ACL), o fornecimento de energia aos consumidores é feito através da firmação de contratos bilaterais entre produtores independentes de energia, agentes comercializadores ou geradores estatais – estes últimos observando sempre a exclusividade dos leilões.

Para possibilitar a compra de energia pelos consumidores livres junto às geradoras de sua escolha e, com isso, implementar o efetivo ambiente de competição nos segmentos de geração e de comercialização, garante-se a todos os agentes o pleno acesso aos sistemas de rede de distribuição e de transmissão de energia. A disponibilização dos sistemas de rede, portanto, é instrumento essencial à efetiva introdução da competição na geração e na comercialização de energia, viabilizando o exercício da opção dos consumidores livres e induzindo o incremento da oferta ao mercado pelos produtores independentes e autoprodutores de energia.

Assim é que para os consumidores livres, há uma liberdade na escolha do agente com o qual adquirirão energia elétrica, propiciada por um ambiente onde a livre negociação é permitida e estimulada. Nesse sentido, embora estejam sempre fisicamente conectados à distribuidora local, comercialmente os consumidores livres estão autorizados a adquirir energia de fonte situada em qualquer ponto integrado ao Sistema Interligado Nacional – SIN.

A definição de quais tipos de consumidores integra cada categoria é feita por meio de lei e tem como base a quantidade de energia consumida em Kilowatt (kW) ao mês. Com efeito, coube à Lei 9.074/1995, em seu art. 15, §2º, estabelecer os parâmetros para definição. O texto deixa claro que, desde meados do ano 2000, podem – malgrado não estejam obrigados – adquirir energia elétrica, de maneira livre, os consumidores com carga mensal igual ou superior a 3.000 kW. Caso o consumo efetivo seja inferior a esse montante, classifica-se o seu usuário como consumidor cativo.

Assim, pode-se concluir que o ambiente de contratação livre é destinado ao atendimento de grandes consumidores de energia elétrica, cujo volume demanda maior eficiência e produtividade na prestação do serviço; ao passo que o ambiente de contratação regulada visa atender às demandas dos consumidores menores, como os residenciais.

Ao contrário dos consumidores cativos, cujo contrato de fornecimento de energia é inteiramente regulado pela ANEEL e remunerado através de tarifa (preço público), os consumidores livres podem negociar os aspectos do seu contrato como preço, prazo, volume etc.

Sucedem que, além de ter que acordar a compra e venda da energia a ser efetivamente consumida, os usuários do mercado livre devem também celebrar, separadamente, contratos referentes ao Uso do Sistema de Transmissão (CUST) e de Distribuição (CUSD), a fim de que tenham garantidos o seu acesso às redes de transmissão e distribuição de energia.

O objetivo da disponibilização do uso dos sistemas de rede (distribuição e transmissão), distintamente do processo de formação do preço de energia no mercado livre, impõe que sua remuneração seja neutra do ponto de vista comercial e segregada do preço da energia comercializada no mercado livre, uma vez que seu intuito é justamente viabilizar a competição nos segmentos possíveis de serem competitivos (comercialização livre e geração).

Encoraja-se, dessa forma, o uso eficiente das redes, sinalizando investimentos e permitindo oportunidades igualitárias. Por essa razão, a disponibilização dos sistemas de

rede (distribuição e transmissão) é regulada pela ANEEL e é remunerada através das seguintes tarifas: As Tarifas de Uso dos Sistemas de Distribuição (TUSD) e de Transmissão (TUST).

A lição de Luciana Saliba e João Dácio Roli é elucidativa acerca da forma como ocorre a cobrança da TUSD e da TUST para os consumidores livres, "in verbis":

A TUSD e a TUST remuneram a disponibilização do uso do sistema de distribuição e da transmissão e têm como objetivo viabilizar a aquisição de energia elétrica junto à concessionária de escolha dos consumidores livres. O fornecimento de energia propriamente dito não é remunerado pela TUSD e TUST, e sim por preço (consumidores livres) ou tarifa de fornecimento (consumidores cativos)".

(...)

A TUSD e a TUST são faturadas separadamente do fornecimento da energia (art. 9º da Lei 9.648/1998 e Resolução Aneel 666/2002), mesmo nos casos em que a energia é adquirida da própria concessionária a cuja rede o consumidor está conectado [...].

O CUSD e o CUST (Contratos de Uso de Sistemas de Distribuição e de Transmissão) visam a assegurar que o montante de uso dos sistemas de distribuição e de transmissão seja compatível com o consumo de energia elétrica pretendido pelo consumidor. Em outras palavras, o CUSD e o CUST regulam o 'quanto' da rede de distribuição e de transmissão (do sistema) deverá ser disponibilizado ao consumidor para viabilizar a aquisição de energia elétrica junto ao fornecedor de sua escolha (que poderá ser a própria concessionária a cuja rede o consumidor está conectado).

Em analogia com o fornecimento de água, o 'montante de uso' equivale à bitola da tubulação necessária para viabilizar o consumo de água pretendido pelo consumidor. A tubulação, apesar de necessária à viabilização do fornecimento, é autônoma ao efetivo consumo de água. No CUSD e no CUST, a tubulação equivale ao sistema de rede, como se o consumidor contratasse a disponibilização do uso de determinada tubulação, cuja bitola seria estabelecida pelo volume de água a ser consumido.

Na energia elétrica, a tubulação equivale aos sistemas de distribuição (tensão inferior a 230 KV) e de transmissão (tensão igual ou superior

a 230 KV). A TUSD e a TUST, que no fornecimento de água seriam fixadas com base na largura e na extensão da tubulação, são fixadas em função da potência ('bitola da tubulação') de que o sistema elétrico da distribuidora ou da transmissora deve dispor para atender às instalações elétricas da unidade consumidora (a potência é estabelecida em KW). Somente o preço pactuado no contrato de compra e venda corresponde ao efetivo consumo de energia no mês (medida em Kwh).

(...)

Como o CUSD e CUST regulam a disponibilização do uso das redes de distribuição e de transmissão, que é atividade autônoma ao fornecimento de energia, mesmo que o montante de uso do sistema seja inferior ao contratado, o consumidor, por determinação contratual, deve proceder ao pagamento do seu valor integral (SALIBA; ROLI, 2005, p. 50).

Dito isso, observa-se que os consumidores do mercado livre são tarifados diretamente pelas TUSD e TUST, além de submeterem-se ao pagamento do preço da energia contratualmente ajustado. Os consumidores cativos, por sua vez, submetem-se ao pagamento de tarifa (preço público) estabelecido, anualmente, pela ANEEL.

A tarifa de energia elétrica cobrada aos consumidores cativos, segundo estabelecido pela ANEEL, é formada por dois componentes: TE (tarifa de energia) - valor monetário unitário determinado pela ANEEL, em R\$/MWh, utilizado para efetuar o faturamento mensal referente ao consumo de energia - e TUSD (tarifa de uso do sistema de distribuição) - valor monetário unitário determinado pela ANEEL, em R\$/MWh ou em R\$/kW, utilizado para efetuar o faturamento mensal de usuários do sistema de distribuição de energia elétrica pelo uso do sistema (geração, transmissão e distribuição). A forma de composição da tarifa na fatura de energia é, portanto, o somatório da TE + TUSD, conseqüentemente, a incidência dos impostos é sobre essa soma (tarifa total).

Tanto o valor da TE quanto o valor da TUSD são estabelecidos, anualmente, pela ANEEL, através de resolução que homologa o resultado do reajuste tarifário anual referente a cada uma das concessionárias de energia elétrica.

Especificamente, a TUSD representa os custos que a concessionária de energia elétrica tem com o uso das linhas (geração, transmissão e distribuição) que atendem ao consumidor final de energia elétrica. É um encargo setorial que, assim como todos os

fatores que compõem a tarifa de consumo de energia elétrica, representa um encargo que a concessionária de energia elétrica tem com as operações de fornecimento de energia.

Precisamente, a tarifa de consumo é composta por diversos custos e despesas relacionados à prestação do serviço de fornecimento de energia, sendo evidente que, na correlata composição, são levadas em conta as despesas relacionadas à energia gerada, à sua transmissão e distribuição e aos tributos suportados pela concessionária. Assim é que o consumidor cativo se submete ao pagamento, mensal, da tarifa de consumo de energia elétrica.

Diversa é a situação dos consumidores livres. No mercado livre de energia há a cobrança do preço da energia convencionado contratualmente entre o consumidor e a empresa geradora (este preço não se submete à regulamentação da ANEEL, depende da livre negociação entre as partes), acrescidos dos valores devidos a título de TUST e TUSD. Neste caso, o valor da energia é discriminado em apartado dos valores devidos a título de TUST e TUSD.

Esclarecidos os aspectos gerais do setor de energia elétrica, o objeto dos contratos firmados pelos consumidores livres, bem como a natureza jurídica dos encargos deles decorrentes, passa-se a análise das características do ICMS, eis que fundamental para o objeto do presente estudo.

2. ICMS – ENERGIA ELÉTRICA

O atual imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços de transporte intermunicipal e interestadual e de comunicação (ICMS) adveio com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em substituição ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias - ICM (HARADA, 2013).

Ao que se infere da própria nomenclatura, o tributo denominado ICM incidia tão somente sobre a circulação de mercadorias. Após a nova Carta Magna, acresceu-se ao campo de incidência do imposto dois serviços: o de transporte interestadual e intermunicipal; e, o de comunicação.

No que importa ao ponto do presente trabalho, ateemo-nos às operações de circulação de mercadorias, vez que a energia elétrica, para fins tributários, é considerada mercadoria.

Quanto ao ICMS mercantil, observa-se que o legislador constituinte estabelece que as “operações relativas à circulação de mercadorias” constituem o elemento material da hipótese de incidência tributária relativa ao ICMS, de sorte que a base de cálculo do tributo deve corresponder a uma grandeza que represente essas operações.

Da inteligência do texto constitucional, depreende-se que elementos estranhos à circulação de bens móveis destinados à mercancia não poderão ser tributados a título de ICMS-mercantil, sob pena de violar referido preceito constitucional.

Em outras palavras, apenas passagem de mercadorias de uma pessoa para outra, mediante a realização de um negócio jurídico, é que dá ensejo à tributação por meio de ICMS, de modo que é relevante perquirir, desde logo, o conteúdo do conceito de “mercadoria”.

A resposta é assente em doutrina. Nesse sentido, é precisa a lição de Leandro Paulsen:

mercadorias não são quaisquer produtos ou bens, mas apenas aqueles que constituem objeto de uma atividade econômica habitual e com finalidade lucrativa consistente na venda de produtos, não se confundido com a alienação eventual de um bem por pessoa física ou mesmo por pessoa jurídica cuja atividade econômica seja de outra natureza. (PAULSEN, 2014, p. 224)

Na mesma linha, colham-se também os ensinamentos de Hugo de Brito Machado:

Mercadorias são coisas móveis. São coisas porque bens corpóreos, que valem por si e não pelo que representam. Coisas, portanto, em sentido restrito, no qual não se incluem os bens tais como os créditos, as ações, o dinheiro, entre outros. E coisas móveis porque em nosso sistema jurídico os imóveis recebem disciplinamento legal diverso, o que os exclui do conceito de mercadoria. [...] Todas as mercadorias são coisas, mas nem todas as coisas são mercadorias. O que caracteriza uma coisa como mercadoria é a destinação. Mercadorias são aquelas coisas móveis destinadas ao comércio. São coisas adquiridas pelos empresários para revenda, no estado em que as adquiriu, ou transformadas, e ainda aquelas produzidas pra venda (MACHADO, 2007, p. 387).

Ao que se vê, para fins de incidência do ICMS, à margem do fator circulação, faz-se necessário que o bem que circula seja mercadoria, tendo em vista que é essa a palavra usada no texto constitucional (REZEK, 1995), correspondendo esta ao bem objeto do ato de comércio, isto é, destinado à mercancia.

O legislador constituinte elegeu como elemento de incidência do ICMS não a mera circulação de mercadorias, mas a realização de operações de circulação de mercadorias,

isto é, o negócio jurídico que implique necessariamente na mudança de propriedade das mercadorias (MACHADO, 2007).

Fixada a premissa de que o legislador elegeu como elemento de incidência do ICMS a realização de operações de circulação de mercadorias, passa-se a destrinchar os critérios da regra-matriz de incidência tributária do tributária do imposto estadual.

A partir da Constituição Republicana de 1988, a tributação das operações de energia elétrica, à exceção dos impostos de importação e exportação, passou à competência tributária dos Estados por meio do ICMS.

O art. 155 da Constituição Federal equipara, para fins de incidência do ICMS, a energia elétrica a uma mercadoria, sendo essa bem móvel dotado de valor econômico.

Da leitura do referido dispositivo constitucional, tem-se que qualquer operação relacionada à energia elétrica apenas pode ser tributada pelo ICMS (art. 155, §3º, CF) e que a tributação incide sobre o valor total da operação (art. 155, §2º, IX, CF). De fato, a Constituição federal, ao tratar do ICMS sobre energia elétrica, não o faz de maneira restritiva. Ao contrário, o diploma reconhece que essa mercadoria é "especial", porque depende necessariamente de uma sequência de operações para fins de sua disponibilização.

Observe-se que, reconhecendo que uma série de operações serão prestadas a fim de que o consumidor final possa utilizar a energia elétrica, o §3º do art. 155 do texto constitucional fala em "operações relativas a energia elétrica", sobre as quais haverá a incidência do imposto estadual.

Nos ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho:

Operações, no contexto, exprime o sentido de atos ou negócios hábeis para provocar a circulação de mercadorias. Adquire, neste momento, a acepção de toda e qualquer atividade, regulada pelo Direito, e que tenha a virtude de realizar aquele evento (CARVALHO apud PAULSEN, p. 643)

Por sua vez, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias define, no §9º do art. 34, a responsabilidade, a base de cálculo e o recolhimento do ICMS incidente sobre as operações com energia elétrica:

Art. 34. O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores.

(...)

§ 9º Até que lei complementar disponha sobre a matéria, as empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuintes ou de substitutos tributários, serão as responsáveis, por ocasião da saída do produto de seus estabelecimentos, ainda que destinado a outra unidade da Federação, pelo pagamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias incidente sobre energia elétrica, desde a produção ou importação até a última operação, calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final e assegurado seu recolhimento ao Estado ou ao Distrito Federal, conforme o local onde deva ocorrer essa operação.

Concretizando as regras constitucionais acerca do ICMS-energia elétrica, a Lei Complementar 87/96 dispôs sobre a incidência e a responsabilidade e a cobrança nos mesmos termos. Senão vejamos:

Art.2º O imposto incide sobre:

I – Operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas, restaurante e estabelecimentos similares.

(...)

§ 1º O imposto incide também,

(...)

III – sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operação interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

§ 2º A caracterização do fato gerador independe da natureza jurídica da operação que o constitua.

Art. 9º A adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados.

§ 1º A responsabilidade a que se refere o art. 6º poderá ser atribuída:

II - às empresas geradoras ou distribuidoras de energia elétrica, nas operações internas e interestaduais, na condição de contribuinte ou de substituto tributário, pelo pagamento do imposto, desde a produção ou importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final, assegurado seu recolhimento ao Estado onde deva ocorrer essa operação.

Art. 12 Considera-se ocorrido o fato gerador no momento:

(...)

VIII – do fornecimento de mercadoria com prestação de serviços:

a) não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

O art. 13 da Lei Complementar 87/96, por sua vez, define a base de cálculo do ICMS, determinando que:

Art. 13 A base de cálculo do imposto é:

(...)

IV – no fornecimento de que trata o inciso VIII do art. 12:

a) o valor da operação, na hipótese da alínea a;

A respeito da base de cálculo de que trata o dispositivo acima transcrito, elucidativos os ensinamentos de Fátima Fernandes Rodrigues de Souza:

Assim sendo, interpretada a norma do art. 156, III, em cotejo com a do art. 155, §2º, IX, b, ambas da CF, é de concluir que todos os serviços que não estejam arrolados na lista de serviços passíveis de imposição municipal e que sejam prestados juntamente com o fornecimento de mercadorias integram o valor da operação como base de cálculo do ICMS (SOUZA, 2013, p. 852)

À vista de tudo quanto exposto, passaremos a análise da regra matriz de incidência tributária relativa ao ICMS-Energia Elétrica.

A regra matriz de incidência tributária, em síntese, disciplina a relação jurídico-tributária, sendo composta pelo antecedente e pelo consequente. O antecedente é composto por três critérios: material, espacial e temporal. O consequente, por sua vez, é composto por dois critérios: quantitativo e pessoal.

Especificamente, no critério material estão contidos o verbo e o complemento que irão estruturar o núcleo da hipótese normativa.

No caso, é possível afirmar-se que o critério material da hipótese relativa ao ICMS incidente sobre operações com energia elétrica é consumir energia elétrica, que é transferida ao consumidor através de um negócio jurídico de cunho mercantil. Elucidativas, nesse sentido, as lições de Roque Anônio Carrazza:

Dentre estas alternativas, a legislação optou pela descrição de uma operação jurídica que possibilite o consumo de energia elétrica. Portanto, atualmente, a hipótese de incidência do ICMS-Energia Elétrica é consumir, por força de um negócio jurídico, energia elétrica. Desde já anotamos que, ao aludirmos ao consumo, estamos a pensar numa situação de regularidade, em que este vem apurado, temporânea e corretamente, pela concessionária, na condição de responsável pelo recolhimento do tributo. Claro está que, havendo situação de irregularidade (v.g. um furto de energia elétrica), tais diretrizes mudam de figura (CARRAZZA, 2015, p. 292).

Relativamente ao critério temporal, esse materializa-se quando do efetivo consumo da energia pelo consumidor final, não havendo que se falar em incidência sobre o tráfego jurídico da mercadoria.

No que toca ao critério espacial, considera-se o estado em que se pratique a operação de fornecimento de energia elétrica com a transferência de titularidade da mercadoria.

No consequente (descriptor), por seu turno, tem-se que o critério pessoal é composto pelo Estado (na qualidade de sujeito ativo) e pelo consumidor final, na qualidade de sujeito passivo.

Nesse ponto, cumpre destacar que, da leitura do art. 34, §9º, do ADCT, observa-se que, relativamente ao sujeito passivo da obrigação tributária, são as distribuidoras de

energia elétrica as responsáveis, na qualidade de substitutas tributárias, pelo recolhimento do ICMS. Essa relação de responsabilidade, contudo, dará ensejo a uma outra regra-matriz.

Por fim, no concernente ao critério quantitativo, tem-se que a base de cálculo do ICMS-Energia Elétrica é o valor da operação e a alíquota será fixada pela lei de cada Estado.

3. INCLUSÃO DE TUSD/TUST NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS

Delineada a estrutura básica do ICMS incidente sobre as operações com energia elétrica, passa-se a perquirir se a TUSD e a TUST, tarifas que objetivam remunerar os custos de transmissão e distribuição da energia elétrica, podem integrar a sua base de cálculo.

Consoante a doutrina do Professor Paulo de Barros Carvalho, é necessária a correlação entre o critério material e a base de cálculo dos impostos, na medida em que essa possui função comparativa para confirmar, afirmar ou infirmar a hipótese de incidência. Em suas palavras:

Temos para nós que a base de cálculo é a grandeza instituída na consequência da regra-matriz tributária, e que se destina, primordialmente, a dimensionar a intensidade do comportamento inserto no núcleo do fato jurídico, para que, combinando-se à alíquota, seja determinado o valor da prestação pecuniária. Paralelamente, tem a virtude de confirmar, infirmar ou afirmar o critério material expresso na composição do suposto normativo. A versatilidade categorial desse instrumento jurídico se apresenta em três funções distintas: a) medir as proporções reais do fato; b) compor a específica determinação da dívida; e c) confirmar, infirmar ou afirmar o verdadeiro critério material da descrição contida no antecedente da norma (CARVALHO, 2018, p. 343)

Ainda, de acordo com o ilustre jurista paulista:

Todo o esforço do legislador há de estar orientado no sentido de promover o perfeito ajuste entre o enunciado mensurador da base de cálculo e a formulação enunciativa da hipótese. Dito de outro modo, a perspectiva dimensível há de ser de uma medida efetiva do fato jurídico tributário, recolhido como tal pela hipótese normativa. Não será qualquer proporção, ainda que retirada do mesmo suporte fático, que servirá como aspecto mensurador: é fundamental a perfeita conexão entre o fato descrito pela hipótese e o fato construído para ser sua base de cálculo (...) (CARVALHO, 2015, p. 255)

Levando os ensinamentos do jusfilósofo em consideração, parece-nos possível concluir que todos os custos incorridos para o consumo de determinada mercadoria devem compor a base de cálculo do ICMS, na medida em que a função da base de cálculo de um imposto é, justamente, representar de forma fidedigna o fato jurídico eleito pelo constituinte como hipótese de incidência.

Especificamente, no caso da energia elétrica, viu-se que, para fins de tributação do ICMS, a energia elétrica é mercadoria, nada obstante a sua tributação guarde peculiaridades que não podem ser replicadas para as demais mercadorias também sujeitas ao ICMS.

Deveras, em razão da sua peculiar realidade física, pode-se dividir a operação mercantil de comercialização de energia elétrica em três grandes etapas simultâneas: geração, transmissão e distribuição. Todavia, tal situação não descaracteriza a natureza física unitária do consumo de energia elétrica, ou seja, de que a geração, a transmissão e o consumo ocorrem simultaneamente. Tampouco essa divisão fictícia poderia tornar alguma das fases acessória ou dispensável em relação às demais.

Nesse sentido, colham-se os ensinamentos do Professor Roque Antônio Carrazza:

Em boa verdade científica, só há falar em operação jurídica relativa ao fornecimento de energia elétrica, passível de tributação por meio de ICMS, no preciso instante em que o interessado, consumindo-a, vem a transformá-la em outra espécie de bem da vida (luz, calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade). Portanto, apenas por "ficção" é que se pode entrever, na "circulação" de energia elétrica, duas operações distintas: uma, da fonte geradora à rede distribuidora; outra, desta ao consumidor final. Logo, o ICMS-Energia Elétrica levará em conta todas as fases anteriores que tornaram possível o consumo de energia elétrica. Estas fases anteriores, entretanto, não são dotadas de autonomia apta a ensejar incidências isoladas, mas apenas uma, tendo por único sujeito passivo o consumidor final. O elo existente entre a usina geradora e empresa distribuidora não tipifica, para fins fiscais, operação autônoma de circulação de energia elétrica. É, na verdade, o meio necessário à prestação de um único serviço público, ao consumidor final, abrindo espaço à cobrança, junto a este, de um único ICMS (CARRAZZA, 2015, p. 328)

É importante lembrar que a energia elétrica é gerada por uma “unidade produtora” (usina hidrelétrica, termoeétrica, solar, eólica, biomassa, etc.) e transportada dessa unidade industrial e posteriormente entregue ou distribuída ao consumidor final.

E quando se fala em transportar, entende-se que ocorre um fenômeno de transmissão – fato distinto do mero transporte –, porque, na verdade, a energia elétrica não é estocada e não tem um lugar físico no espaço. Ou seja, o fenômeno físico e também jurídico do consumo é praticamente simultâneo ao de geração, transmissão e distribuição.

Consolidando o que já foi demonstrado, o ciclo econômico da energia elétrica no Brasil compreende a geração (transformação ou produção), a transmissão e a distribuição ao consumidor final, cada uma delas merecendo a justa contrapartida econômica.

No entanto, tais etapas, em decorrência da particularidade da energia elétrica, integram a mesma operação respeitante à sua comercialização. Essa operação, portanto, deverá ser considerada como um todo, pois os fenômenos físicos envolvidos ocorrem simultaneamente (geração, transmissão, distribuição e consumo), o que torna os agentes dependentes uns dos outros para que a circulação se complete.

Assim, como o consumo da energia elétrica compreende a geração, transmissão e distribuição de modo indissociável como um sistema, a saída da mercadoria do estabelecimento deve ser compreendida como a “saída da rede”. Por essa razão, a definição da base de cálculo do ICMS deverá corresponder ao valor total da operação.

Todos os custos essenciais e inerentes à energia elétrica – e não apenas o custo da geração da energia adquirida pelo consumidor livre ou cativo – integram o valor da operação.

Nessa esteira, esclarece bem o Ministro Gurgel de Faria, em voto proferido no bojo do Recurso Especial nº 1.163.020/RS, que a peculiaridade física da energia elétrica evidencia que a geração, a transmissão e a distribuição formam o conjunto dos elementos que compõem o aspecto material do fato gerador, integrando o preço total da operação mercantil, não podendo qualquer um deles ser excluído da sua base de cálculo.

Esse mesmo raciocínio aplica-se ainda que o custo operacional da energia (geração, transmissão e distribuição) seja realizado em apartado – como é o caso dos consumidores livres.

Consoante demonstrado no capítulo primeiro do presente trabalho, no mercado livre de energia, há a cobrança do preço da energia convencionado contratualmente entre o consumidor e a empresa geradora, acrescido, separadamente, dos valores devidos a título de TUST e TUSD.

Essa separação, entretanto, decorre de ficção necessária para viabilizar a negociação no âmbito do setor elétrico. Não há, por seu turno, modificação quanto à tributação da energia elétrica, de modo que, ao arcar com os custos da TUST e a TUSD, o consumidor está pagando pela própria energia consumida, sendo as etapas de transmissão e distribuição de energia elétrica atividades inerentes ao seu fornecimento.

Ressalte-se que a Constituição estatuiu que as empresas distribuidoras são responsáveis pelo pagamento do ICMS, desde a produção até a última operação, calculando o imposto sobre o preço praticado na operação final, consoante firmado originalmente no art. 34, §9º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT.

Assim, uma vez que a Constituição estabelece a base de cálculo do imposto como sendo o valor da operação, e não apenas o custo da geração de energia elétrica adquirida, é irrelevante, para fins de tributação, a metodologia de formação do preço contratualmente estabelecida entre o fornecedor e o consumidor adquirente da energia.

Todos os custos agregados pelas distribuidoras quando do fornecimento a consumidores finais, como encargos de conexão e uso a sistemas de transmissão, aquisição de energia e operação da própria rede, custos estes essenciais à circulação da mercadoria energia elétrica, devem ser cobertos pela TE (Tarifa de Energia) e pela TUSD.

O fornecimento de energia elétrica ao consumidor final é resultado de diversas suboperações concomitantes (a energia elétrica se propaga à velocidade da luz), realizadas por diversos agentes, tornando o fornecimento indissociável do consumo final.

O fracionamento das etapas não existe de fato no fornecimento de energia, porque não há geração de energia para estocagem ou transporte. Há geração de energia, transmissão e distribuição simultaneamente. O fracionamento, assim, só se dá na operação jurídico-econômica, pois se tornou útil.

Assim, o que se tem do ponto de vista tributário é a operação de fornecimento de energia ao consumidor final, sendo que o valor da operação decorre da soma de todos os elementos que compõem o preço (custo da aquisição da energia gerada, tarifas de transmissão, distribuição, demais encargos, inclusive tributos).

Outrossim, não existe consumo de energia gerada sem que haja uso do sistema de transmissão e/ou de distribuição. A operação de fornecimento de energia, em sua totalidade, é que é tributada, sendo que a previsão para incidência decorre da Constituição Federal e da Lei Complementar 87/96.

Em conclusão, o consumo de energia elétrica exige a agregação de custos com a infraestrutura necessária para que a energia chegue ao ponto de consumo em condições de ser utilizada, razão pela qual a base de cálculo não pode considerar apenas o custo da geração da energia, mas também os valores despendidos a título das tarifas de transmissão e distribuição de energia elétrica.

CONCLUSÃO

O presente trabalho demonstrou que o mercado de energia elétrica no Brasil encontra-se dividido em dois mecanismos de contratação: Ambiente de Contratação Regulada, no qual estão os consumidores cativos, e em Ambiente de Contratação Livre, formado pelos consumidores livres.

Nada obstante, independentemente da forma de contratação, observou-se que, nos dois casos, o ciclo econômico da energia elétrica sempre compreende a geração (transformação ou produção), a transmissão e a distribuição ao consumidor final.

Sobre as operações envolvendo energia elétrica, há incidência do ICMS, imposto estadual que, à luz da legislação de regência, incide sobre o “valor da operação”.

Ainda que para fins de contratação sejam firmados contratos diversos, a cadeia de geração de energia elétrica é sempre contratada como um todo, de molde que todas as suas etapas compõem o preço final do produto entregue pela distribuidora ao consumidor.

A mera divisão da operação mercantil de comercialização de energia elétrica em três grandes etapas (geração, transmissão e distribuição) não tem o condão de descaracterizar a sua natureza física unitária, ou seja, de que a geração, a transmissão e o consumo ocorrem simultaneamente, tampouco essa divisão fictícia poderia tornar alguma das fases acessória ou dispensável em relação às demais. As etapas de transmissão e de distribuição não são atividades meio, mas, sim, atividades inerentes ao próprio fornecimento de energia elétrica, compondo, à vista do raciocínio desenvolvido no presente trabalho, o aspecto material do ICMS energia elétrica.

Nesse sentido, vez que a base de cálculo do imposto deve, verdadeiramente, representar o fato jurídico eleito pelo constituinte como hipótese de incidência, parece-nos que, no caso, todos os custos incorridos para o consumo de determinada mercadoria devem compor a base de cálculo do ICMS, sob pena de ausência de captação integral da manifestação de riqueza objeto desse imposto.

Em apertada síntese, são essas as principais razões que sustentam a constitucionalidade da inclusão de TUSD/TUST na base de cálculo do ICMS.

REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. *Direito Tributário brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a construção do Novo Modelo*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CARRAZZA, Roque Antônio. *ICMS*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico*. São Paulo: Noeses, 2010.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: linguagem e método*. 6ª. ed. São Paulo: Noeses, 2015.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel Abreu Machado. *ICMS sobre perdas técnicas e comerciais no fornecimento de energia elétrica; Pareceres – Direito Tributário da Energia*. Editora Forense, 2006.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- COSTA, Edliud José Pinto da. *ICMS Mercantil*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- TORRES, Ricardo Lobo. *ICMS, Fornecimento de Energia Elétrica e Demanda de Potência*, in Revista de Direito Tributário, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. *Aspectos Fundamentais do ICMS*. 2ª. ed. São Paulo: Dialética, 1999.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MARTINS, Ives Gandra. *Curso de direito tributário*. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELO, José Eduardo Soares de. *Curso ICMS: Teoria e Prática*. 14. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MENESCAL, Leonardo Alcantarino. *Não incidência do ICMS sobre os encargos de transmissão e distribuição de energia elétrica – Tust e TUSD*. Revista Dialética de Direito Tributário nº 237. Junho de 2015.

PAULSEN, Leandro. *Constituição e Código Tributário comentados à luz da doutrina e jurisprudência*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário completo*. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 9ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. *Impostos Federais, Estaduais e Municipais*. 3ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

REZEK, Francisco. ICMS Conceito de mercadorias. Mesa de debates sobre tributos federais. Revista Direito Tributário nº 67, Editora Malheiros, 1995.

ROLIM, João Dácio et al. *“Não incidência do ICMS sobre as Tarifas de Uso dos Sistemas de Distribuição (TUSD) e de Transmissão (TUST) de Energia Elétrica”*, Revista Dialética de Direito Tributário 122, nov. 2005.

SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SALIBA, Luciana F.; ROLI, João Dácio. *Não-Incidência do ICMS sobre as Tarifas de Uso dos Sistemas de Distribuição (TUSD) e de Transmissão (TUST) de Energia Elétrica*. Revista Dialética de Direito Tributário. v. 122, p. 50-55, nov. 2005.

A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO *CUSTOS VULNERABILIS* NO PROCESSO CIVIL

URSULA DE SOUZA VAN-ERVEN¹¹⁵:
pós-graduanda em Direito Processual
civil pela Faculdade Digital Descomplica.

JULIANA PIMENTEL VIANA

(orientadora)

RESUMO: O presente trabalho tem como escopo dissertar sobre a consagração da Defensoria Pública como Instituição que democratiza o acesso à justiça, função esta primordial num País miserável como o Brasil. Nesta toada, necessário detalhar a atuação institucional da Defensoria Pública, com base na previsão constitucional e legal, bem como evoluir o entendimento acerca de como ela fora inicialmente concebida, de modo a não ser encarada apenas como atuante em favor dos hipossuficientes econômicos, mas, também, em favor de grupos socialmente vulneráveis. Após a explanação sobre a dimensão do conceito de vulnerabilidade, ressaltou-se sobre o Código de Processo Civil de 2015, o qual, atendendo aos clamores da sociedade, instituiu a figura do *custos vulnerabilis*, cujo exercício se dá pela Defensoria Pública, nas ações possessórias multitudinárias, como expressão do equilíbrio da relação jurídico-processual. Neste contexto, apresenta-se o entendimento doutrinário acerca da aludida figura, com as controvérsias inerentes ao Direito. Por fim, apresentam-se as hipóteses legalmente previstas no Código de Processo Civil para a atuação da Defensoria Pública como “guardiã dos vulneráveis”.

Palavras-chave: Defensoria Pública; Vulnerabilidade; *Custos Vulnerabilis*; Ações Possessórias Multitudinárias.

1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 se mostrou como reflexo dos anseios de que a lei atendesse aos proclames de celeridade, a efetividade e a isonomia.

Diante de tal necessidade, o “Novo” Código de Processo Civil inaugurou diversas previsões que prestigiam o acesso à justiça isonômico e democrático.

¹¹⁵ Contato: uiave@hotmail.com

Nesta toada, destacou-se a previsão legal da Defensoria Pública, a qual, até então, recebera regulamentação principalmente pela Constituição Federal e na LC 80/94, alterada pela LC 132/09.

Apresentando a evolução de entendimento acerca das atribuições da Defensoria Pública, o presente trabalho procurou evidenciar que a mera atuação em favor dos hipossuficientes econômicos, atualmente, não é suficiente para a identificação da relevância da Instituição.

Com efeito, o conceito de vulnerabilidade foi aprofundado, para chegar à figura do *custos vulnerabilis*, tema este que o presente trabalho pretendeu se aprofundar.

Por fim, foram elencadas as hipóteses expressamente previstas pelo Código de Processo Civil para a atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis*.

2. METODOLOGIA

A metodologia do presente trabalho está baseada em pesquisas bibliográficas, com a explanação de ampla fundamentação teórica, a fim de apresentar o conceito e a evolução de entendimento acerca do assunto aqui proposto.

A intenção é proporcionar ao leitor a contextualização do tema no decorrer do tempo e, a partir deste ponto de partida, convidá-lo a inserir o que fora narrado na sua prática de Operador do Direito.

3. DO CARÁTER CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Inevitavelmente, a melhor explanação a respeito da Defensoria Pública começa com a sua definição constitucional, onde o art. 134 dispõe que “a Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal”.

A partir de tal definição, chega-se à conclusão de que a Defensoria Pública foi erigida a direito fundamental do indivíduo, na medida em que o art. 5, LXXIV da Constituição da República prevê que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

A relevância do que acima fora afirmado é traduzida na constatação de que a Defensoria Pública e, portanto, o acesso à justiça para os que comprovarem insuficiência

de recursos, é cláusula pétrea, não podendo tal garantia, portanto, ser subtraída do arcabouço constitucional (art. 60, §4º, IV).

Num País como o Brasil, onde a maioria dos indivíduos não possui condições financeiras para manterem a si e a sua família de forma digna, é de extrema importância a Defensoria Pública ser considerada garantia fundamental, pois, do contrário, a população ficaria obstaculizada no seu direito de concretização de todos os seus direitos e liberdades constitucionais.

4.DAS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Tendo em vista a reserva de lei complementar exigida no §1º do art. 134 da Constituição Federal, foi editada a Lei Complementar 80/94, alterada pela LC 132/09, a qual, em seu art. 4, dispõe sobre as funções institucionais da Defensoria Pública. Vejamos:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

- I – prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus;
- II – promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos;
- III – promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico;
- IV – prestar atendimento interdisciplinar, por meio de órgãos ou de servidores de suas Carreiras de apoio para o exercício de suas atribuições;
- V – exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses;
- VI – representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos;

- VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes;
- VIII – exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal;
- IX – impetrar habeas corpus, mandado de injunção, habeas data e mandado de segurança ou qualquer outra ação em defesa das funções institucionais e prerrogativas de seus órgãos de execução;
- X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela;
- XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado;
- XIV – acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado;
- XV – patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública;
- XVI – exercer a curadoria especial nos casos previstos em lei;
- XVII – atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais;
- XVIII – atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas;

- XIX – atuar nos Juizados Especiais;
- XX – participar, quando tiver assento, dos conselhos federais, estaduais e municipais afetos às funções institucionais da Defensoria Pública, respeitadas as atribuições de seus ramos;
- XXI – executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores;
- XXII – convocar audiências públicas para discutir matérias relacionadas às suas funções institucionais.

Não obstante este extenso rol de funções institucionais, tradicionalmente, a doutrina se preocupou em classificar as funções em típicas e atípicas.

Segundo Silvio Roberto Mello Moraes (1995, p. 24), “típicas seriam aquelas funções exercidas pela Defensoria Pública na defesa dos direitos e interesses dos hipossuficientes; e atípicas seriam aquelas outras exercidas pela Defensoria Pública, independentemente da situação econômica daquele ou daqueles beneficiados com a atuação da Instituição”.

Esta distinção está baseada na aparente constatação de que, quando o art. 134 da Constituição Federal menciona “necessitados” como os beneficiários da atuação institucional da Defensoria Pública, haveria a indicação única e exclusiva àqueles insuficiente de recursos financeiros.

No entanto, a realidade social contemporânea demonstra que a “necessidade” nem sempre se encontra relacionada à hipossuficiência econômica e, justamente por isso, através de uma interpretação teleológica da Constituição Federal, foram atribuídas à Defensoria Pública, através da LC 80/94, alterada pela LC 132/09, funções institucionais direcionadas à tutela dos direitos de indivíduos em situação de vulnerabilidade jurídica.

Entender de modo diverso seria tornar a Lei 11.448/07 inoperante, na medida em que foi atribuída legitimidade ativa para a Defensoria Pública ajuizar ação coletiva em favor de direitos difusos, os quais, muitas vezes, não beneficiam hipossuficientes econômicos.

Assim entendeu Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2009, p. 212): “Não é necessário, porém, que a coletividade seja composta exclusivamente por pessoas necessitadas. Se fosse assim, praticamente estaria excluída a legitimação da Defensoria

para a tutela de direitos difusos, que pertencem a uma coletividade de pessoas indeterminadas.”

Neste contexto, a Doutrina atualizou a classificação das funções institucionais da Defensoria Pública para aquelas tradicionais (ou tendencialmente individualistas) e não tradicionais (ou tendencialmente solidaristas).

Para José Augusto Garcia (2011, p. 37/38), “no primeiro grupo estariam inseridas as funções institucionais ligadas à atividade básica (ou mínima) da Defensoria Pública, classicamente associadas à carência econômica do indivíduo; no segundo grupo, por sua vez, estariam contidas as funções institucionais consideradas não tradicionais, que decorrem do solidarismo jurídico, dentre as quais se destacam as atribuições que tencionam a proteção concomitante de pessoas carentes e não carentes (ex: ação civil pública relativa a direitos difusos), as atribuições que repercutem em favor de pessoas carentes e também beneficiam de forma nominal pessoas não necessariamente hipossuficientes (ex: representação judicial de um casal abastado que visa à adoção de uma criança internada), as atribuições direcionadas a sujeitos possuidores de carência não econômicas e protegidos especialmente pela ordem jurídica (ex: portadores de deficiência) e as atribuições que objetivam a proteção de valores relevantes no ordenamento jurídico (ex: defesa do réu sem advogado na área criminal e atuação da curadoria especial na esfera cível).”

Justamente nesta classificação de “função institucional tendencialmente solidarista”, destaca-se o inciso VII do art. 4 da LC 80/94, alterado pela LC 132/09. *In verbis*:

VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes;

Este é o fundamento jurídico para adoção do entendimento de que a Defensoria Pública não deve atuar somente em favor dos hipossuficientes econômicos, devendo a atuação da instituição ser encarada de uma forma mais ampla, constatação esta que permitiu o surgimento do instituto denominado *custos vulnerabilis*, objeto do presente trabalho.

5.DA DEFENSORIA PÚBLICA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

A Código Processo Civil de 2015 foi resultado de uma imperiosa reforma ampla, a fim de se adequar aos novos paradigmas da sociedade, uma vez que o Código de Processo Civil de 1973 clamava pela positivação de preceitos que prestigiassem a celeridade, a efetividade e a isonomia.

Segundo Gustavo Quintanilha Telles de Menezes (2015, p.427), “entre os novos valores erigidos a um patamar constitucional alcançados a prioridades republicanas, o processo, como instrumento garantístico de acesso à justiça, foi aquinhado com diversos princípios inseridos entre os direitos fundamentais”.

Neste contexto de possibilitar o maior acesso à justiça, desponta a relevância da Defensoria Pública que, no Novo Código de Processo Civil, mereceu um Título específico para tratar da sua atuação, dispendo o art. 185 que “a Defensoria Pública exercerá a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, em todos os graus, de forma integral e gratuita”.

O Novo Código de Processo Civil atendeu aos reclames da sociedade de consagração do solidarismo jurídico, de onde se extrai que deve ser ultrapassada a visão patrimonialista e individualista da sociedade, sendo o melhor entendimento aquele que prestigia que a Defensoria Pública tutela os interesses não apenas dos necessitados sob o ponto de vista econômico, mas, também, os vulneráveis em sentido amplo.

6.DA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO *CUSTOS VULNERABILIS*

Inicialmente, cumpre asseverar que a tradução literal do latim para o português da expressão *custos vulnerabilis* significa “Guardião dos Vulneráveis”.

Para melhor se debruçar sobre o tema, há de se falar no conceito de “Vulnerabilidade”.

De uma forma breve e superficial, poder-se-ia dizer que os vulneráveis estariam ligados aos grupos minoritários. O problema desta afirmação é de que, no caso em espécie, estaríamos tratando de um grupo que é maioria numérica na sociedade, porém sem o *status* de dominância de poder.

O melhor entendimento acerca do conceito de vulnerabilidade está atrelado à vulnerabilidade social, que se posiciona além da ausência de renda financeira, atribuindo importância à maior fragilidade na proteção dos direitos.

Segundo a Doutrina de Raphael Maia Rangel (2022, p. 55), “a vulnerabilidade social está, sim, associada à pobreza e à exclusão social, mas não se limita apenas a isso, tornando-se uma manifestação comunitária multidimensional que está intimamente associada à presença de estereótipos sociais de inferioridade que acarretam a depreciação social, a fragmentação identitária, a ausência de autoestima e a fragilização intersubjetiva”.

Partindo desse pressuposto, firmou-se o entendimento de que o papel da Defensoria Pública seria a atuação em favor do socialmente vulnerável, que não é, necessariamente, vulnerável sob o ponto de vista econômico (vulnerabilidade econômica).

Tal afirmação está em total consonância com as atribuições institucionais de proteção aos direitos humanos formalmente expresso no art. 185 do Código de Processo Civil, e no art. 134 da Constituição Federal. *In verbis*:

Art. 185. A Defensoria Pública exercerá a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, em todos os graus, de forma integral e gratuita.

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal .

(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

Levando o conceito de vulnerabilidade social ao Código de Processo Civil, exsurge o relevante conceito de vulnerabilidade processual, o qual é reflexo da preocupação na garantia de tratamento isonômico às partes, de modo que possa ser estabelecido um maior equilíbrio em termos de oportunidades processuais às partes.

Segundo Fernanda Tartuce (2015, p. 284), "a vulnerabilidade processual é a suscetibilidade do litigante que o impede de praticar atos processuais em razão de uma limitação pessoal involuntária; a impossibilidade de atuar pode decorrer de fatores de saúde e/ou ordem econômica, informacional, técnica ou organizacional de caráter permanente ou provisório".

Para facilitar a definição dos grupos titulares da vulnerabilidade, foram elaboradas as "Regras de Brasília" sobre o acesso à justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade, tendo o capítulo I, seção 2, item 3 assim disposto:

Consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especial dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

Exsurge daí o conceito de *custos vulnerabilis*, papel exercido pela Defensoria Pública, que se tornou agente de equilíbrio das relações sociais, políticas e jurídicas em favor dos vulneráveis.

Semelhantemente ao que ocorre com o Ministério Público, quando atua como *custos legis* (fiscal da ordem jurídica), a atuação da Defensoria como *custos vulnerabilis* amplia o contraditório em favor da parte vulnerável, qualificando o diálogo jurídico, de modo a prestigiar a ampla participação democrática no processo.

Importante destacar que a atuação como *custos vulnerabilis* não usurpa as funções dos advogados das partes, mantendo-se intocada a capacidade postulatória deles.

O “Novo” Código de Processo Civil apresentou, de forma expressa, duas hipóteses em que a Defensoria Pública atua como *custos vulnerabilis*, no art. 554, §1º, e art. 565, §2º, hipóteses das ditas ações possessória multitudinárias. *In verbis*:

Art. 554. A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela cujos pressupostos estejam provados.

§ 1º No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública.

Art. 565. No litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias, que observará o disposto nos §§ 2º e 4º.

§ 2º O Ministério Público será intimado para comparecer à audiência, e a Defensoria Pública será intimada sempre que houver parte beneficiária de gratuidade da justiça.

7.DA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NAS AÇÕES POSSESSÓRIAS MULTITUDINÁRIAS

A *ratio legis* para a atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* nas ações possessórias multitudinárias decorre da preocupação em regular os conflitos

possessórios, onde o pólo passivo está ocupado por um grande número de possuidores para regular a judicialização dos graves conflitos sociais sobre a terra, em geral relacionados à pretensão de reforma agrária e ao direito de moradia.

Segundo Diogo Esteves e Franklyn Roger Alves Silva (2017, p. 414), “o tema da posse é alvo de grande sensibilidade no desempenho das funções institucionais da Defensoria Pública, sendo comum a existência de órgãos de atuação destinados a atuar em demandas desta natureza e obter a regularização fundiária, já que a moradia e a propriedade são direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e na Convenção Americana de Direitos Humanos”

De acordo com José Aurélio de Araújo (2015, p. 531-532), por um lado, o objetivo é viabilizar a prestação jurisdicional requerida pelo autor considerando que a indefinição dos sujeitos passivos nas ações possessórias dificulta e provoca a demora na formação da relação jurídico processual (...) por outro lado, a norma protege os réus, pois transfere a intimação dos demandados da execução da ordem de reintegração para o início do processo de conhecimento, permitindo a efetiva participação em contraditório dos verdadeiros possuidores.

A seguir, serão abordados os dois dispositivos legais que mencionam, de forma expressa, a atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis*.

a) O art. 554, §1º, do Código de Processo Civil

Art. 554. A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela cujos pressupostos estejam provados.

§ 1º No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública.

Questão relevante a ser analisada diz respeito à natureza jurídica da atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis*, no art. 554, §1º do Código de Processo Civil.

Diogo Esteves e Franklin Roger Alves Silva (2015, p. 415), entendem que a hipótese em questão diz respeito à legitimação extraordinária, “cabendo à Defensoria Pública atuar em nome próprio no interesse alheio, ou seja, dos ocupantes pessoalmente citados, bem como os demais ocupantes citados por edital, nos termos da disciplina estabelecida pelo

novo código, que não deve ser confundida com a hipótese de curadoria especial prevista no art. 72, II.”

Em sentido contrário, porém, entende Daniel Assumpção Neves (2015, p. 360), que aponta que a Defensoria Pública exerceria sua função de representação jurídica das partes hipossuficientes: “Enquanto o Ministério Público atuará como fiscal da ordem jurídica, a Defensoria Pública defenderá o interesse dos hipossuficientes econômicos que não constituam advogado para a sua defesa”.

Data máxima vênia, o entendimento acima parece contrariar tudo o que neste trabalho foi exposto acerca da vulnerabilidade social, e a superação da atuação Defensoria Pública como mera defesa dos hipossuficientes econômicos.

Sem sombra de dúvidas, o melhor entendimento é aquele que considera merecedor da atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* aquele grupo que, independentemente da hipossuficiência econômica e da constituição de advogado particular nos autos, enfrenta dificuldade em se organizar para o exercício da defesa da sua posse.

Outra controvérsia apontada pela doutrina em relação à atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* no art. 554, §1º do Código de Processo Civil, subsume-se à posição que entende desnecessária a atuação como curador especial em favor dos demais ocupantes não identificados e citados por edital.

De acordo com Diogo Esteves e Franklin Roger Alves Silva (2015, p. 416), “com a atuação institucional coletiva em favor dos ocupantes, pouco importa se estes foram citados pessoalmente ou por edital, já que a atuação institucional, como legitimada extraordinária, alcançará esta universalidade, sem que isso signifique o exercício da curatela especial”.

b) O art. 565, §2º, do Código de Processo Civil

Art. 565. No litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias, que observará o disposto nos §§ 2º e 4º.

§ 2º O Ministério Público será intimado para comparecer à audiência, e a Defensoria Pública será intimada sempre que houver parte beneficiária de gratuidade da justiça.

O dispositivo legal em comento trata do litígio coletivo pela posse de imóvel, decorrente de esbulho ou turbação, sendo determinada a intimação da Defensoria Pública sempre que a parte for beneficiária da gratuidade de justiça.

Aqui cabe crítica à redação legal, a qual previu a “gratuidade de justiça” como causa legitimadora da atribuição da Defensoria Pública, quando, na verdade, a melhor exegese seria aquela condizente com tudo o que fora afirmado sobre o papel da Instituição na assistência jurídica de defesa dos vulneráveis.

Até porque a gratuidade de justiça se distingue da assistência jurídica, embora sejam institutos frequentemente confundidos. A gratuidade de justiça diz respeito à dispensa de antecipação do pagamento das custas judiciais e honorários advocatícios. Já a assistência jurídica, traduz-se na prestação não onerosa da orientação jurídica aos indivíduos hipossuficientes econômicos, papel este atribuído constitucionalmente à Defensoria Pública.

Configura-se, portanto, um retrocesso o Código de Processo Civil, no art. 565, §2º, fazer alusão à necessária intimação da Defensoria Pública no litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, e a parte for “beneficiária da gratuidade de justiça”.

Isto porque a atuação da Defensoria Pública no dispositivo legal em comento deveria se firmar na vulnerabilidade da parte, garantindo-lhe a assistência jurídica da Defensoria Pública, independentemente da hipossuficiência econômica.

Na verdade, há doutrina afirmando que não haveria autonomia entre os arts. 554 e 565 do Código de Processo Civil, tratando-se, na verdade, da mesma situação processual.

Assim entendem Diogo Esteves e Franklyn Roger Alves Silva (2017, p. 418): “Pouca é a doutrina que consegue apontar o propósito lógico entre os arts. 554, §1º e 565, §2º, do novo CPC. A nosso ver, acreditamos que a regra geral da atuação da Defensoria Pública nas ações possessórias é extraída do art. 554, §1º, do código. O que o art. 565, §2º regula é a realização da audiência com a presença da Defensoria Pública, cuja participação já seria extraída do art. 554.”

De acordo com parte da doutrina, portanto, o art. 565, §2º do Código de Processo Civil não apresentaria uma modalidade autônoma de atuação da Defensoria Pública, mas, tão-somente, um reforço do dever de intimação, o qual já fora previsto no art. 186, §1º, do Código de Processo Civil.

Art. 186. A Defensoria Pública gozará de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais.

§ 1º O prazo tem início com a intimação pessoal do defensor público, nos termos do art. 183, § 1º.

Todas as controvérsias apresentadas pela Doutrina facilitam o operador do direito a adotar a melhor tese, a depender da posição que ocupa na relação jurídico-processual.

8. CONCLUSÃO

O Código de Processo Civil, em sua recente atualização (Lei 13.105/2015), se atentou ao avanço do solidarismo jurídico, prestigiando a vulnerabilidade jurídica e proteção a grupos organizacionalmente frágeis.

Nesta toada, pretendeu-se inaugurar a figura do *custos vulnerabilis*, de modo a possibilitar o acesso igualitário às partes no processo, através da atuação da Defensoria Pública nas ações possessórias multitudinárias.

Isto porque a Defensoria Pública é a instituição de atribuição constitucional de proteção dos vulneráveis, na medida em que a sua atribuição, conforme relatado no presente trabalho, extrapola a ideia inicial para a qual fora concebida de mera atuação em favor dos hipossuficientes econômicos.

O presente trabalho teve o condão de prestigiar a atuação finalística e institucional como instrumento da Democracia, homenageando a promoção dos direitos humanos e o acesso isonômico das partes vulneráveis no processo.

6. REFERÊNCIA

ARAÚJO, José Aurélio. *Coleção Repercussões do Novo CPC. Defensoria Pública. Volume 5*. Coordenador Geral Fredie Didier Jr. Editora Jus Podium, 2015.

DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo, Volume 4*. 4ª edição. Editora Jus Podium, 2009.

ESTEVES, Diogo. SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. 2ª edição. Editora Forense, 2017.

MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. *Coleção Repercussões do Novo CPC. Defensoria Pública. Volume 5*. Coordenador Geral Fredie Didier Jr. Editora Jus Podium, 2015.

MORAES, Silvio Roberto Mello. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NEVES, Daniel Assunção. *Novo CPC: Inovações, Alterações e Supressões Comentadas*. Rio de Janeiro: Editora Método, 2015.

RANGEL, Raphael Maia. *Defensoria Pública: Redimensionamento do seu Papel político-jurídico-social para efetiva proteção dos vulneráveis no campo da moradia*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2022.

SOUSA, José Augusto Garcia. *O Destino de Gaia e as Funções Constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz Sentido – sobretudo após a Edição da Lei Complementar 132/2009 – a Visão Individualista a Respeito da Instituição?, in Uma nova Defensoria Pública pede Passagem*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

TARTUCE, Fernanda. *Coleção Repercussões do Novo CPC. Defensoria Pública*. Volume 5. Coordenador Geral Fredie Didier Jr. Editora Jus Podium, 2015.

O TRATAMENTO JURÍDICO TRIBUTÁRIO DAS CRIPTOMOEDAS NO BRASIL

RUY MENEZES LEAO NETO¹¹⁶:
Graduando do Curso de Direito do
Centro Universitário Fаметro.

RESUMO: Os criptoativos no Brasil tem uma insegurança jurídica por não ter um marco legal, nem um entendimento único consolidado, e com o avanço da internet e dos sistemas de pagamento no mundo, se tem uma grande demanda pelas transações p2p, porém o Brasil não tem um código aplicável, mas há uma regulamentação básica para controle de declaração dessas moedas digitais. Na era da tecnologia, as transações financeiras requerem uma segurança necessária, e com os vários tipos possíveis de transferências, as criptomoedas ganharam um destaque, uma visibilidade maior, por não ter um controle nem uma interferência Estatal/Federal, como ocorre com as demais transações financeiras tradicionais que já conhecemos, ou seja, com isso é gerando uma insegurança jurídica por parte dos contribuintes visto que as criptomoedas no Brasil não têm um ente regulador governamental. O tratamento tributário das criptomoedas está em constante evolução por estarem cada vez mais presentes no nosso dia a dia. O estudo traz o conceito dos envolvidos, referências de como esses impostos estão sendo aplicados pelo mundo, o tratamento jurídico brasileiro, a natureza jurídica das criptomoedas, as possibilidades de enquadramento e a semelhança das criptomoedas e ativos financeiros no Brasil até o momento atual.

PALAVRAS-CHAVE: Tributação. Criptomoedas. Ativos financeiros. Dinheiro. Transferências.

ABSTRACT: Crypto assets in Brazil have legal uncertainty because there is no legal framework, there is no single consolidated understanding, and with the advancement of the internet and payment systems in the world, there is a great demand for p2p transactions, but in Brazil There is no applicable code, but there are basic regulations for controlling the declaration of these digital currencies. In the age of technology, financial transactions require greater security, and with the various types of possible transfers, cryptocurrencies have gained greater visibility, as they do not have State/Federal control over them, generating legal uncertainty for crypto-assets in Brazil for not having has a legal framework, a single consolidated understanding, and with the advancement of the internet and payment systems in the world, there is a great demand for p2p transactions, in Brazil there is no applicable code, but there is a basic regulation for control declaration of these digital currencies. The tax legal treatment of digital currencies that are increasingly present

¹¹⁶ Contato: ruuy.leao@gmail.com

in our daily lives. The study brings references of how taxes are being applied, the taxonomy of taxation in digital currencies, the European understanding of the subject, which can be applied in Brazil, which tax is applicable, the possibilities of framing and the evolution of taxation in coins in Brazil to date.

KEYWORDS: Taxation. Cryptocurrencies. Financial assets. Money. transfers.

1 INTRODUÇÃO

A insegurança jurídica em relação às criptomoedas é um fator relevante no cenário tecnológico mundial, muitas empresas buscam recursos e se desenvolvem para criar plataformas financeiras digitais acessíveis com aplicativos seguros, todos legalmente registrados, autorizados, contribuintes e diretamente veiculados a órgãos governamentais.

No Brasil não se tem um marco legal e obrigacional a ser seguido por órgãos reguladores responsáveis pela fiscalização de moedas digitais, pois com a explosão de criptomoedas no mundo financeiro a partir dos anos de 2010, é de suma importância a necessidade de segurança digital de dados pessoais, patrimoniais e financeiros de clientes e empresas, ou seja, é necessário que o direito e a economia evoluam e se moldem a essas criptomoedas, inclusive do ponto de vista fisco, mas uma dúvida frequente a respeito das criptomoedas é se são ativos financeiros ou moeda.

Apesar de ser consideravelmente antigo o pagamento por meios eletrônicos, como exemplo o cartão de crédito, que se perpetuou a mera função de realizar pagamentos, torna diferente do que se demonstra a reinvenção da moeda que ocorreu no ano de 2008, onde foi introduzido ao mundo uma nova moeda e um novo sistema de pagamento, chamados de criptomoedas, mais precisamente resultando no Bitcoin, uma moeda na forma de computador criada por Satoshi Nakamoto (2021).

As criptomoedas têm como forma a internacionalidade, gerando uma complexidade em examinar sua natureza jurídica e suas implicações na esfera tributária, fazendo com que algumas questões fossem levantadas: os criptoativos são de fato uma moeda? Seria possível a cobrança de tributos pela alienação dessas moedas? Como a Receita Federal do Brasil trata essa inovação?

Deste ponto de partida, objetiva-se analisar a complexidade da natureza jurídica dos criptoativos, para posteriormente tecer as particularidades do imposto de renda destacando os princípios que o integram como o da generalidade, universalidade e progressividade, como também, buscar a compreensão do alcance da Instrução Normativa 1888/2019, considerada a primeira instrução a disciplinar a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos do País, e, por fim, como se dá a tributação do imposto de renda nos criptoativos

2 OS CRIPTOATIVOS

Criptoativos é a representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, transacionado eletronicamente com a utilização de criptografia e de tecnologias de registros distribuídos, que pode ser utilizado como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços, e que não constitui moeda de curso legal. (GARIBE, ADRIANA, 2022)

A necessidade na criação de uma moeda que utilizasse a tecnologia a seu favor, no caso o meio eletrônico, para a facilitação nos meios de pagamento e transações monetárias, já havia surgido muito antes do que hoje é uma estrutura sólida de investimentos e utilizada por muitos como meios de geração de renda nos dias atuais. Sua origem ao que hoje se conhece por sistema de pagamentos online é uma história com diferentes enredos, mistérios, evoluções e curiosidades. (BARCELÓ FERRE, 2017)

Os criptoativos são ativos virtuais, protegidos por criptografia, presentes exclusivamente em registros digitais, cujas operações são executadas e armazenadas em uma rede de computadores. Esses ativos surgiram com a intenção de permitir que indivíduos ou empresas efetuem pagamentos ou transferências financeiras eletrônicas diretamente a outros indivíduos ou empresas, sem a necessidade da intermediação de uma instituição financeira. Tal propósito serviria - inclusive - para pagamentos ou transferências internacionais. (BARCELÓ FERRE, 2017)

Atualmente existem centenas de criptoativos, dentre os quais o pioneiro e mais conhecido é o Bitcoin. Cada um deles funciona baseado em um conjunto de regras próprias, definidas pelos seus criadores e desenvolvedores. O funcionamento dos criptoativos se baseia em uma tecnologia de registro descentralizado, um tipo de contabilidade ou livro-razão distribuído em uma rede ponto a ponto de computadores espalhados ao redor do mundo. Toda transação realizada é divulgada para a rede, e somente será aceita após um complexo sistema de validação e de uma espécie de consenso da maioria dos participantes da rede. Com isso, as operações são praticamente irreversíveis, por exemplo: se um proprietário tentar reutilizar ativos já negociados (o chamado "gasto duplo"), a rede de computadores rejeitaria a transação, característica essa que eliminaria a necessidade de um intermediário. (COSTA, GLAUCO ZERBINI, 2020)

Através de um estudo mais aprofundado quanto à origem deste tema, é visto a dificuldade que até hoje é enfrentada para a definição correta do que seria uma criptomoeda – ou, definição dos criptoativos, termo utilizado para descrever este tipo de moeda digital – portanto, é necessário compreender sua complexidade em questão de

diferenciação das criptomoedas para com outros tipos de moedas digitais existentes no contexto mundial.

A origem do criptoativos é encarada como uma alternativa, ainda que coberta de incertezas, de permitir que indivíduos ou empresas efetuem pagamentos ou transferências financeiras eletrônicas diretamente a outros indivíduos ou empresas, sem a necessidade da intermediação de uma instituição financeira. Especialistas consideram hoje que o surgimento da Blockchain, tecnologia por trás da bitcoin e das outras moedas digitais, seja tão relevante quanto foi a da internet há alguns anos, com potencial de revolucionar inúmeras áreas de nossa sociedade, indo desde modelos de votação até o sistema financeiro. (BARCELÓ FERRE, 2017)

O funcionamento dos criptoativos se baseia em uma tecnologia de registro descentralizado, um tipo de contabilidade ou livro-razão distribuído em uma rede ponto a ponto de computadores espalhados ao redor do mundo. Toda transação realizada é divulgada para a rede, e somente será aceita após um complexo sistema de validação e de uma espécie de consenso da maioria dos participantes da rede. (CAMPOS, EMÍLIA MALGUEIRO, 2018)

Com isso, as operações são praticamente irreversíveis, por exemplo: se um proprietário tentar reutilizar ativos já negociados (o chamado "gasto duplo"), a rede de computadores rejeitaria a transação, característica essa que eliminaria a necessidade de um intermediário, conforme já adiantado. A tecnologia mais conhecida por trás do funcionamento dos criptoativos ficou conhecida como blockchain. Isso porque nela, as transações publicadas na rede são agrupadas e registradas em blocos, de maneira que cada bloco aceito na rede se conecta ao imediatamente anterior, e assim por diante, formando uma sequência ou cadeia de blocos Blockchain. (COSTA, GLAUCO ZERBINI, 2020)

2.1 Conceito de criptomoeda

Para compreender o que é uma criptomoeda é necessário entender o sistema Blockchain, no qual se compreende como criptomoedas os tokens digitais baseados em criptografia, que garantem a segurança das operações. Esses tokens digitais por norma são descentralizados, não existindo uma autoridade central que comanda o sistema. A base do sistema das criptomoedas é a Blockchain, sistema que registra todas as operações realizadas. Para compreensão do conceito de criptomoedas abordado nesse estudo, realizou-se a divisão do tema em ordem cronológica dos fatos, o que é criptomoeda, sua origem, a explosão mundial e a tributação no Brasil. (GOMES, Daniel de Paiva, 2021)

As moedas digitais são as novas formas de dinheiro que existe eletronicamente, o surgimento delas abordam um novo contexto na sociedade, sendo uma tecnologia nova, elas têm várias áreas para serem exploradas, como o surgimento de redes descentralizadas

perante a economia e o modo que ela trabalha digitalmente. Ambas estão impactando cada vez mais a sociedade, no entanto elas têm conceitos diferentes, a moeda digital é a forma que o dinheiro físico pode ser transformado para contas bancárias, cartões de crédito e dentre outros (digitalmente), exigindo a forma de conversão para o dinheiro físico para o dinheiro digital. (GOMES, Daniel de Paiva, 2021)

Existe uma diferença entre elas, sendo o comércio que elas atuam, sendo a moeda digital lidando com o comércio tradicional trabalhando com redes gigantescas, com responsáveis legais como os bancos internacionais, governo de países. O dinheiro virtual, inova sobre esse quesito; não necessitando de alguma rede central para fazer negócios, existindo transações em comunidades pequenas na internet que dentre elas seguem suas próprias jurisdições de leis, trabalhando apenas com a autoridade de sua comunidade.









Centenas de especificações de criptomoedas existem, a grande maioria sendo similar e derivada da primeira moeda descentralizada implementada, a bitcoin. A segurança, integridade e balanço dos registros de um sistema de criptomoeda são mantidos por uma comunidade de mineradores: membros do público em geral usando seus computadores para ajudar a validar e temporizar transações, adicionando-as ao registro (Blockchain) de acordo com um esquema definido de temporização. (BARCELÓ FERRE, 2017)

A segurança dos registros de uma criptomoeda baseia-se na suposição de que a maioria dos mineradores estão mantendo o arquivo de modo honesto, tendo um incentivo financeiro para isso. A maior parte das criptomoedas são planejadas para diminuir a produção de novas moedas, definindo assim um número máximo de moedas que entrarão em circulação. Isso imita a escassez (e valor) de metais preciosos e evita a hiperinflação. Comparadas com moedas comuns mantidas por instituições financeiras ou em forma de dinheiro em mãos, criptomoedas são menos suscetíveis à apreensão devido a ações judiciais. (BARCELÓ FERRE, 2017)

Com a expansão dos investimentos digitais, diga-se criptomoedas, projetos NFT e afins, temos visto o surgimento de cada vez mais moedas virtuais que podem ser trocadas no mundo real. Além das mais conhecidas, como Bitcoin e Ethereum, podemos ir encontrando moedas próprias de jogos NFT e outras que a grande maioria do público nem sequer ouve falar. Mas, afinal, quantas criptomoedas existem atualmente? Para ser direto: existe um número bastante alto de criptomoedas registradas no meio virtual. No entanto, não há um consenso claro entre os sistemas de rastreamento para chegar a um número "exato", visto que cada um pode usar um método diferente para adicionar as criptos nos seus sistemas. (BARCELÓ FERRE, 2017)

A **Coinbase**, uma das maiores "casas de câmbio" digital, por exemplo, registra cerca de 9.500 criptomoedas diferentes. Já o CoinMarketCap (CMC), um site de rastreamento de

preços de criptomoedas, tem um número parecido em seu índice (aproximadamente 9.360), mas mostra no topo de sua página inicial que existem 17.567 criptomoedas por aí no momento em que essa publicação é escrita. (COINMARKETCAP, 2021)

#	Nome	Preço	24h %	7d %	Market Cap	Volume(24h)	Circulating Supply	Last 7 Days
1	Bitcoin BTC Buy	\$37,470.41	+13.45%	+32.40%	\$698,062,963,515	\$110,458,494,545 2,061,176 BTC	18,713,700 BTC	
2	Ethereum ETH Buy	\$2,700.32	+18.92%	+34.00%	\$317,052,496,332	\$75,516,361,749 27,614,473 ETH	115,938,594 ETH	
3	Tether USDt Buy	\$1.00	+0.01%	+0.18%	\$58,455,710,137	\$252,021,926,383 251,523,871,578 USDt	58,340,211,053 USDt	
4	Binance Coin BNB Buy	\$378.42	+25.26%	+41.62%	\$58,532,325,391	\$6,267,790,753 21,672,558 BNB	153,432,897 BNB	
5	Dogecoin DOGE	\$0.3966	-113.4%	+15.33%	\$51,626,726,648	\$13,485,398,033 33,871,182,716 DOGE	129,666,593,991 DOGE	
6	Cardano ADA	\$1.64	+8.99%	+3.72%	\$52,591,163,170	\$14,414,113,803 8,756,348,712 ADA	31,948,209,441 ADA	
7	XRP XRP	\$1.20	+23.70%	+14.50%	\$42,302,111,261	\$20,546,725,598 17,092,804,208 XRP	35,108,326,973 XRP	
8	Polkadot DOT Buy	\$28.95	-30.75%	-32.55%	\$25,283,245,214	\$8,480,957,046 315,088,200 DOT	939,098,594 DOT	
9	Internet Computer ICP	\$128.80	-28.23%	-55.55%	\$15,996,170,116	\$584,177,287 4,528,600 ICP	123,949,878 ICP	

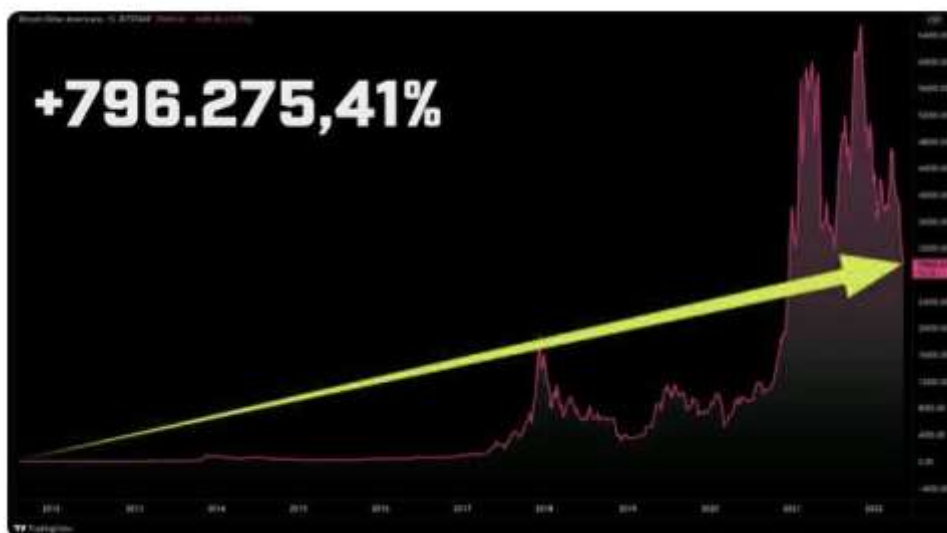
2.20 que é o Bitcoin

A criptomoeda mais famosa do mundo se chama Bitcoin, a mais transacionada em todo o mercado cripto, a bitcoin é uma criptomoeda totalmente descentralizada, o que significa que não é controlada por nenhum tipo de governo ou organização.

Lançada em 2009, mas mencionada pela primeira vez em 2008 através do artigo "Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System" publicado pelo pseudônimo Satoshi Nakamoto. O objetivo dessa tecnologia desencadeou em uma reformulação da moeda e de seus códigos operacionais, de sorte que diminuísse os reflexos da crise financeira e consequentemente impulsionassem o que se sabe sobre revolução digital na economia. Cabe destacar, preliminarmente, que existem hoje mais de 6.000 (seis mil) criptomoedas em circulação e a bitcoin representa mais da metade do mercado. Enquanto todas as outras criptomoedas somam juntas US\$ 90 bilhões, a bitcoin sozinha possui US\$ 112 bilhões em capitalização de mercado. Só de janeiro a março de 2020 foram negociadas 93,653.57 bitcoins no Brasil. (NAKAMOTO, Satoshi, 2008)

Levando em consideração a dados de 2011 até o início de 2022, estamos falando de mais de 800mil% de valorização da moeda digital. Se caso você tivesse comprado algumas bitcoins em 2011 por R\$ 120,000 hoje você teria aproximadamente mais R\$ 800.000,00, ou

até se tivesse comprado um pouco mais como R\$ 500,000 apenas, teriam se transformados em mais de 7 milhões de reais. (TRADINGVIEW, 2022)



Fonte: Tradingview BTC de 15/08/2011 até 17/05/2022

A proposta dos criptoativos, materializados pelo programador Satoshi Nakamoto é bastante clara: por meio do sistema Blockchain e de tecnologia criptográfica, busca-se revolucionar o fluxo de transação de recursos de todo o globo, visando à substituição do sistema financeiro, que já se provou insuficiente por diversas vezes. A substituição desse novo sistema, torna desnecessária, dessa forma, a figura do terceiro interveniente: as instituições financeiras. (TRADINGVIEW, 2022)

Satoshi Nakamoto definiu no artigo "Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System" o Bitcoin como um sistema de transações eletrônicas, sem depender de confiança. Começaram com o framework habitual de moedas feitas de assinaturas digitais, que fornece um forte controle de propriedade, mas é incompleto sem uma maneira de evitar o gasto duplo. Para resolver isso, propusemoam uma rede peer-to-peer usando prova de trabalho para gravar um histórico público de transações que rapidamente se torna computacionalmente impraticável para um atacante para mudar se nós honestos controlarem a maioria do poder de CPU. A rede é robusta em sua simplicidade não estruturada.

Os nós trabalham todos de uma vez, com pouca coordenação. Eles não precisam ser identificados, uma vez que as mensagens não são roteadas para qualquer lugar particular e só precisam ser apresentadas em regime de melhor esforço. Os nós podem sair e voltar

a rede à vontade, aceitando a cadeia de prova de trabalho, como prova do que aconteceu enquanto eles estavam fora. Eles votam com seu poder de CPU, expressando a aceitação de blocos válidos, trabalhando em estendê-los e rejeitando blocos inválidos, recusando-se a trabalhar com eles. Todas as regras e incentivos necessários podem ser aplicados com este mecanismo de consenso. (NAKAMOTO, Satoshi, 2008)

A criptografia veda o “gasto duplo” através de um sistema garantido pelos seus próprios operadores, por meio da rede de blocos e da validação das operações por parte dos “mineradores”. Sobre o mencionado “gasto duplo” cabe aqui uma breve explicação. Imaginemos uma situação hipotética datada em 2005, quando determinado indivíduo denominado X tivesse o desejo de enviar 10 unidades monetárias ao indivíduo Y. Para que X transferisse as unidades desejadas para Y era necessária a figura de um intermediário.

Esse intermediário possui o registro da conta dos sujeitos na transação e o transfere conforme desejado pelo adquirente e alienante. Imaginemos agora que não exista intermediário, e que essa transação pode ser feita de maneira una, como acontece por exemplo com um e-mail, onde o indivíduo X transfere um arquivo do seu computador para o indivíduo Y e esse arquivo não deixa de existir no computador do alienante. Note que na segunda hipótese seria evitado um “gasto duplo”, em que se dispense um esforço de debitar o valor em uma conta bancária e creditar em outra conta. (NAKAMOTO, Satoshi, 2008)

Assim, a invenção da bitcoin é revolucionária pois, pela primeira vez, o problema do gasto duplo pode ser resolvido sem a necessidade de um terceiro, a bitcoin o faz distribuindo o imprescindível registro histórico a todos os usuários do sistema via uma rede peer-to-peer.⁸ Reportando-se precisamente ao histórico da bitcoin, segundo consta os noticiários, a primeira transação reconhecida com bitcoin foi realizada nos Estados Unidos. Em maio de 2010, um programador da Flórida pagou a um internauta 10.000 bitcoins para que ele entregasse duas pizzas. Foi a primeira transação conhecida no mundo real, equivalente na época a 42 dólares e marcou o nascimento do “Bitcoin Pizza Day”. Atualmente, o valor equivaleria a 64,2 milhões de dólares.⁹ Neste período, em meados de 2010 a 2012, o bitcoin passou a se popularizar, e foi exatamente nesse momento que as primeiras plataformas de negociação começaram a chegar ao mercado financeiro. (NAKAMOTO, Satoshi, 2008)

O ano de 2012 testemunhou consolidação constante, misturada com notícias negativas de escândalos esparsos e quebras de taxas de câmbio ou da segurança de usuários. No entanto, um fluxo de novos itens indicou a expansão das opções para a compra e venda de bens e serviços com Bitcoin; seu componente de valor de meio de troca continuou a crescer.

Apesar de ser a mais conhecida e amplamente aclamada no mundo da internet, a bitcoin não é a única moeda existente. Os destaques da concorrência se desdobram no Litecoin e no Mastercoin, mas nenhum deles possui a representatividade do Bitcoin atualmente, sendo esta a principal moeda no mundo virtual, embora já se tenham desenvolvido aceções sobre não se tratar especificamente de uma moeda, ou mesmo de um bem, tendo, portanto, natureza sui generis; o que será analisado no próximo capítulo. Um exemplo da importância do criptoativos na atualidade é o fato de a empresa Facebook pretender lançar a Libra, sua própria criptomoeda, que seria utilizada em sua plataforma na prestação de serviços digitais. (“Blockchain Revolution” de Don Tapscott e Alex Tapscott, 2021)

No entanto, em razão de essa ser uma temática recente e de extrema importância, o próprio Congresso dos Estados Unidos da América pediu a suspensão do desenvolvimento da referida moeda, para que se possa pesquisar, avaliar e pronunciar acerca do possível impacto que ela geraria no mercado e nas instituições financeiras. Vale ressaltar que o Facebook é usado por pelo menos 1/4 (um quarto) da população mundial, ou seja, o impacto gerado pelo lançamento de uma criptomoeda própria da plataforma não estaria restrito aos Estados Unidos.

Sendo que nos dias atuais existem milhares de criptomoedas de todo tipo e função específica, as quais obtiveram no ano de 2021 uma capitalização de mercado estimada no mês de maio de 2021 de mais de \$1.57 trilhão de dólares (COINMARKETCAP, 2021).

Apesar dos créditos dados ao criador do Bitcoin Satoshi Nakamoto pela criação da bitcoin e ao conceito de criptomoedas como um todo, essa discussão com relação às moedas digitais já acontecia há vários anos, mas nenhum projeto ou criptomoeda alcançou um valor expressivo ou teve muita relevância antes do surgimento da bitcoin. Já o próprio bitcoin só teve sua primeira transação comercial em 2010, quando um morador da Flórida comprou duas pizzas em uma famosa franquia dos EUA por 10.000 mil bitcoins. (COINMARKETCAP, 2021).

2.3 O que é Blockchain

Blockchain é uma tecnologia criada com a principal função de registrar os acontecimentos, de forma segura e descentralizada, acerca das transações e operações financeiras concretizadas no mundo das criptomoedas, de modo que cada operação seja realizada e que cada dado dos indivíduos seja registrado em um sistema de blocos através de vários dispositivos com o auxílio da internet. Por conta deste sistema de blocos, se deu origem ao nome Blockchain. (ZILVETI, FERNANDO AURELIO, 2018)

A definição técnica da tecnologia Blockchain se dá através do que hoje é conhecido como sistema DLT (Distributed Ledger Technology), ou em uma definição traduzida para o português, “Sistema de livro-razão distribuído”, que consiste em um sistema que possibilita o compartilhamento e registro de dados que pode ser utilizado por um grupo seleto de pessoas, organizações específicas ou em uma modalidade globalmente escalável de indivíduos. (“BLOCKCHAIN REVOLUTION” DE DON TAPSCOTT E ALEX TAPSCOTT)

A confiabilidade deste tipo de tecnologia já fora por muitas vezes criticada e até mesmo desacreditada por ser uma forma descentralizada de registro de dados dos usuários, ou seja, não possuir um órgão específico responsável ao qual possa-se requerer a obtenção das informações utilizadas nas dadas transações, gera nesse cenário, preocupações adversas, principalmente à órgãos reguladores como os do Brasil, sejam eles, Banco Central ou Receita Federal. A ideia do sistema Blockchain ser algo inseguro para algumas autoridades reguladoras, foi reforçada mais ainda com leis de responsabilidade de uso e compartilhamento de dados dos usuários o que na Europa já é utilizado há várias décadas. (TANDON, SURANJALI, 2018.)

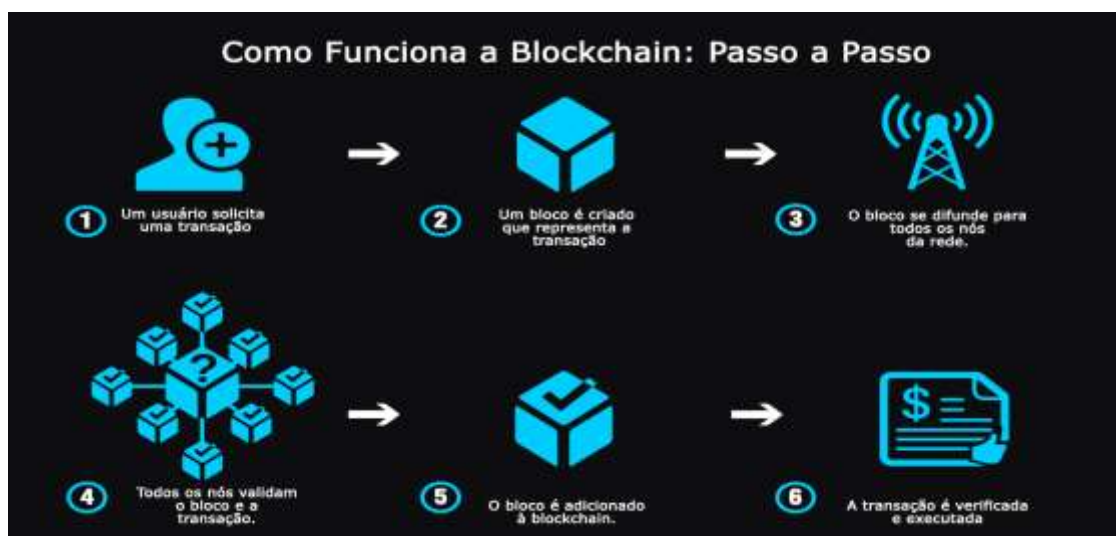
Neste caso, trata-se do RGPD – Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia, que ao mesmo tempo estimulou o Brasil a publicação da Lei Nº 13.709 de 2018, posteriormente intitulada LGPD - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Tais normas visam, sobretudo, estabelecer critérios mínimos de segurança e privacidade para como os dados pessoais armazenados em sites pelos usuários da rede de internet. Para tanto, a fim de desmistificar a ideia da Blockchain ser um cenário obscuro e perigoso para seus usuários devido sua característica disruptiva e independente, abordam-se aqui seus métodos de funcionamento, registro de dados e suas várias possibilidades de utilização, quais sejam para transações financeiras, registros de posses e domínios, até mesmo no cenário jurídico mais atual, para registro de contratos inteligentes. (TANDON, SURANJALI, 2018.)

Quanto ao impasse gerado pelas autoridades sobre o uso da tecnologia Blockchain, (MICHÈLE FINCK, 2021) professora de direito com especialização em inteligência artificial, afirma que as Blockchain tornam modificações em seu conteúdo propositalmente difíceis ou até impossíveis, para que se garanta a integridade dos dados e a confiabilidade da rede como um todo, o que indica que o eventual cumprimento forçado da norma levaria à quebra da integridade destes sistemas, ocasionando ainda mais problemas.

Nesse sentido a autora e professora visa a explanação sobre um pré-conceito firmado pelas autoridades, de forma com que as informações dos usuários utilizadas pela Blockchain seriam afetadas caso levassem ao pé da letra os critérios mínimos exigidos por tais normas em vigor nos dias de hoje sobre o assunto. (BICHARA, LUIZ GUSTAVO, 2018)

Na prática, as transações são verificadas por meio de um uso inteligente da criptografia de chave pública. Tal mecanismo exige que a cada usuário sejam atribuídas

duas “chaves”, uma privada, que é mantida em segredo (como uma senha), e outra pública, que pode ser compartilhada com qualquer um. É quase impossível corromper o bloco anterior, a não ser que se consiga a façanha improvável de reescrever todo o bloco e isso ainda passaria por alterar o “hash”, o que causaria a mudança nos demais “hashs”. (BICHARA, LUIZ GUSTAVO, 2018)



2.4 Real digital – a nova moeda digital brasileira

Novo Real digital, o Banco Central do Brasil anunciou no dia 24 de maio de 2021 que está projetando uma moeda digital brasileira, podendo levar pelo menos dois anos para colocar em prática a novidade. (OLIVEIRA, KELLY, 2021)

E como funcionaria essa nova moeda? Vamos lá, devido a constante evolução da tecnologia, e grande crescimento dos pagamentos online, essa nova moeda seria uma forma de substituir o dinheiro em espécie, para formato virtual, permitindo aos brasileiros que interagissem com o seu dinheiro de uma forma totalmente digital, dando um novo formato para obter o dinheiro e realizar transações com ele. (OLIVEIRA, KELLY, 2021)

De acordo com o relatório The Global Payments Report, em 2020 apenas 35% das operações foram realizadas com cédulas, uma boa parte das transações no país, já são efetuadas de forma digital. Desta forma, permite que o Banco Central possa emitir suas moedas de forma digital, transformando o aspecto de enxergar o dinheiro.

Contudo, ainda existirá o dinheiro físico, em várias regiões e por diversos motivos, ainda é essencial e indispensável o dinheiro em espécie. A ideia principal do Real digital, é ser um adendo ao Real em espécie. Com esse novo modelo de dinheiro, surgem

oportunidade de evolução tecnológica, vinculando o sistema financeiro ao que chamado de internet das coisas, contratos inteligentes e dinheiro programável, que nada mais é, a conexão de produtos inteligentes com redes de computadores. (OLIVEIRA, KELLY, 2021)

No exterior, em 2020 Bahamas foi o primeiro país a estrear ao público de forma legal CBDC (Central Bank Digital Currency ou Moeda Digital Emitida por Banco Central), já a China, está com o projeto piloto em algumas cidades, os visitantes estrangeiros que forem aos Jogos Olímpicos de Inverno de Pequim de 2022, serão utilizados para realizar teste. Os países como Estados Unidos, Japão e Suécia, também projetam o lançamento da CBDC. (OLIVEIRA, KELLY, 2021)

3 O TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DAS CRIPTOMOEDAS

As Criptomoedas têm gerado uma grande discussão no mundo jurídico, especificamente no Direito Tributário, pois diante da expansão acelerada da tecnologia e de ativos financeiro, as criptomoedas tornaram-se uma opção para o meio financeiro dos contribuintes, ou seja, foi visto que sua interpretação e tributação é de extrema importância para o fisco. (LEÃO, 2022)

A grande incógnita quanto a tributação das criptomoedas é justamente seu enquadramento, ou seja, sua qualificação jurídica, ativo financeiro, moeda fiduciária ou mercadoria. A despeito de tal celeuma, nota-se tendência internacional em reconhecer que as criptomoedas não são equiparáveis a moedas fiduciárias.

A Receita Federal do Brasil se manifestou através da Instrução Normativa RFB nº 1899, de 10 de julho de 2019, no sentido de que são um ativo financeiro, razão pela qual seria exigível o recolhimento de imposto sobre a renda a título de ganho de capital nas operações com criptomoedas. Em que pese a plausibilidade de tal entendimento, não se pode ignorar que a tributação a título de ganho de capital pode se tornar obstáculo econômico à capacidade das moedas virtuais de se tornarem mecanismos tradicionais de pagamento e, inibir assim, o desenvolvimento tecnológico de empresas que se debruçam no desenho de mecanismos rápidos e inovadores de transação (nacional e internacional).

3.1 Conceito de tributo

Diferente de outros ramos do direito, essa área tributária possui uma peculiaridade, uma vez que a definição de tributo não parte de doutrinadores, mas sim do próprio Código Tributário Nacional (CTN) em seu artigo 3º

Art. 3º CTN. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

3.2 Natureza jurídica das criptomoedas

A natureza jurídica das criptomoedas deve ser abordada com olhos pragmáticas de modo que se possa contemplar a sua complexidade tentando dar-lhe uma solução célere sem olvidar sua razão de ser e a sua disruptividade premeditada facilitadores de trocas venha sofrido inúmeras mutações, pode-se traçar um breve paralelo acerca da evolução da moeda que é tangente à evolução da própria humanidade e ao desenvolvimento do capitalismo. (BAROSSO FILHO, MILTON, 2015)

A chamada pré-história da moeda – superada a época em que o escambo era o único meio de troca disponível, dependendo da congruência de interesses da parte e limitado quanto à valoração econômica dos bens – se caracteriza pelo período em que se utilizava um determinado bem que possuía valor próprio e durabilidade no tempo como meio intermediário de troca – a exemplo das barras de sal, raiz etimológica do hoje difundido “salário”. (FERRAZ JR., Tércio Sampaio, 2013)

Esse modelo se viu superado por uma questão lógica, a moeda utilizada era um bem consumível, ou seja, em que pese figurasse como um facilitador de trocas, tinha, em si, uma finalidade específica que levava, inevitavelmente, ao seu desaparecimento. Tempos depois, se encaminhou para a utilização de bens escassos com valor intrínseco que não poderiam ser destruídos pelo consumo, como os metais nobres. Que exigiam, por sua vez, um processo de pesagem, a fim de averiguar o real valor do pagamento dado. (BAROSSO FILHO, MILTON, 2015)

Em um terceiro momento, passaram a circular as moedas feitas de ligas metálicas (ouro, prata e bronze) cunhadas e valoradas de acordo com pesos discriminados por seu tamanho e forma. Em que pese tenham facilitado ainda mais as trocas, estas moedas também deram margem para atividade fraudulenta, a partir da confecção de ligas metálicas menos puras sendo que se acreditava no valor da moeda por sua forma e seu timbre, abstendo-se de pesar individualmente as quantias recebidas. Para Rachel Sztajn e Milton Barossi Filho, esse modelo era estabelecido sobre uma aceitação das moedas em curso fundadas em uma decisão privada de confiança. (BAROSSO FILHO, MILTON, 2015)

Por segurança, os valores em moeda passaram a ser depositados em bancos que emitiam certificados correspondentes os quais, por sua vez, ingressavam no mercado pelo valor do lastro que lhes davam origem.

4 TRATAMENTO TRIBUTÁRIO NO BRASIL

No Brasil diante da vasta insegurança jurídica, uma que se destaca é sobre os tipos de tributos que incidem sobre as moedas digitais, pois há uma divergência de

entendimento para se definir se as criptomoedas são um ativo, uma commodity, um bem ou realmente uma moeda. (TADEU FILHO, Gerson, 2020)

Ou seja, sobre qual o tributo realmente correto, como por exemplo o ISS, ICMS, ITCMD, IR e IOF, diante disso, percebe-se uma que apesar das indefinições legais, a União e os Estados não se intimidam em buscar formas de tributare, mesmo que possam vir a ser equivocadas. Assim, o problema de pesquisa é o seguinte: o Estado pode tributar as moedas digitais, de que forma, sem ferir o princípio constitucional tributário da legalidade. (ULRICH, FERNANDO, 2014)

Não existe nenhum ato normativo específico a respeito da tributação ou da regulamentação comercial adequada para as criptomoedas. Apenas uma espécie de regulamento, em um trecho do manual de perguntas e respostas do Programa do Imposto de Renda de Pessoa Física (IRFP 2021). Nele, encontra-se a informação de que todos os saldos em criptomoedas incluídos no ano-calendário devem ser declarados na ficha "Bens e Direitos", com valor correspondente ao preço de custo (compra) da moeda virtual em questão. (MARTINS, RONALDO CORRÊA, 2004)

Uma criptomoeda é uma forma de remuneração a um "computador" como forma de premiação para aqueles mineradores que conseguem resolver um problema matemático de um Blockchain e a grande questão em nosso país é saber se essa "premiação" vem a ser uma moeda ou um bem.

As moedas virtuais (bitcoins, por exemplo), muito embora não sejam consideradas como moeda nos termos do marco regulatório atual, devem ser declaradas na Ficha Bens e Direitos como "outros bens", uma vez que podem ser equiparadas a um ativo financeiro. Elas devem ser declaradas pelo valor de aquisição.

Do ponto de vista Estatal, para que uma Criptomoeda venha a ser considerada moeda, é necessário que seja instituída por lei, ou seja, que exista condições por disposições legais, o que atualmente em nosso país não existe, sendo a oficial do Brasil o Real nos termos do art.1º da Lei 9.069/95.

Conforme Ulrich, Fernando (2014, p.28) o nosso ordenamento jurídico não possui um modelo de previsão expressa às criptomoedas. Dessa forma, surgem como o autor menciona, "zonas legais cinzentas". Realmente, o bitcoin não se encaixa por completo dentro das previsões que utilizam do modelo tradicional de moeda. Então o foco é identificar qual documento legal será aplicado, não só à bitcoin, mas às demais criptomoedas.

Mas não quer dizer que não há e que não houve propostas para regulamentar as criptomoedas. De início houve um projeto de lei apresentado pelo Sr. Deputado Áureo

Ribeiro, PL nº 2.303/2015. Em seu artigo 3º - in verbis: “Aplicam-se às operações conduzidas no mercado virtual de moedas, no que couber, as disposições da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, e suas alterações”. Em suma, a proposta menciona sobre a inserção das criptomoedas ao Código de Defesa do Consumidor, assim, as operações ficariam à luz deste, além da inclusão aos programas de milhagens das companhias aéreas, conforme a lei nº 12.865/13. (MARTINS, RONALDO CORRÊA, 2004)

Essa penetração no cotiando social chama a atenção dos estados e instituições governamentais, que estão começando a elaborar estudos e debater a regulamentação dessa atividade, movimento que pode ser visto com a legalização.

As criptomoedas são, portanto, espécie de criptoativos, o que quer dizer que possuem uma reserva de valor protegidas por criptografia e, apesar de não se enquadrarem como moeda o entendimento pelos órgãos competentes brasileiros é de que as criptomoedas se equiparam a ativos financeiro, tendo a RFB expressado esse entendimento ao dizer que “as moedas virtuais (bitcoins, por exemplo) [...] devem ser declaradas [...] uma vez que podem ser equiparadas a um ativo financeiro.”. (ULRICH, FERNANDO, 2014)

Por essa razão, entende a RFB que os criptoativos como as moedas virtuais ficam sujeitos a ganho de capital e por esse motivo estão sujeitas à incidência do Imposto de Renda devendo ser declarado pelo valor de aquisição.

No Brasil o Comunicado nº 25.306/2014 veio esclarecer sobre os riscos decorrentes da aquisição das moedas criptografadas e a realização de transações financeiras, ainda, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), no Ofício Circular nº 1/2018/CVM/SIN, proibiu a obtenção direta pelos fundos de investimentos regulados não qualificando as criptomoedas como um ativo financeiro devido a indefinição da natureza jurídica e econômica, ao contrário da Receita Federal, que para fins de declaração de Imposto de Renda, equipara moeda digital, inclusive a um bem

Por se tratar de moedas (mesmo que virtuais), de acordo com a Receita Federal do Brasil sua classificação é de um ativo financeiro e, portanto, sujeito a tributação pelo “Ganho de Capital”. É tributável o ganho efetivo, em reais, apurado no momento da venda. É considerado “ganho” a diferença entre o custo de aquisição e o valor da venda. O regime de caixa (efetiva venda/recebimento) é determinante neste caso. O tributo cobrado é o Imposto de Renda sobre o Ganho de Capital. Qual a alíquota do Imposto de Renda? Ganhos de capital são tributados de acordo com o volume dos ganhos, é uma sistemática de tabela progressiva. A tabela, inicia com 15% de imposto e vai até 22,5%. Como recolher o tributo? O valor devido é recolhido através da guia de recolhimento DARF (código 4600).

O programa disponibilizado pela Receita Federal (GCAP) emite a guia para recolhimento. (MARTINS, RONALDO CORRÊA, 2004)

4.1 Tratamento tributário nos estados unidos

Segundo material disponibilizado pela The Internal Revenue Service (IRS), órgão da receita federal dos EUA, o governo americano equipara as criptomoedas como propriedade para fins tributários, de modo que a moeda virtual é tratada como propriedade, e os princípios gerais de impostos aplicáveis às transações imobiliárias, se aplicam às transações que usam as moedas virtuais (IRS, 2021).

Se a modalidade de utilização do investimento em criptomoedas for por meio da formação de um capital social, devem-se considerar os ganhos tributáveis resultantes de transações, nos quais o valor recebido deve ser ajustado em conversão para considerar suas perdas e ganhos. Já com relação à mineração nos Estados Unidos, indivíduos que tenham isso para aferir renda, devem fazer a declaração dessa renda em conjunto dos outros valores na declaração de renda anual (IRS, 2021).

Nos Estados Unidos, a questão das moedas digitais vem passando por uma análise de seu enquadramento ou não como valores mobiliários, apesar da Bitcoin atualmente fazer parte da NYSE (New York Stock Exchange), a bolsa de valores mais importante do mundo, enquanto que no Japão as criptomoedas foram legalizadas como meio de pagamento desde abril de 2017, além disso, esse país regulamentou a abertura e manutenção das corretoras.

Hoje se tem grandes empresas envolvidas no comércio dessas criptomoedas, as quais estão presentes em espaços como a NASDAQ, segunda maior bolsa de valores dos Estados Unidos (INFOMONEY, 2021)

4.2 Tratamento tributário na Europa

A União Europeia não possui uma legislação específica para criptomoedas, sendo assim as criptomoedas e os ativos criptográficos são considerados de maneira geral como instrumentos financeiros qualificados, considerados legais em todos os estados-membros. Contudo a regulamentação dos criptoativos depende da legislação específica de cada estadomembro (COMPLYADVANTAGE, 2021).

4.3 Tratamento tributário pelo mundo

O Japão possui uma das legislações mais consolidadas em termos de regulamentação de criptomoedas, de forma que se reconhece o bitcoin e outras moedas digitais como propriedade legal, e conta com uma regulamentação própria para quem comercializa

serviços de custódia e outra para negócios derivativos de criptomoedas (COMPLYADVANTAGE, 2021).

Com relação ao Reino Unido, a HM Revenue & Customs, órgão semelhante à Receita Federal no Brasil, taxam ativos criptográficos como o bitcoin conforme o detentor, fazendo a distinção entre usuários e empresas. Além disso, o imposto de renda é aplicado aos ganhos comerciais daqueles que participam do comércio. Com isso, tem-se dois sistemas fiscais separados para indivíduos e empresas (SANCTIONSCANNER, 2021).

Em El Salvador, a bitcoin se tornou moeda de curso legal no país, com legislação aprovada em parlamento e sancionada pelo presidente, tornando-se o primeiro país a adotar a bitcoin como moeda legal e equiparada à moeda oficial em curso, de modo que o bitcoin deve ser aceito por lei pelas empresas como forma de pagamento legal, como também em compras e na obtenção de serviços, além disso será possível pagar impostos por bitcoin (REUTERS, 2021).

A exposição dessas diversas formas de regulação vai de encontro com que PELLIZZARI (2020) concluiu, que apesar de diversos países estarem tratando da temática de regulamentação de criptomoedas, percebe-se que não existe uma padronização da forma como isso deve ocorrer, de forma que a maioria dos países observados não possui regulação e nem legislação específica sobre o tema, sendo na maioria das vezes a regulamentação ocorrendo somente por meio de orientações via diretrizes.

5 A SEMELHANÇA DAS CRIPTOMOEDAS A ATIVOS FINANCEIROS

Com a finalidade de clarear as ideias sobre os objetos a que se quer referir quando mencionado o termo “criptoativos” ou “criptomoedas” torna-se essencial apresentar uma classificação quanto as criptomoedas e outros tipos de moedas digitais.

De acordo com a Receita Federal do Brasil, em seu Programa de Imposto Sobre a Renda de 2021, no catálogo de perguntas e respostas, interpreta e considera a criptomoeda como:

A representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, transacionado eletronicamente com a utilização de criptografia e de tecnologias de registros distribuídos, que pode ser utilizado como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços, e que não constitui moeda de curso legal. (RFB, 2021, p.185).

Em harmonia com a RFB, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, em relatório redigido pelo Centre for Tax Policy and Administration (CTPA) diferencia as moedas virtuais das moedas fiduciárias pontuando os elementos primários de uma moeda, sendo eles:

Uma moeda é uma representação de valor (associada ao conceito monetário de "unidade de conta"); 2. uma moeda é emitida por uma autoridade pública, como um banco central (que se traduz em um crédito sobre o emissor), e; 3. uma moeda é reconhecida como curso legal (ou seja, aceitação obrigatória, aceitação pelo valor nominal total e tem o poder de liberar os devedores de suas obrigações de pagamento) em pelo menos uma jurisdição.

Diante disso, a criptomoeda é um ativo digital disponível para transações com representação digital de valor, sendo discutível o atendimento dos elementos primários para caracterização de moeda, e, nesse mesmo sentido a moeda virtual não se vale de valor intrínseco, visto que não são emitidas por uma autoridade pública e são amplamente desregulamentadas. (MATTOS FILHO, 2018)

O órgão internacional voltado para à proteção do sistema financeiro mundial contra a lavagem de dinheiro, o terrorismo e o financiamento de armas e destruição em massa, a Financial Action Task Force – FATF, classifica a moeda virtual da seguinte forma:

Moeda virtual é uma representação digital de valor que pode ser negociada digitalmente e funciona como (1) um meio de troca; e / ou (2) uma unidade de conta; e / ou (3) uma reserva de valor, mas não tem status de curso legal (ou seja, quando oferecida a um credor, é uma oferta de pagamento válida e legal) em qualquer jurisdição. Não é emitido nem garantido por qualquer jurisdição, e cumpre as funções acima apenas por acordo com a comunidade de usuários da moeda virtual.

Portanto, as moedas virtuais não decorrem por força de lei, mas sim pelas partes, assim, na esfera jurídica não se enquadram como moeda, pois geram conflito com o que dispõe o art. 21, inciso VII c/c art. 48 e art. 164 da Constituição da República Federativa do Brasil, uma vez que, compete exclusivamente a União emitir moeda, o que significa que apenas o Banco Central, Tesouro ou Real Casa da Moeda detêm autorização para este fim. (MATTOS FILHO, 2018)

Posto isso, a utilização do termo “moeda” se faz de forma errônea, ao julgar pelo ponto de vista econômico, caracterizando-se unicamente como uma unidade de conta,

carregada de reserva de valor e utilizada como bem intermediário de troca, assim como entende o European Banking Authority:

O termo 'representação digital de valor' é próximo ao conceito monetário de uma 'unidade de conta', mas inclui a opção de considerar moedas virtuais como dinheiro privado ou uma mercadoria. Também evita fazer referência a uma unidade numérica padrão de conta para a medição do valor e custos de bens, serviços, ativos e passivos, que podem (de acordo com alguns pontos de vista), implicar que precisa ser estável ao longo do tempo.

A unidade de conta, também chamada de denominador comum de valor, está relacionada a capacidade da moeda, é uma das funções do dinheiro, permitindo que bens e serviços sejam comparados entre si de forma fácil e imediata e, justamente por estabelecer uma base comum de referência para a determinação dos valores de cada moeda, acaba por fornecer um padrão para que nas relações mercantis as mercadorias ou serviços expressem seus valores, possibilitando um referencial de comparação entre estes disponibilizados pelo mercado, bem como a verificação da riqueza pessoal e nacional (MATTOS FILHO, 2018).

A reserva de valor, por sua vez, tem a função que decorre do meio de troca, mantendo-se o valor de compra rentável ao longo do tempo, ou seja, é a feição da moeda com fim de compor patrimônio de forma líquida, isto é, de obter riqueza em formato facilmente utilizado em qualquer relação mercantil necessária. (MATTOS FILHO, 2018).

6 CONCLUSÃO

Como abordado a imensidão do mundo financeiro digital, a evolução do que conhecemos como moeda e do que conhecemos como dinheiro, no século 21 podemos ter tanto como finalidade de moeda de troca como um possível ativo financeiro, visto sua possibilidade de valorização cambial diante das moedas estatais que sempre ficam estagnadas em seu valor para conter a inflação.

A ausência de regulação clara e transparente sobre as operações realizadas com criptomoedas, assim como, esclarecimentos mais específicos acerca da sua tributação nos proporciona um cenário de maior instabilidade e inconclusividade da economia digital.

Cabe destacar que o intuito do presente estudo foi demonstrar os aspectos tributários atuais acerca das criptomoedas, e os evidentes desafios inerentes a tributação dessas operações frente ao sistema regulatório e normativo brasileiro. Desse modo, é notório que o tema ainda caminha para uma evolução mais eficiente e segura, porém, é

nítido o interesse pelo setor público e em especial pelas instituições financeiras de regulação monetária do Brasil como o Banco Central, Receita Federal, Comissão de Valores Mobiliários, e também, pelas casas legislativas.

Entretanto a finalidade principal a ser alcançada por este trabalho é a criação de parâmetros objetivos os quais possam servir de referência e guia para os operadores do direito, em especial ao que se refere a matérias tributárias para o alcance mais célere do conhecimento adequado frente as dificuldades e dúvidas sobre o assunto, a fim de fomentar ainda mais discussões as cerca do tema de criptomoedas ou suas diferentes possibilidades de tributação, conclui-se que, em decorrência das formas de aquisição das criptomoedas, estes ativos podem acabar por assumir natureza jurídica diversa em cada situação de sua obtenção.

Para tanto, por se tratar de tema consideravelmente novo e em constante evolução, este trabalho não procurou cessar qualquer tipo de discussão sobre o tema, mas fazendo deste um material de suporte a novos estudos os quais possam futuramente viabilizar um próspero futuro do mercado econômico digital, que já tão presente em nosso dia a dia, ainda carece de relevantes contribuições.

7 REFERÊNCIAS

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Série Alertas – Criptoativos – maio 2018. Rio de Janeiro: CVM, 2018. Disponível em: https://www.investidor.gov.br/publicacao/Alertas/alerta_CVM_CRIPTOATIVOS_10052018.pdf. Acesso em: 12 abr. 2021.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Supervisão Baseada em Risco – Relatório Semestral. jul/dez. 2017. Rio de Janeiro: CVM, 2017. Disponível em: http://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/menu/aceso_informacao/planos/sbr/Relatorio_Semestral_julhodezembro_2017.pdf. Acesso em: 02 setembro de 2022

CVM – Comissão de Valores Mobiliários - Ofício Circular nº 1/2018/CVM/SIN – Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/oficios-circulares/sin/oc-sin0118.html>. Acesso em: 2 setembro de 2022

Instrução Normativa RFB nº 1889, de 06 de maio de 2019)

Instrução Normativa RFB nº 1899, de 10 de julho de 2019)

(COLUCCI & REBOUÇAS, 2022). <https://www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicacoes-ij/tributarioij/como-tributar-os-nfts>

(BICHARA, LUIZ GUSTAVO, 2018) A. S.A relação entre blockchain e obrigações acessórias. Os desafios da simplificação tributária no Brasil. In: Revista dos Tribunais | vol. 994/2018| p. 07 | ago. / 2018 DTR\2018\16235.

GOMES, Daniel de Paiva. Bitcoin: a tributação de criptomoedas. Da taxonomia camaleônica à tributação de criptoativos sem emissor identificado. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 82 (E-book).

J. SÁEZ HURTADO, (2022) Qué es la Blockchain y cómo funciona la tecnología.

Blockchain, iebeschool Blog, accessed 12 august 2022, < ¿Qué es Blockchain y Cómo funciona la tecnología Blockchain? (iebschool.com) >

BARCELÓ FERRE, (2017) Criptomoneda, Economipedia Blog, accessed 13 august 2022, Criptomoneda - Qué es, definición y concepto | 2022 | Economipedia.

JEZÉ, GASTON. O FATO GERADOR DO IMPOSTO. REVISTA FORENSE. V. 4, 1945. disponível em:

http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/?func=itemglobal&doc_library=SEN01&doc_number=000049486. Acesso em: 02 setembro de 2022

MELO, José Eduardo Soares de. ICMS – Teoria e Prática. 15. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020.

NAKAMOTO, Satoshi. 2008. Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System. 9p. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em: 02 setembro de 2022

ULRICH, Fernando. Bitcoin: A Moeda na Era Digital. Instituto Ludwig Von Mises Brasil. São Paulo: 2014

NETO, Luís Flávio. Criptomoedas e hipóteses de (não) realização da renda para fins tributários: o encontro de “inovações disruptivas” da economia digital com a “tradição” dos institutos jurídicos brasileiros. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; FAJERSZTAJN, Bruno; e SILVEIRA, Rodrigo Maito (coords.). Direito Tributário: princípio da realização no imposto sobre a renda – estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira. São Paulo: IBDT, 2019. (p. 444-461). p. 454.

OLIVEIRA, Kelly. Real digital reduzirá ainda mais uso de dinheiro em papel: Papel-moeda representa apenas 3% dos recursos disponíveis no país. [S. l.], 14 ago. 2021. Disponível em: <https://www.google.com.br/amp/s/agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2021-08/real-digital-reduzira-ainda-mais-uso-de-dinheiro-em-papel%3famp>. Acesso em: 27 set. 2021.

TECNOLOGIAS ASSISTIVAS E PODER JUDICIÁRIO: UMA ANÁLISE DA LEI Nº 13.146/2015

OLEGÁRIO DE MOURA NETO:

Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Estadual do Tocantins – UNITINS, Câmpus Palmas¹¹⁷.

BUENÃ PORTO SALGADO¹¹⁸

(orientador)

RESUMO: O presente texto analisa de forma sucinta como se deu o avanço do processo físico ao processo eletrônico, e como tais mudanças impactaram diretamente as pessoas com deficiência. Há uma análise das tecnologias assistivas apresentadas na Lei 13.146, além de como o Poder Judiciário age para evitar o choque trazido pelo avanço do processo eletrônico.

Palavras-chave: Direito; Pessoa com Deficiência; Processo Judicial Físico;

ABSTRACT: *The present text show the advancement of the physical process to the virtual cases and how such changes directly impacted people with disabilities. There is an analysis of assistive technologies presented in Law 13,146, as well as how the Judicial Branch acts to avoid the shock brought about by the advance of the virtual process.*

Keywords: *Law; Disabled Person; physical court proceedings; virtual court proceedings;*

1) INTRODUÇÃO

O processo eletrônico é uma novidade avassaladora no século XXI, entretanto, trata-se de uma tecnologia que não está totalmente aperfeiçoada. Essa mudança trouxe facilidades, como no caso da passagem de informações, que acontece em questão de segundos. Por outro lado, algumas dificuldades aparecem, não somente no aspecto da manutenção, mas também em como os operadores dessas “melhorias” estão se adaptando.

No Poder Judiciário, o processo eletrônico foi logo recepcionado para a otimização do trabalho dos servidores, dos advogados e partes. A substituição das longas prateleiras

117 Contato: olegariomouraneto@gmail.com

118 Professor da Universidade Estadual do Tocantins – UNITINS. Câmpus Palmas.

de processos físicos por documentos digitais, tão cedo, a maioria dos operadores do direito, porém, é incabível generalizar essa opinião, pois no início, não foram mudanças tão positivas para algumas minorias, como as pessoas com deficiência.

Como consequência das lutas na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, foi promulgada a Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira de Inclusão), para tentativa de cumprir as cláusulas apresentadas por toda a comunidade internacional. Sabendo disso, a referida lei foi um grande marco no acesso a recursos específicos a esse grupo de pessoas, entretanto, algumas questões são recentes, como é o caso do processo judicial eletrônico.

Assim sendo, é necessário que se exponha ao público a discussão de como se dá o acesso a recursos jurídicos por parte da pessoa com deficiência frente à constante evolução tecnológica dos processos judiciais. Para isso, o que está disposto na Lei Brasileira de Inclusão precisa de outros complementos normativos, como algumas instruções do Conselho Nacional de Justiça, porquanto a ajuda que os tribunais necessitam diante de tecnologias tão novas. Portanto, é mister que o Poder Judiciário atualize constantemente suas normas de acessibilidade, bem como os materiais ofertados a servidores e destinatários do Estatuto da Pessoa com Deficiência. A observância da igualdade material já definida pelo Jurista Rui Barbosa (Oração aos Moços, 1920) deve ser observada frente à mudança de um contexto pré-tecnológico para uma super era eletrônica. e, de que forma, com o passar dos anos, a acessibilidade foi se combatendo e sendo revista nos espaços judiciais. Dessa forma, por meio de uma análise qualitativa e bibliográfica, com o embasamento em diversos especialistas e artigos que tratam do tema, foram pesquisadas quais dificuldades as Pessoas com deficiência, ou seja, os “abraçados” pela lei convivem com o processo judicial eletrônico e como o Poder Judiciário pode apresentar soluções inclusivas para facilitar o acesso à justiça.

2) DO CONTEXTO VIVIDO NA ADMISSÃO DA INFORMATIZAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL

a. A transição do processo físico para o processo eletrônico

A Lei 11.419/2006 define o processo eletrônico como um meio de desenvolvimento dos sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, com a utilização da rede mundial de computadores. Dessa forma, é possível perceber que essa lei serviu como meio de autorização de utilização das novidades da globalização no desenvolvimento da prestação jurisdicional. Anteriormente a isso, os espaços judiciais se resumiam a longas prateleiras de autos judiciais, numerados à mão e diariamente passados de operador para operador do direito.

O processo físico tinha como característica principal o contato pessoal entre Juízo, partes e causídicos a cada ato processual. Com a atualização de 2006, os atos e transmissão de peças processuais passaram a ser admitidos pelo meio eletrônico, trazendo inclusive a novidade da assinatura eletrônica, agora permitida na era informatizada. Nesse contexto, a característica marcante é a possibilidade de realização dos atos processuais em distanciamento com a tríade parte, Juízo e operadores do direito.

Uma das previsões a se destacar é a disposta no art. 10, § 3º, da Lei nº 11.419/2006:

A distribuição da petição inicial e a juntada da contestação, dos recursos e das petições em geral, todos em formato digital, nos autos de processo eletrônico, podem ser feitas diretamente pelos advogados públicos e privados, sem necessidade da intervenção do cartório ou secretaria judicial, situação em que a autuação deverá se dar de forma automática, fornecendo-se recibo eletrônico de protocolo.

§ 3º Os órgãos do Poder Judiciário deverão manter equipamentos de digitalização e de acesso à rede mundial de computadores à disposição dos interessados para distribuição de peças processuais. (BRASIL, 2006)

Assim, o Poder Judiciário deve manter equipamentos à disposição dos interessados para a distribuição de peças processuais. Essa previsão permite o acesso às tecnologias informatizadas, entretanto, a problemática se dá em como os chamados “interessados” estão tendo contato com esses mecanismos, dado que o Brasil possui um desafio secular, a exclusão digital, conforme se depreende dos dados da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL).

Os dispositivos legais apresentados na Lei da Informatização do Processo Judicial têm como objetivo a adaptação ao mundo das telecomunicações, afinal, o País passou de 2100 usuários de serviço móvel em 1991 para aproximadamente 6 milhões de usuários em 2006 (ANATEL, 1991-2006). O Brasil precisava, então, encontrar meios de inserir esses avanços nos processos judiciais e a forma mais rápida pensada foi por meio da positivação. A questão é que, se trata de uma forma de imposição realizada pelo Poder Legislativo que não condizia com a experiência vivida pelos brasileiros da época. É possível comprovar esse fato, pois apesar de em 2006 (ano de publicação da Lei) o Brasil possuir o número de 6 milhões de usuários individuais de serviços banda larga, a população era de 188,2 milhões de habitantes, ou seja, matematicamente o País possuía 182,2 milhões de pessoas não usuárias dos serviços de banda larga.

Destarte, a lei que instituiu a informatização do processo judicial em 2006, inclusive inserta no Código de Processo Civil, sancionada pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, foi uma surpresa para a população brasileira. É notório que referida lei dispõe apenas sobre a “admissão” do uso de meio eletrônico na comunicação dos atos e peças processuais, mas, os usuários atingidos por essa mudança não possuíam recursos necessários para seu manuseio, tendo em vista que era impossível adquirir experiência sem ao menos ter equipamentos tecnológicos à disposição.

b. A evolução das normas relacionadas às pessoas com deficiência

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinada em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, foi um grande marco para o reconhecimento da pessoa com deficiência mundialmente, principalmente porque incentivou aos países partes a reconhecerem a dignidade dessas pessoas. Porém, somente por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 2008, foi aprovada essa Convenção que incluiu o Brasil como Estado-parte, ganhando a Convenção, status de emenda constitucional, por força do § 3º, Art. 5º, da Constituição Federal. O fato de a norma ser autoaplicável e estar no mesmo patamar da CFRB/1988 foi um grande passo para um consenso da importância do respeito às pessoas com deficiência. Outro ponto a se destacar é que, após a votação no Congresso Nacional e promulgação do Presidente do Senado, há um lapso temporal de 9 meses até o reconhecimento dessa Convenção no País. Ficam evidentes as longas discussões travadas dentro da Casa Legislativa, para busca de cumprimento dos dispositivos apresentados na Convenção Internacional.

A Lei da Informatização do Processo Judicial foi sancionada em 2006, dois anos antes da promulgação do Decreto Legislativo nº 186, dispositivo este, como supracitado, apenas de reconhecimento dos direitos básicos da pessoa com deficiência. Assim, no momento em que a Lei nº 11.419/2006 foi instituída, não havia reconhecimento brasileiro legal da pessoa com deficiência e, por isso, não há menção específica desses indivíduos em nenhum artigo da Lei. Como a exclusão digital era um grande problema na época da positivação da Lei da Informatização, é inegável que sua instituição trouxe dificuldades para a população brasileira em geral, contudo, o assunto fica mais delicado quando se fala da pessoa com deficiência.

Embora o reconhecimento da pessoa com deficiência seja um passo importante para sua valorização, esse é apenas o início de uma longa caminhada no processo de inclusão dessa minoria. O disposto na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência tinha como objetivo principal o respeito e igualdades de condições com as demais pessoas, porém, do ponto de vista da inclusão judicial e digital, nada é falado especificamente na Convenção.

Por isso, para que se retrate não somente o reconhecimento como pessoa humana, mas também a inclusão da pessoa com deficiência, foi instituída a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Nota-se, historicamente, que há um espaço de aproximadamente 7 anos até o “verdadeiro reconhecimento” dessas pessoas. Esse Estatuto tramitou cerca de 15 anos no Congresso Nacional e entrou em vigor após 6 meses de sua aprovação. Foi a primeira vez, no Brasil, que se dedicou título próprio às disposições relacionadas ao acesso à justiça. A Lei Brasileira de Inclusão, em um contexto de 200 milhões de habitantes e 25 milhões de usuários individuais de banda larga fixa, finalmente reconheceu a necessidade de adaptação dos recursos tecnológicos à pessoa com deficiência e a importância de o serviço público saber assistir tais pessoas.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência é um documento que visa harmonizar as leis à Convenção Internacional, realizando um “compilado” de normas infraconstitucionais e documentos relacionadas à pessoa com deficiência. Na época, teve-se a ideia de que foram reunidos cerca de 430 documentos que tramitavam no Congresso em 2012. Por meio dessa positivação, em 6 de julho de 2015, houve uma junção da Consolidação das Leis Trabalhistas, Estatuto das Cidades, Código Eleitoral e Código Civil, ou seja, dispositivos legais relacionados à pessoa com deficiência passaram a estar *linkados* em um só caderno instrumental.

Com a promulgação da Lei nº 13.146/15, houve uma mudança de paradigma a respeito do que se entende por deficiência, que deixou de ser um atributo da pessoa e passou a ser um resultado da falta de acessibilidade da sociedade e do Estado. Portanto, a deficiência está no meio e não é vista mais legalmente como uma questão discriminatoriamente patológica, mas sim, como uma falha do poder público frente às características desse grupo de pessoas. Dessa forma, quanto mais acessos e oportunidades uma pessoa dispõe, menores serão as dificuldades consequentes de suas características.

Essa questão fica mais clara quando se faz o traslado do Art. 2º da referida lei:

Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (BRASIL, 2015).

Portanto, a pessoa com deficiência, nos termos da Lei Brasileira de Inclusão, é aquela que, ao interagir com uma barreira, pode ter dificuldades na participação social. Sendo assim, é um indivíduo limitado pelo que lhe é imposto pela sociedade e o Estado, devendo estes, ajudá-lo a superar qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento

que impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e exercício dos seus direitos (Art. 3º, IV, Lei Brasileira de Inclusão). Contudo, apesar de já haver uma importante mudança de paradigma na legislação, as pessoas com deficiência ainda encontram dificuldades na prática.

3) AS TECNOLOGIAS ASSISTIVAS ABORDADAS NA LEI 13.146/15

O Estatuto da Pessoa com Deficiência estabelece que a habilitação e a reabilitação é um direito da pessoa com deficiência e, para esse processo, podem ser utilizadas tecnologias assistivas. As ajudas técnicas (sinônimo apresentado na Lei Brasileira de Inclusão) podem ser definidas como:

“produtos, equipamentos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivem promover a funcionalidade, relacionada à atividade e à participação da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, visando sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social” (Art. 3º, III, Lei Brasileira de Inclusão).

Nesse sentido, tudo aquilo que ajuda a pessoa com deficiência a superar as barreiras apresentadas pela sociedade, seja ela arquitetônica ou atitudinal, pode ser definido como tecnologia assistiva. A ajuda técnica não se resume a uma tecnologia totalmente elaborada e de última geração, sendo o necessário para aquela pessoa em um determinado contexto. Para uma pessoa com deficiência visual, por exemplo, sua tecnologia assistiva pode ser um recurso de audiodescrição, da mesma forma, para um autista, uma ajuda técnica pode ser uma reserva de assento no acesso a um teatro. Trata-se, portanto, de uma adaptação efetiva ao caso de determinada pessoa com deficiência.

Além disso, dispõe o Art. 75, da Lei 11.346/2015:

O poder público desenvolverá plano específico de medidas, a ser renovado em cada período de 4 (quatro) anos, com a finalidade de:

I - facilitar o acesso a crédito especializado, inclusive com oferta de linhas de crédito subsidiadas, específicas para aquisição de tecnologia assistiva;

II - agilizar, simplificar e priorizar procedimentos de importação de tecnologia assistiva, especialmente as questões atinentes a procedimentos alfandegários e sanitários;

III - criar mecanismos de fomento à pesquisa e à produção nacional de tecnologia assistiva, inclusive por meio de concessão de linhas de crédito subsidiado e de parcerias com institutos de pesquisa oficiais;

IV - eliminar ou reduzir a tributação da cadeia produtiva e de importação de tecnologia assistiva;

V - facilitar e agilizar o processo de inclusão de novos recursos de tecnologia assistiva no rol de produtos distribuídos no âmbito do SUS e por outros órgãos governamentais.

Parágrafo único. Para fazer cumprir o disposto neste artigo, os procedimentos constantes do plano específico de medidas deverão ser avaliados, pelo menos, a cada 2 (dois) anos (BRASIL, 2015).

Desse modo, para a Lei Brasileira de Inclusão, para o rompimento das barreiras impostas às pessoas com deficiência, é imprescindível a utilização das tecnologias assistivas e o incentivo do poder público no investimento em tais melhorias. No tocante a esses mecanismos, uma importante iniciativa nacional de rompimento das barreiras tecnológicas foi o Decreto 7.612, de 17 de novembro de 2011, que instituiu o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (Plano Viver sem Limite) e implantou, na prática, o Centro Nacional de Referência em Tecnologia Assistiva (CNRTA). Nesse programa, foram levadas as demandas do movimento das pessoas com deficiência, sendo disponibilizada a Lista Nacional de Produtos de Tecnologia Assistiva, que informa os mais de 1.200 produtos fabricados para pessoas com deficiência ou mobilidade reduzidas, atualizada pelo menos uma vez ao ano. Esse Plano, em conjunto com a LBI, auxilia na redução da tributação ou até mesmo sua eliminação quando o assunto é importação de tecnologia assistiva. Esse dispositivo ocasiona diminuição do preço final do bem, fazendo com que seja interessante para as empresas busquem descobertas que garantam a acessibilidade às pessoas com deficiência.

Assim, o desiderato das tecnologias assistivas apresentadas no Estatuto da Pessoa com Deficiência é garantir a independência dos abrangidos pelo texto legal, ampliando sua mobilidade quando esta é reduzida, a comunicação quando é dificultada, entre outros empecilhos. O questionamento agora feito é de como exemplificar essas ajudas técnicas, porquanto a generalização da Lei Brasileira de Inclusão. Para isso, é pertinente o traslado do disposto no Decreto 3.298/1999:

I - próteses auditivas, visuais e físicas;

- II - órteses que favoreçam a adequação funcional;
- III - equipamentos e elementos necessários à terapia e reabilitação da pessoa portadora de deficiência;
- IV - equipamentos, maquinarias e utensílios de trabalho especialmente desenhados ou adaptados para uso por pessoa portadora de deficiência;
- V - elementos de mobilidade, cuidado e higiene pessoal necessários para facilitar a autonomia e a segurança da pessoa portadora de deficiência;
- VI - elementos especiais para facilitar a comunicação, a informação e a sinalização para pessoa portadora de deficiência;
- VII - equipamentos e material pedagógico especial para educação, capacitação e recreação da pessoa portadora de deficiência;
- VIII - adaptações ambientais e outras que garantam o acesso, a melhoria funcional e a autonomia pessoal; e
- IX - bolsas coletoras para os portadores de ostomia (BRASIL, 2015).

Trata-se de rol meramente exemplificativo, que auxilia na identificação das limitações funcionais motoras, sensoriais ou mentais da pessoa com deficiência e qual tecnologia seria interessante para impedimento da ocorrência de alguma barreira urbanística ou tecnológica, por exemplo. Reitera-se que a finalidade da Norma de Inclusão é ser o mais abrangente possível, garantindo o máximo de ajudas técnicas às pessoas com deficiência, não se resumindo essas ajudas aos nove incisos do Decreto Lei. Contudo, com o incentivo fiscal às tecnologias assistivas, positivamente dos elementos de ajuda técnica e implementação do Plano Viver Sem Limite, torna-se facilitada a criação de produtos e serviços para as pessoas com deficiência, sobretudo, quando ocorrem mudanças na era globalizada. Devido às características distintas de cada indivíduo com deficiência, há necessidade periódica de atualização das tecnologias assistivas, sendo imprescindível a atuação conjunta entre poder público, empresários e destinatários dos serviços.

4) O ACESSO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA AO PODER JUDICIÁRIO

O acesso à justiça é umas máximas extraídas no Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, a qual diz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O princípio da inafastabilidade da jurisdição, expressamente adotado desde 1946, tem por objetivo assegurar o direito a uma tutela jurisdicional a todos que dela necessitem, garantindo às pessoas, tanto naturais como jurídicas, o acesso à jurisdição. Nesse sentido, não se refere somente ao fato de se poder ingressar em juízo, mas também de haver eficiência nos atos processuais e julgamento. O processualista Cândido Rangel Dinamarco (2013) explica:

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional manda que as pretensões sejam aceitas em juízo, sejam processadas e julgadas, que a tutela seja oferecida por ato do juiz àquele que tiver direito a ela – e, sobretudo, que ela seja efetiva como resultado prático do processo (p. 117).

Quando a Carta Magna afirma que todos que necessitam da resposta do Poder Judiciário poderão requerê-la, é possível dizer que as pessoas com deficiência também estão resguardadas por essa verdade. Sendo assim, a garantia de eficácia no procedimento judicial também se estende aos abrangidos pela Lei 13.146/15, devendo o Estado observar algumas questões, pois, nesse caso, a igualdade material está em jogo.

O Art. 79 da Lei 13.146/2015 estabelece que o poder público deve assegurar o acesso da pessoa com deficiência à justiça, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Primeiramente, analisando a palavra “acesso”, esta pode ser definida como a superação de barreiras físicas, arquitetônicas, de comunicação e atitudinais. Dessa forma, o acesso à justiça se dá não somente com a entrada física nas instalações do Poder Judiciário, mas sua plena utilização de forma independente.

O Código de Processo Civil de 2015, por meio de seu Art. 199, fixou preocupação com a acessibilidade dos sítios na rede mundial de computadores, meio eletrônico, comunicação eletrônica e à assinatura eletrônica. Observa-se que a questão agora se refere a como as pessoas com deficiência estão sendo tratadas diante do novo processo eletrônico e o quão as tecnologias assistivas são eficientes. Para o cumprimento dos dispositivos presentes no Caderno Instrumental Civil, o Conselho Nacional de Justiça instituiu a Resolução 401/2021, dispondo sobre “o desenvolvimento de diretrizes de acessibilidade e inclusão de pessoas com deficiência nos órgãos do Poder Judiciário e de seus serviços auxiliares, e regulamenta o funcionamento de unidades de acessibilidade e inclusão” (BRASIL, 2021). O que deve se destacar da referida Resolução é principalmente a imperatividade dos dispositivos normativos, com a utilização de termos como “deverão ser adotadas, com urgência, medidas apropriadas para eliminar quaisquer barreiras”, “devem ser garantidas às pessoas com deficiência”, “é obrigatório efetivar” (BRASIL, 2021). Nesse sentido, essa Resolução, que alterou a 230/2016, tem como enfoque a efetiva realização

dessas diretrizes de acessibilidade e inclusão no Poder Judiciário, dando prazo para cumprimento dessas normas por parte dos tribunais.

A Resolução 230/2016, já buscava, também, para que se atinjam as metas de acessibilidade das pessoas com deficiência, a capacitação dos servidores e membros do Poder Judiciário, estabelecendo, em suma no Art. 10 a permissão de entrada e permanência de cães-guias em todas as dependências dos edifícios e sua extensão, habilitação dos servidores em cursos oficiais de Linguagem Brasileira de Sinais (LIBRAS), nomeação de tradutor e intérprete de Linguagem Brasileira de Sinais. Ademais, se assim a pessoa com deficiência auditiva preferir, deverá o Juiz se comunicar com ela por anotações escritas, nomeação ou permissão de utilização de guia-intérprete, aquisição de impressora em Braille, realização de oficinas de conscientização de servidores e magistrados sobre os direitos das pessoas com deficiência e disponibilização de equipamentos de autoatendimento para consulta processual acessíveis com sistema de voz ou de leitura de tela para pessoas com deficiência visual. Na época, essas diretrizes deveriam ser cumpridas no prazo de 45 dias, reforçando a busca do Poder Judiciário pela urgência e cumprimento dos aspectos estabelecidos na Lei 13.146/15. Para isso, foi criado o PLS-JUD (Plano de Logística Sustentável no Poder Judiciário), disponibilizado aos tribunais variáveis e indicadores de acessibilidade e inclusão para haver uma medição real de como está se dando a acessibilidade dentro dos órgãos do Poder Judiciário de uma região.

O Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins (TJTO), para cumprimento do Plano de Logística, criou a Comissão Permanente de Acessibilidade e Inclusão (CPAI) e instituiu o Núcleo de Acessibilidade e Inclusão (NUAI) para trabalharem em conjunto. Além disso, reuniu-se a CPAI em 23/02/2022 com objetivo de apresentar o Plano de Ação sobre acessibilidade nas eleições de 2022, reforçando temas como o direito a acompanhante, cão-guia, coordenadores de acessibilidade nos locais de votação (novidade no Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins), preferência para votar e os recursos de acessibilidade na urna eletrônica para todos os tipos de deficiência, seja ela auditiva, visual, intelectual ou física. No Tocantins, para exemplificar, 11,74% do eleitorado tocantinense é composto por pessoas com deficiência, número expressivo ante os 1.094.003 eleitores. Na reunião da CPAI compareceram membros do NUAJ, do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, membros da Assessoria de Acessibilidade e Inclusão e especialistas em Tecnologia da Informação e discutiu-se como poderiam ser cumpridas as metas estabelecidas pelo CNJ na Resolução 401/2021.

Em relação a mudanças práticas, no Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins ocorreram construções dentro do prédio principal na Capital Tocantinense. Em Palmas, nas dependências do Tribunal de Justiça foram colocados mapas táteis, leitores de braille, design suspenso dos bebedouros e elevador inteligente, com interação para deficientes

visuais. Ademais, foi inaugurada a rede "TOacessível", criada pela Coordenadoria de Gestão Socioambiental e Responsabilidade Social. Nesse ato, o TJTO, assinou termo de cooperação técnica com órgãos para fomentar ações e projetos de acessibilidade e inclusão. Dentro do Poder Judiciário tocantinense houve, também, credenciamento de intérpretes de libras, exames de DNA para pessoas com deficiência e veículos adaptados. Embora citadas diversas maneiras de superação de barreiras físicas elaboradas pelo TJTO, a maior novidade foi o programa DorinaPDF, software de pós-graduação (Angelo Stacciarini Seraphin e Jhonatas Henrique de Lima Mota) em homenagem à Dorina Gouvêa Nowill (1919-2010), que trabalhou intensamente na criação e implantação de instituições, leis e campanhas em prol de deficientes visuais. Nesse projeto de código aberto, faz-se a análise prévia de um documento em formato "PDF" e sua taxa de acessibilidade, ou seja, a facilidade de extração do texto pelas pessoas com deficiência. A ideia foi colocada em prática justamente após a publicação da Resolução 401/2021, estabelecida pelo Conselho Nacional de Justiça.

Para complementar, em novembro de 2022, ocorreu, no prédio do Poder Judiciário do Tocantins, a Semana de Acessibilidade e Inclusão. Nessa ocasião, ocorreram palestras a respeito dos Direitos da Pessoa com Autismo, judicialização da saúde e treinamentos específicos aos servidores tocantinenses de como tornar acessíveis as dependências do Tribunal de Justiça do Tocantins quando o assunto são pessoas neurodiversas. Assim, a Resolução 401 do Conselho Nacional de Justiça trouxe uma mudança de pensamento para os servidores judiciários de todo o Brasil, inclusive tocantinenses, demonstrando que as barreiras podem ser superadas com atitudes do poder público.

A região sudeste do Brasil também se esforça para efetivar as diretrizes do Conselho Nacional de Justiça. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por exemplo, realiza, no mês de setembro a Semana da Acessibilidade, ocorrendo, no ano de 2022 sua terceira edição. As reuniões online foram exibidas pela plataforma Teams e reuniram, em média 1800 pessoas, entre magistrados e servidores. No evento, marcou-se o lançamento do Guia de Acessibilidade, apresentando aos participantes das palestras a terminologia correta para se referir a essas pessoas, bem como os diferentes tipos de deficiência. Outrossim, foram demonstradas iniciativas de tratamento das pessoas com deficiência e quais cuidados devem ser tomados quando o assunto é pessoa com visão monocular, baixa visão, deficiência visual, auditiva, intelectual, mobilidade reduzida ou com transtorno do espectro autista.

No que se refere à Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, houve alteração na Lei nº 12.764/2012 (Lei Berenice Piana), a partir do texto da Lei nº 13.977/2020 (Lei Romeo Mion). Por meio do disposto na Lei mais recente, os estabelecimentos públicos e privados poderão valer-se da fita quebra-cabeça, símbolo mundial da conscientização do transtorno do espectro autista. No mesmo texto compilado, foi criada a Carteira de Identificação da

Pessoa com Transtorno do Espectro Autista (Ciptea), com vistas a garantir atenção integral, pronto atendimento e prioridade no atendimento e no acesso aos serviços públicos e privados, em especial nas áreas de saúde, educação e assistência social. A Lei Romeo Mion inclusive acrescentou ao rol da gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania (Lei nº 9.265/96) o requerimento e a emissão de documento de identificação específico, ou segunda via, para a pessoa com transtorno do espectro autista.

Portanto, fica evidente a busca dos Tribunais pela integração das diferentes áreas do conhecimento para instituição de melhorias dentro do Poder Judiciário, sendo notório que as resoluções do Conselho Nacional de Justiça surtiram efeitos, pois os tribunais de todas as regiões do País estão atentos à inclusão da pessoa com deficiência.

Além dos servidores que realizam serviços dentro do Poder Judiciário em si, há a figura da Defensoria Pública e do Ministério Público, consideradas funções essenciais à Justiça. Quando a Constituição Federal estabelece que tanto a Defensoria Pública, quanto o Ministério Público são instituições permanentes, essenciais à função jurisdicional do Estado, demonstra que o seu trabalho possui papel importante na defesa dos direitos sociais e individuais indisponíveis das pessoas com deficiência, buscando, em sua atuação, a independência dessas minorias.

A primeira legislação que previu expressamente a atribuição do Ministério Público na proteção das pessoas com deficiência foi a Lei 7.853/1989, seja na forma coletiva ou por pleito individual. A discussão colocada em pauta hoje diante do avanço da legislação é a respeito da necessidade ou não da intervenção do Ministério Público nas causas processuais, tendo em vista que nem sempre pessoa com deficiência é sinônimo de incapacidade (Art. 178, II, CPC). Como o espírito da Lei Brasileira de Inclusão é garantir a independência dos abarcados por seus dispositivos legais, dizer que sempre o Ministério Público deve atuar como fiscal da ordem jurídica é possuir uma visão arcaica das pessoas com deficiência.

No tocante à Defensoria Pública, é pertinente juntar o excerto da Constituição Federal:

A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Dessa forma, a Defensoria Pública é instituição essencial sobretudo à defesa dos necessitados, estes não somente os hipossuficientes economicamente, mas também os necessitados jurídicos. Portanto, a Defensoria tem legitimidade, por exemplo, para propor ação civil pública, nos termos da Lei 11.448/2007, para exigir a adaptação de transportes e fornecimento de equipamentos no Poder Judiciário. Em certos momentos, as pessoas com deficiência são necessitadas jurídicas, sendo dever da Defensoria Pública defender os direitos fundamentais dessas pessoas diante dos empecilhos na sociedade.

Malgrado seja garantido pelo Art. 80, parágrafo único, da Lei 13.146, o acesso ao conteúdo de todos os atos processuais de seu interesse, inclusive no exercício da advocacia, tal acesso não é pleno, em interpretação ao próprio texto legal. O legislador foi cauteloso nos termos utilizados nesse dispositivo, pois mesmo sendo garantido às pessoas com deficiência o acesso à justiça, ainda há limitações legais de acesso a autos sigilosos. A Lei Brasileira de Inclusão tomou cuidado em não atingir outros princípios já consentâneos ao ordenamento jurídico.

Outra questão apresentada no Estatuto da Pessoa com Deficiência, é de como se dá o acesso à Justiça pela via extrajudicial. O Art. 83 dispõe que os serviços notariais e de registro não podem negar ou criar óbices às pessoas com deficiência, além de o descumprimento constituir discriminação em razão de deficiência. Embora a Lei tenha se referido apenas aos serviços notariais e de registro, é possível entender que administrativamente o poder público também deve observar a Justiça, não sendo apenas função jurisdicional. A preocupação do legislador mostra harmonia com a justiça multiportas, reforçando que o acesso à Justiça não se dá necessariamente na entrada ao “prédio do Judiciário”, resguardando a importância de não haver barreiras em outras “construções da Justiça”.

Por conseguinte, nota-se que apesar de ainda estar em aperfeiçoamento, os dispositivos normativos a respeito das pessoas com deficiência já avançaram de forma considerável, buscando uma atuação conjunta de servidores, Ministério Público, Defensoria Pública e os próprios destinatários da norma. Reconhece-se no mundo do Poder Judiciário que é preciso uma atenção especial ao disposto na Lei Brasileira de Inclusão, a fim de que se coloque em prática os artigos a ela inerentes.

5) CONCLUSÃO

Assim, nota-se que o disposto na Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência deu início às melhorias aos destinatários das normas do Estatuto da Pessoa com Deficiência. O conteúdo discutido na Convenção trouxe mais do que reconhecimento da pessoa com deficiência como ser humano, mas também garantiu sua dignidade e igualdade material. Esse avanço contribuiu para que, com a implementação do processo

judicial eletrônico, os Tribunais de todo o País observassem o disposto na Lei 13.146/2015 e instituíssem comissões, nos moldes do atribuído pelo Conselho Nacional de Justiça.

Nesse contexto, pode se entender como destinatários das questões apresentadas na LBI todos os participantes do processo judicial, partes, advogados, terceiros interessados, magistrados, promotores, defensores, assistentes técnicos, peritos, administradores judiciais, depositários e auxiliares do juízo. A preocupação inicial dos primeiros atos normativos relacionados à pessoa com deficiência era centrada em como serão tratadas tais pessoas enquanto jurisdicionados, porém, o disposto no Art. 80 reforça que podem ocupar qualquer um dos polos da ação e qualquer função no pedido. Trata-se de barreira atitudinal, inclusive da Lei, para um Judiciário verdadeiramente inclusivo, prevendo não somente uma conscientização generalizada. A inclusão do profissional com deficiência nos atos do Conselho Nacional de Justiça demonstra que, apesar de ainda ser uma meta a ser atingida, a profissionalização da pessoa com deficiência já possui previsão normativa.

Portanto, para que se cumpra o disposto no Art. 13 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, no sentido de assegurar o acesso “efetivo das pessoas com deficiência à justiça em igualdade de condições com as demais pessoas, inclusive mediante a provisão de adaptações processuais adequadas à idade” (NOVA YORK, 2007), é pertinente que os tribunais, em atuação conjunta com todos que os rodeiam, juntem esforços para diminuir as barreiras urbanísticas, arquitetônicas, nos transportes, atitudinais e tecnológicas. Afinal, a deficiência não é meramente uma característica da pessoa, mas sim o resultado da falta de uma atitude tomada pela sociedade e Estado e, quanto mais acessos e oportunidades uma pessoa dispõe, menores serão suas dificuldades.

Referências:

ANATEL, **Agência nacional de Telecomunicações**; Projeto Micro- Recarga. 1991-2006. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br>. Acesso em: 15 nov. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Imprensa Oficial, 1988.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil; e dá outras providências. Brasília: Imprensa Oficial, 2006.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília: Imprensa Oficial, 2015.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília: Imprensa Oficial, 2015.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 9.265, de 12 de fevereiro de 1996.** Regulamenta o inciso LXXVII do art. 5º da Constituição, dispondo sobre a gratuidade dos atos necessário ao exercício da cidadania. Brasília: Imprensa Oficial, 1996.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 12.764, de 27 de dezembro de 2012.** Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista; e altera o § 3º do art. 98 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Brasília, Imprensa Oficial, 2012.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 13.977, de 8 de janeiro de 2020.** Altera a Lei nº 12.764, de 27 de dezembro de 2012 (Lei Berenice Piana), e a Lei nº 9.265, de 12 de fevereiro de 1996, para instituir a Carteira de Identificação da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista (Ciptea), e dá outras providências. Brasília, Imprensa Oficial, 2020.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 186, de 2008.** Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Brasília: Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/congresso/dlg/dlg-186-2008.htm. Acesso em: 16 nov. 2022.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** Ed. Malheiros: São Paulo, 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Com ampla abordagem sobre inclusão, TJSP encerra 3ª edição da Semana de Acessibilidade.** 2022. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=85728>. Acesso em: 15 nov. 2022.

Teoria Geral do **Processo Constitucional.** Revista da Faculdade Mineira de **Direito**, Vol. II, 3 e 4. Belo. Horizonte: 1º e 2º semestres de 1999.

TOCANTINS. **Programa de Acessibilidade e Inclusão.** Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins, TRE. 2022. Disponível em: <https://www.tre-to.jus.br/o-tre/programas-projetos-institucionais/acessibilidade/programa-de-acessibilidade-e-inclusao>. Acesso em: 15 nov. 2022.

Washington, DC: World Bank, 1995b. **BANCO MUNDIAL**. Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial 1996: do plano ao mercado. Washington, DC: World Bank, 1996.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

MARTINS, Guilherme Magalhães; HOUAISS, Livia Pitelli Zamarian. **Estatuto da Pessoa com Deficiência: comentários à Lei 13.146/2015** – 2. ed. – Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2022.

LEGITIMIDADE ATIVA DAS ENTIDADES DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL: A VOZ DA SOCIEDADE CIVIL NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

MATHEUS GEORGE GOUVÊA DA NÓBREGA¹¹⁹:
Advogado. Graduado em Direito pela
Universidade de Brasília - UNB

PAULA PESSOA PEREIRA.

(Orientadora)

RESUMO: A presente pesquisa se propõe a analisar a legitimidade das entidades de classe de âmbito nacional para a propositura das ações de controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. A situação-problema é delineada a partir da jurisprudência dominante daquela Corte Suprema, que restringe a referida legitimidade às entidades que representam interesses profissionais ou econômicos, delegando à sociedade civil o papel de mera espectadora do processo interpretativo da Constituição. A hipótese suscitada é a de que esse entendimento sustenta-se em vetor interpretativo pragmático da capacidade de trabalho do Tribunal (jurisprudência defensiva). O objetivo geral da pesquisa é demonstrar que a interpretação excludente do STF não encontra sustento em argumentos normativos válidos, além de ocasionar diversas distorções práticas no controle concentrado de constitucionalidade. O marco teórico adotado é a teoria dos diálogos institucionais e sociais e a proposta final, advinda de uma visão dialógica do controle jurisdicional de constitucionalidade, é a superação do entendimento mencionado e a abertura democrática dos processos decisórios da Suprema Corte como mecanismo de legitimação da jurisdição constitucional no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição Constitucional. Supremo Tribunal Federal. Entidades de Classe de Âmbito Nacional. Jurisprudência Restritiva.

ABSTRACT: The present research intends to analyze the legitimacy of the "entidades de classe de âmbito nacional" to propose actions in the concentrated control of constitutionality towards the Brazilian Supreme Court. The problem situation is delineated from the dominant jurisprudence of that Supreme Court, which restricts the said legitimacy to entities that represent professional or economic interests, delegating to civil society the role of mere spectator of the interpretative process of the Constitution. The hypothesis raised is that this understanding is based on a pragmatic interpretive vector of the Court's working capacity (defensive jurisprudence). The general objective of the research is to demonstrate that the exclusive interpretation of the Court does not find support in valid normative arguments, besides causing several practical distortions in the concentrated

119 Contato: matheusnobrega2009@gmail.com

control of constitutionality. The theoretical framework adopted is the theory of institutional and social dialogues, and the final proposal, derived from a dialogical view of the jurisdictional control of constitutionality, is the overcoming of the aforementioned understanding and the democratic opening of the Supreme Court's decision-making processes as a mechanism to legitimize the constitutional jurisdiction in Brazil.

KEYWORDS: Constitutional Jurisdiction. Brazilian Supreme Court. Restrictive Jurisprudence. Legitimidade ativa. Acesso à justiça.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. A DEMOCRACIA E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. 1.1. Justificativas teóricas para a existência do controle jurisdicional de constitucionalidade e o seu déficit de legitimidade democrática. 1.2. Diálogos institucionais e sociais como alternativas à noção de supremacia judicial. 1.3. Um perfil do desenho institucional do controle de constitucionalidade no Brasil. 2. A LEGITIMIDADE ATIVA DAS ENTIDADES DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL. 2.1. A ampliação do rol de legitimados ativos abstratos pela Constituição Federal de 1988. 2.2. As entidades de classe de âmbito nacional e a interpretação da Suprema Corte. 2.2.1. Inadequação normativa do precedente judicial restritivo formado pelo STF. 2.2.2. Da repercussão prática e dos efeitos indesejados. 3. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA EXCLUDENTE FORMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 3.1. Decisões monocráticas proferidas por Ministros do STF e a busca por um posicionamento institucional. 3.2. O julgamento do Agravo Regimental na ADPF 262 e o indicativo de mudança. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

A jurisdição constitucional é um tema com importância crescente no debate jurídico global. Ao longo das últimas décadas e em diversos países do mundo, o Poder Judiciário passou a intervir, progressivamente, nas esferas que antes eram reservadas apenas ao domínio da política tradicional. Questões variadas como a insuficiência de políticas públicas, a permissão do aborto, a institucionalização das cotas sociais e o financiamento das campanhas eleitorais passaram a ser judicializadas e decididas pelos tribunais. (BARROSO, 2018).

No Brasil, esse protagonismo exercido pelo Poder Judiciário e, sobretudo, pelo Supremo Tribunal Federal, adquire ainda uma maior extensão devido ao nosso modelo de constituição abrangente e analítico. A Constituição Federal de 1988 instituiu um imenso rol de direitos e garantias fundamentais; disciplinou minuciosamente a estrutura organizacional do Estado; discriminou as competências legislativas, administrativas e tributárias dos entes federativos e regulou os mais diversos aspectos do sistema jurídico pátrio. (BARROSO, 2018).

Essa ampla constitucionalização favoreceu a judicialização excessiva e propiciou uma maior projeção ao controle jurisdicional de constitucionalidade, na medida em que boa parte das discussões jurídicas, políticas, morais e sociais envolvem, em última análise, algum aspecto constitucional.

Se, por um lado, esse processo se presta a fortalecer o Poder Judiciário - que através da jurisdição constitucional pode assumir o vácuo de poder deixado pelas instâncias majoritárias, hoje atingidas por uma enorme crise de representatividade - por outro, causa preocupação os riscos advindos de um exacerbado ativismo judicial, sobretudo diante do déficit de legitimidade democrática da jurisdição constitucional, o que recomenda uma atuação mais autocontida das cortes supremas.

Neste trabalho, discorre-se sobre as diferentes teorias normativas acerca do exercíciado controle jurisdicional de constitucionalidade, destacando-se a necessidade de aberturademocrática dos processos decisórios formais do Supremo Tribunal Federal. O enfoque da pesquisa será a relação entre a qualidade da jurisdição constitucional e o acesso ao controle concentrado de constitucionalidade, especialmente no tocante à legitimidade conferida às entidades de classe de âmbito nacional.

Para atingir o objetivo proposto na presente pesquisa, o trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro capítulo, discorre-se sobre a conjugação teórica entre o regime democrático e a jurisdição constitucional. De início, apresentam-se as justificativas para a existência do controle jurisdicional de constitucionalidade e elucida-se o problema da "dificuldade contramajoritária". Depois, refuta-se o difundido conceito de supremacia judicial, priorizando as abordagens sobre a jurisdição constitucional empreendidas pela teoria dos diálogos institucionais e pela teoria dos diálogos sociais. Finalmente, explica-se as principais características do controle de constitucionalidade no Brasil, para que se possa compreender as discussões realizadas nos capítulos seguintes.

No segundo capítulo, discorre-se sobre a legitimidade ativa das entidades de classe de âmbito nacional e acerca da ampliação do rol de legitimados ativos instituídos na Constituição Federal de 1988. Rejeita-se - sob os pontos de vista normativo e prescritivo - a restrição estabelecida pelo STF quanto à necessidade de que as entidades legitimadas sejam apenas aquelas representativas de interesses profissionais ou econômicos.

Já no terceiro capítulo, aborda-se a necessidade de superação judicial da jurisprudência restritiva mencionada e aponta-se algumas decisões monocráticas de integrantes da Corte Suprema nessa direção. Enfatiza-se, ainda, a necessidade de que haja um posicionamento institucional do STF sobre o tema e não apenas pronunciamentos individuais. Nesse sentido, o julgamento do Agravo Regimental na

ADPF 262 é apontado como indicativo de que a necessária guinada jurisprudencial está próxima.

1.A DEMOCRACIA E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

1.1 Justificativas teóricas para a existência do controle jurisdicional de constitucionalidade e o seu déficit de legitimidade democrática

Até a primeira metade do Século XX, boa parte dos Estados Nacionais rechaçava a possibilidade de o Poder Judiciário realizar o controle de constitucionalidade de leis. No geral, a jurisdição constitucional era considerada extremamente antidemocrática e, especialmente na Europa, contrária à noção predominante de supremacia do parlamento. (SARMENTO, 2018).

Todavia, após as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial - sob a égide de governos totalitários que contaram com amplo apoio popular -, consolidou-se a necessidade da criação de sistemas jurídicos aptos a garantir a proteção de minorias contra as maiorias de ocasião. Tais sistemas deveriam privilegiar tanto o ideal democrático como a proteção de direitos fundamentais, o que favoreceu o desenvolvimento de modelos institucionais que conjugam a democracia representativa com o controle jurisdicional de constitucionalidade. (SARMENTO, 2018).

O processo relatado também apresentou outras facetas, como a progressiva centralidade que as cartas constitucionais adquiriram nos sistemas jurídicos, passando a contar com força normativa própria e com princípios que irradiam sua influência por todo o ordenamento.

De todo modo, esse desencadeamento histórico disseminou, na maioria das estruturas jurídicas atuais, um modelo que conjuga duas formulações em aparente colisão: o constitucionalismo, movimento de limitação do poder estatal e determinação de direitos fundamentais, nascido com as revoluções liberais francesa e americana do Século XVIII; e a democracia, regime de tomada de decisões pelas maiorias numéricas, desenvolvido na Grécia Antiga e fortalecido no início do Século XX, com a extensão do direito de participação política às mulheres e às classes sociais menos favorecidas.

Tal modelo, conhecido como constitucionalismo democrático, apresenta tensões intrínsecas ao seu funcionamento. Se cabe ao parlamento, por maioria, deliberar sobre as questões essenciais da nação, lhe é defeso legislar em dissonância com a Constituição e com os direitos das minorias. Assim, em algumas situações, abre-se a possibilidade de uma corte, não submetida ao escrutínio das urnas, invalidar leis

editadas e sancionadas pelos poderes políticos por excelência, nesta ordem, o Legislativo e o Executivo.

A possibilidade de as instâncias judiciais sobreporem suas decisões às dos agentes políticos gera aquilo que em teoria constitucional foi denominado de dificuldade contramajoritária. Essa dificuldade constitui uma forte objeção teórica à existência da jurisdição constitucional, especialmente se considerada a “resolução judicial de casos complexos e controversos com base em critérios constitucionais pouco rígidos”. (BARROSO, 2018, p. 51).

Dessa maneira, o problema da dificuldade contramajoritária aponta para o reduzido grau de legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Mas, ainda assim, a maioria dos sistemas jurídicos ocidentais admite esse déficit democrático sob a justificativa de que o controle jurisdicional de constitucionalidade possa limitar opressões estatais e proteger os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição.

Mesmo o Canadá e o Reino Unido, historicamente perfilhados ao modelo de democracia majoritária e não ao modelo de democracia constitucional, admitem atualmente variações do chamado “controle fraco de constitucionalidade”. No Canadá, as decisões da Suprema Corte sobre a inconstitucionalidade de leis geram efeitos imediatos, mas são superáveis por eventual maioria legislativa ordinária, dessa vez vinculando o Poder Judiciário. Já no Reino Unido, as decisões judiciais de incompatibilidade com o “*Human Right Act*” dependem da aprovação do parlamento para se tornarem efetivas, mas, devido à respeitabilidade da incipiente Suprema Corte perante a opinião pública, essas confirmações têm ocorrido. (JOÃO, 2016).

Embora no cenário americano - onde inexistia previsão explícita no texto constitucional para o controle jurisdicional de constitucionalidade¹²⁰ - parte da doutrina ainda conteste o referido instituto¹²¹, no contexto brasileiro não há espaço para essa discussão. Aqui, o Poder Constituinte Originário de 1988 expressamente acolheu a jurisdição constitucional¹²². Assim, no Brasil, o cerne da discussão acerca do controle jurisdicional de constitucionalidade não é mais a sua viabilidade, mas sim o modo como

120 As origens do controle jurisdicional de constitucionalidade nos Estados Unidos da América remontam ao caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803 pela Suprema Corte. Desse modo, a despeito da inexistência de autorização constitucional explícita, o “*Judicial Review*” foi desenvolvido naquele país por meio de uma construção jurisprudencial.

121 Sobre o assunto, conferir: Waldron, J. (2006). “*The Core of the Case against Judicial Review*”. *Yale Law Journal*, 115, 1346-1406.

122 A propósito, desde a Constituição Republicana de 1891, o ordenamento jurídico brasileiro permite o controle jurisdicional de constitucionalidade realizado de modo difuso e incidental.

essa prerrogativa deve ser exercida e os seus eventuais limites. É o que passo a perquirir no próximo tópico.

1.2 Diálogos institucionais e sociais como alternativas à noção de supremacia judicial

O grau de legitimidade democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade é diretamente influenciado pelo modo de se pensar a jurisdição constitucional nos diversos ordenamentos jurídicos. Assim, para que haja o necessário equacionamento entre a proteção da ordem constitucional pelo Poder Judiciário e a soberania popular e atuação legislativa inerente às democracias representativas, o controle jurisdicional de constitucionalidade não pode ser entendido como um mecanismo monopolizador da interpretação constitucional.

Desse modo, a jurisdição constitucional não deve importar “a exclusão da atividade interpretativa dos demais Poderes, instituições e o povo”. Ao contrário, o Poder Judiciário é mais um ator nessa tarefa de interpretar a Constituição. Nesse sentido é que se refuta a tese difundida no Direito brasileiro de que haveria uma supremacia judicial na interpretação da Carta Política, em virtude de o artigo 102, *caput*, da Lei Fundamental atribuir ao STF o status de guardião das suas normas. (GODOY, 2017, p. 87).

Embora o Supremo - por razões de segurança jurídica - detenha a prerrogativa de decidir por último nos casos específicos sob sua jurisdição, suas deliberações não necessariamente encerram o debate democrático e tampouco estabelecem uma última palavra definitiva sobre as questões constitucionais postas. Com efeito, a única supremacia admitida no Estado Democrático de Direito é a da Constituição, que obriga igualmente a todos os Poderes da República e aos cidadãos.

A respeito do caráter não definitivo das manifestações do STF na interpretação constitucional, lembre-se que os julgamentos proferidos em sede de controle concentrado jamais vinculam o Poder Legislativo, contra o qual a autoridade dessas manifestações perde seu caráter *erga omnes* (artigo 102, parágrafo 2º). Assim, afigura-se juridicamente possível ao Congresso Nacional editar leis com conteúdo idêntico ou semelhante a outros diplomas normativos já reconhecidos inconstitucionais pelo Supremo. Tais normas gozam de presunção de constitucionalidade como quaisquer outras, devendo eventual apreciação judicial de sua validade considerar as possíveis mudanças fáticas e jurídicas ocorridas desde o julgamento anterior, além dos novos argumentos ventilados durante o processo legislativo. (BRASIL, 1988).

Ademais, a resposta legislativa pode vir igualmente através de mudanças no texto constitucional, situação em que o próprio parâmetro de controle é alterado. Conquanto o Supremo, por meio de construção jurisprudencial¹²³, reconheça-se competente para invalidar emendas à Constituição tendentes a abolir as cláusulas pétreas dispostas na Carta Magna, a análise judicial sobre quais normas estariam contidas no rol do artigo 60, parágrafo 4º, da CF reclama uma interpretação restritiva - ou pelo menos literal - de modo a evitar um engessamento constitucional capaz de subtrair das novas gerações a mínima capacidade de autodeterminação.

A valer, as duas hipóteses referidas inserem-se na ampla liberdade de conformação conferida ao Poder Legislativo, cuja função típica de legislar engloba a eventual superação das decisões proferidas no controle de constitucionalidade. Nesse sentido, as decisões da Suprema Corte no exercício da jurisdição constitucional correspondem apenas a uma resposta provisória aos conflitos normativos que lhe são submetidos, "sujeita a novas rodadas procedimentais". (MENDES, 2008).

Além do mais, o mencionado conceito de supremacia judicial ignora as discussões presentes na sociedade que geram desacordos morais razoáveis: duas pessoas de boa-fé podem divergir razoavelmente acerca de assuntos como a permissão da eutanásia, a legalização da maconha ou a liberação dos jogos de azar. Tais temas têm em comum a ausência de disciplina própria na nossa Constituição. Nesses casos, permitir que uma instituição não eleita desafie a política majoritária consubstanciada em lei, utilizando-se de princípios com pouca densidade normativa como o da proporcionalidade, ou cuja abrangência *prima facie* seja demasiadamente ampla como o da dignidade da pessoa humana, soa profundamente ilegítimo.

Tamanho liberdade esvaziaria a esfera de atuação do parlamento, desestimulando o papel cívico de reivindicação perante os mandatários da República. E aqui não cabe invocar a função contramajoritária da jurisdição constitucional, que jamais pode ser desempenhada para substituir o espaço da política diante de duas opções constitucionalmente permitidas.

Outra contingência a ser enfrentada no exercício da jurisdição constitucional é a questão das capacidades institucionais. Há determinados assuntos sobre os quais o Poder Judiciário, pela sua própria natureza, carece de conhecimentos específicos para enfrentar. Presume-se que ministros da suprema corte detenham notável saber jurídico, mas não lhe são exigidas, por exemplo, compreensões aprofundadas sobre aspectos técnicos ou científicos.

123 STF, ADI 829, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 16.09.1994.

Assim, nos casos que envolvem conhecimento específicos, cabe ao STF analisar as distintas capacidades e limitações de cada órgão para disciplinar as normas impugnadas e, em geral, priorizar posturas de autocontenção judicial. Nessa mesma linha, o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis advindos de decisões judiciais maximalistas também pode recomendar “uma posição de cautela e de deferência por parte do Judiciário [...], sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público”. (BARROSO, 2018, p. 52).

Por fim, a crítica à supremacia judicial e a consequente abertura interpretativa da Constituição a outros atores também se justificam pela constatação de que a mera existência do controle jurisdicional de constitucionalidade não garante que as suas funções precípua - como a proteção dos direitos fundamentais - sejam efetivamente realizadas pelas cortes supremas. (GODOY, 2017).

A Suprema Corte americana, por exemplo, que reconheceu em decisão histórica a inconstitucionalidade da segregação racial entre brancos e negros nas escolas públicas do país, também já decidiu em outro julgamento que as pessoas de descendência africana não estavam submetidas à Constituição dos Estados Unidos. Conforme Godoy (2017, p. 90-91):

Se o caso *Brow v. Board of Education* é um célebre caso invocado para evidenciar como de fato a Suprema Corte pode proteger as minorias, por outro lado, o caso *Dread Scot v. Stanford* mostra que essa mesma Corte, pode adotar, sobre o mesmo tema, um entendimento absolutamente diferente e em completo desfavor das minorias”.

Feitas todas essas considerações, incumbe esclarecer que as razões retromencionadas não objetivam infirmar a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade, mas demonstrar que uma jurisdição constitucional monopolizadora - pautada na ideia de supremacia judicial - suscita diversas disfunções e prejudica a sua (já reduzida) legitimidade democrática. Assim, este trabalho compartilha outras formas de se vislumbrar a jurisdição constitucional, como aquela preconizada pela teoria dos diálogos institucionais e pela teoria dos diálogos sociais.

Em relação aos diálogos institucionais, trata-se de uma teoria que ganhou força na doutrina constitucional nos últimos anos e que compreende diversas abordagens teóricas. Porém, de modo geral, conforme assinala Mendes (2008, p. 15), os diferentes autores que a abordam expressam uma visão dialógica e cooperativa sobre a interpretação constitucional:

Basicamente, essas teorias defendem que não deve haver competição ou conflito pela última palavra, mas um diálogo permanente e cooperativo entre instituições que, por meio de suas singulares expertises e contextos decisórios, são parceiros na busca do melhor significado constitucional.

Assim, não haveria prioridade, hierarquia ou verticalidade entre instituições lutando pelo monopólio decisório sobre direitos fundamentais. Haveria, ao contrário, uma cadeia de contribuições horizontais que ajudariam a refinar, com a passagem do tempo, boas respostas para questões coletivas”.

Nesse sentido, a teoria dos diálogos institucionais não invoca a supremacia judicial ou uma deferência absoluta ao legislador, nem tampouco vislumbra uma oposição entre os Poderes no exercício das suas atribuições constitucionais. Antes, encara a Carta Magna como um documento normativo que tem “seu significado construído e reconstruído todos os dias, pela atuação dos mais diversos atores e, especialmente, pela atuação de cada um dos Poderes da República”. (GODOY, 2017, p. 165).

Logo, o significado da Constituição é construído por meio de uma interação deliberativa entre os Poderes, que deve ser pautada pela qualidade argumentativa das suas atuações institucionais. Assim, do mesmo modo que “uma lei aprovada após o devido processo legislativo pode ser derrubada pelo controle judicial de constitucionalidade, a decisão judicial pode ser derrubada por uma retomada [...] dos processos institucionais de interpretação e aplicação da Constituição”. Como exemplo dessa última hipótese, o Poder Legislativo pode aprovar uma Emenda à Constituição ou editar uma nova lei que incorpore argumentos adicionais à discussão. (GODOY, 2017, p. 164).

Apesar dos seus méritos, ao concentrar sua abordagem nos processos de interação e interpretação constitucional realizados pelas diferentes instituições, a teoria dos diálogos institucionais não se preocupa suficientemente com o relevante papel conferido ao cidadão comum na formação da vontade constitucional. Assim, desconsidera “que o sentido da Constituição é construído não apenas por meio de um diálogo institucional, mas também de um diálogo social”. Daí o surgimento da teoria dos diálogos sociais, que valoriza o papel da sociedade civil - e não só dos órgãos estatais - nesses processos de definição constitucional. (GOMES, 2016, p. 18).

De todo modo, a compreensão dialógica aqui almejada - tanto na sua vertente institucional como na social -, além de preconizar uma interpretação compartilhada da Constituição, também se preocupa com os procedimentos formais pelos quais as

decisões coletivas são implementadas nos diversos *locus* de poder. Especialmente “em relação ao Poder Judiciário, o fato de não ser composto por membros eleitos impõe um ônus ainda maior ao seu processo decisório à luz da teoria democrática”. (GOMES, 2016, p. 151).

Nessa lógica, os processos de justificação racional das decisões judiciais ostentam maior legitimidade quando precedidos de um amplo debate público e informados com o máximo de argumentos possíveis, dando-se voz a possíveis minorias atingidas pela decisão, às outras instituições estatais e às entidades representativas da sociedade civil. Assim, os diálogos interinstitucionais e sociais são também suscitados pela introdução de mecanismos que incentivam a participação externa nas deliberações das cortes supremas. (GODOY, 2017).

Essa abertura democrática da jurisdição constitucional engloba a adoção de institutos como o *amicus curiae* e as audiências públicas, mas a eles não se limita. Também envolve a manifestação processual de diversos órgãos no seu procedimento formal decisório e, principalmente, a ampla possibilidade de acesso ao controle jurisdicional de constitucionalidade.

Estabelecidas essas premissas teóricas, passa-se a analisar o contexto brasileiro e as diferentes nuances da jurisdição constitucional no Brasil, para se compreender o desenho institucional da legitimidade ativa concernente ao acesso à jurisdição constitucional abstrata. Também serão expostos alguns instrumentos normativos de participação social que foram positivados no ordenamento jurídico pátrio e que podem contribuir para uma visão dialógica da atuação do Supremo Tribunal Federal.

1.3 Um perfil do desenho institucional do controle de constitucionalidade no Brasil

No ordenamento jurídico brasileiro, o controle de constitucionalidade pode ser político ou jurisdicional. No âmbito da União, o controle político ocorre quando a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal barra a tramitação de um projeto de lei considerado inconstitucional, bem como quando o Presidente da República exerce o seu poder de veto por essa mesma razão.

Já o controle jurisdicional de constitucionalidade vigente no Brasil é misto, uma vez que “combina a matriz americana - em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto - e a matriz europeia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. Nesse segundo caso, a validade constitucional de leis e atos normativos é discutida em tese, perante o Supremo Tribunal Federal, fora de uma situação concreta de litígio”. (BARROSO, 2018, p. 47).

Assim sendo, uma das formas de controle jurisdicional de constitucionalidade é aquela realizada no bojo de de uma ação subjetiva e apresentada como uma questão incidental a ser decidida pelo juiz, hipótese em que é denominada controle concreto de constitucionalidade. Essa possibilidade de revisão judicial de leis no interior de um processo subjetivo também recebe o nome de controle difuso de constitucionalidade, uma vez que todos os juízes e tribunais brasileiros possuem competência para efetivá-lo nos processos sob sua jurisdição. Além disso, o efeito de uma declaração de inconstitucionalidade realizada de forma incidental restringe-se tradicionalmente às partes da respectiva ação, ou seja, trata-se de um efeito *"inter partes"*.

Por outro lado, o controle jurisdicional de constitucionalidade também pode ser desempenhado através de um processo específico para esse fim, denominado de ação constitucional. Esse controle é abstrato porque a decisão se dá diretamente sobre o ato normativo impugnado, sendo que deste pronunciamento judicial origina-se um efeito vinculante ou *"erga omnes"*, dirigido a todos os órgãos do Poder Judiciário e à administração pública. O referido controle é também denominado controle concentrado de constitucionalidade, já que apenas um órgão judicial possui competência para exercê-lo no âmbito da União, o Supremo Tribunal Federal.

Tecidas as devidas considerações, esclarece-se que este trabalho usará os termos concreto/difuso e abstrato/concentrado visando significar, respectivamente, o controle efetuado de modo incidental em um processo subjetivo e aquele concretizado em uma ação constitucional específica perante o Supremo Tribunal Federal.

Assim, embora o controle concreto possa eventualmente ser realizado de modo concentrado, em um mandado de segurança preventivo impetrado por parlamentar para resguardar o devido processo legislativo, e o controle abstrato também possa ocorrer de forma difusa, no caso de ADI estadual que invoca como parâmetro norma constitucional de reprodução obrigatória da Constituição Federal, essas duas hipóteses constituem exceções sistêmicas. Logo, os referidos termos são considerados sinônimos para os fins desta pesquisa.

Cabe esclarecer ainda que a inconstitucionalidade pode ser reconhecida tanto sob a seara formal como sob a seara material. A inconstitucionalidade formal evidencia o descumprimento das regras do jogo democrático durante o processo de tramitação das leis, em particular das *"normas constitucionais que definem regras de competência e o procedimento a ser observado para sua elaboração (no caso de leis federais: iniciativa, deliberação, votação, sanção ou veto, promulgação e publicação)"*. Já a inconstitucionalidade material significa que o próprio conteúdo do ato infraconstitucional editado infringe uma previsão contida em norma constitucional. (DIMOULIS, LUNARDI, 2014, p. 90).

Como o foco deste trabalho é o controle concentrado de constitucionalidade, neste momento, convém examinar brevemente as 4 (quatro) espécies de ações constitucionais previstas pela Constituição Federal de 1988. São elas: a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e a ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

A ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade apresentam uma relação de fungibilidade entre si. Enquanto a ADI objetiva a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, a ADC busca o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo federal. Devido à presunção de constitucionalidade das leis em geral, a ADC exige o preenchimento de um requisito adicional em relação à ADI: a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da norma objeto da ação, de modo que a decisão apazigue os conflitos jurídicos existentes.

Por seu turno, a ADO tem a finalidade de combater omissões constitucionais, nas hipóteses em que há uma obrigação de legislar conferida ao Congresso Nacional. Finalmente, a ADPF complementa o sistema de controle concentrado no Brasil, na medida em que constitui uma ação subsidiária. Assim, a ADPF enquadra-se principalmente no controle de normas municipais e na análise sobre a recepção (ou não) das leis produzidas anteriormente à Constituição de 1988.

A norma de regência procedimental das ações diretas e da ação declaratória de inconstitucionalidade é a Lei n. 9868/1999, que, de forma positiva e em consonância com a teoria dos diálogos institucionais, prevê a manifestação de diversos órgãos e instituições no processo de julgamento dessas ações - o qual chamaremos de processo constitucional. Logo, os órgãos ou as autoridades das quais emanou o ato normativo impugnado prestam informações à Corte (art. 6). Além disso, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União também manifestam-se acerca do pedido feito (art. 8), sendo que essa última autoridade deve necessariamente defender a constitucionalidade da lei objurgada, a menos que o próprio STF já tenha declarado incidentalmente a inconstitucionalidade da norma.

Além disso, por influência da doutrina de Peter Häberle - que propõe uma interpretação constitucional pluralista e defende uma "sociedade aberta dos intérpretes da Constituição" -, a legislação também concebeu mecanismos de diálogo e participação social, como o *amicus curiae* (art. 7, § 2) e as audiências públicas (art. 9, § 1). (VALE, 2008).

Em relação ao *amicus curiae*, trata-se de pessoa natural ou jurídica, com representatividade adequada, cuja participação no feito é admitida pelo Ministro Relator, considerando a relevância da matéria sob julgamento e com vistas ao fornecimento de melhores subsídios jurídicos para a análise do caso. Já as audiências públicas são convocadas - também pelo Ministro Relator - para ouvir o depoimento de pessoas com experiência em determinada matéria, nos casos de interesse público relevante que exijam o esclarecimento de questões fáticas. Esses dois instrumentos revelam-se importantes para a pluralização de vozes no Tribunal, embora o modo de sua implementação no STF desperte consideráveis críticas (que serão oportunamente apontadas).

Por fim, uma das mais importantes facetas do controle concentrado de constitucionalidade diz respeito à legitimidade ativa para instaurá-lo. A Constituição Federal permitiu uma legitimação ampla, visando atender aos anseios de um constitucionalismo aberto às demais instituições e à sociedade. Por exigir uma discussão extensiva, a questão da legitimidade será aprofundada no próximo capítulo.

2.A LEGITIMIDADE ATIVA DAS ENTIDADES DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL

2.1 A ampliação do rol de legitimados ativos abstratos pela Constituição Federal de 1988

Como é cediço, a Constituição Federal de 1988 promoveu uma verdadeira democratização das vias de acesso ao controle abstrato de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Assim, ampliou-se expressivamente o rol de legitimados aptos a ajuizar ações constitucionais em relação ao modelo constitucional anterior.

No modelo de Representação de Inconstitucionalidade desenhado pela EC n. 16/1965 - quando o ordenamento jurídico brasileiro passou a adotar o controle concentrado de constitucionalidade -, a titularidade para deflagrar o processo objetivo era restrita ao Procurador-Geral da República. Por sua vez, a atual Carta Política, no seu art. 103, conferiu essa prerrogativa aos seguintes órgãos e entidades (BRASIL, 1988):

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa

do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

Observa-se que, além do chefe do *Parquet*, o texto constitucional elencou a possibilidade do Poder Executivo e do Poder Legislativo, no âmbito federal e estadual, proporem ações de (in)constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Além disso, também foram abarcados o Conselho Federal da OAB e os partidos políticos que dispõem de ao menos um representante no Congresso Nacional.

Ademais, de maneira inédita, permitiu-se que organizações com expressão eminentemente privada possam questionar (em abstrato) a constitucionalidade de normas, por meio da inclusão das confederações sindicais e das entidades de classe de âmbito nacional no rol de legitimados. Essa considerável ampliação numérica de legitimados atendeu a duas razões principais.

Primeiro, a designação do Procurador-Geral da República como única autoridade apta a instaurar o controle concentrado comprometia a efetividade da jurisdição constitucional. Como o PGR era um cargo de livre nomeação e exoneração pelo chefe do Poder Executivo Federal e acumulava a chefia do Ministério Público com a representação jurídica da União, a conveniência de se ajuizar uma ação constitucional no STF dependia mais de interesses políticos momentâneos do que de reais ofensas à Constituição. Por esse motivo, decidiu-se que a referida legitimidade ativa não deveria mais circunscrever-se a esse único agente¹²⁴.

¹²⁴ Sobre o assunto, importa registrar o debate travado no julgamento da Reclamação nº 849 (STF, Rel. Min. Adalício Nogueira, julgada em 10/03/71), proposta pelo Movimento Democrático Brasileiro em face do despacho do Procurador-Geral da República que mandou arquivar petição em que aquele formulou arguição de inconstitucionalidade em abstrato do Decreto-Lei 1.077, de 26/10/70, que instituiu a censura prévia na divulgação de livros e periódicos, nociva à segurança nacional. Do inteiro teor do citado julgamento, extrai-se do voto vencido do Min. Adauto Cardoso as seguintes inquietações advindas da exclusividade de legitimidade ativa conferida ao Chefe do Ministério Público Federal: “Tenho a observar-lhe que de janeiro de 70 até hoje não surgiu e certamente nem surgirá,

Segundo, a ampla legitimação pretendeu reforçar - em detrimento do modelo difuso - o controle concentrado de constitucionalidade como instrumento máximo de correção do sistema normativo brasileiro. Dado que a Constituição Cidadã apresenta um imenso catálogo de direitos fundamentais e de regras elementares relativas à organização política, um eventual descumprimento de suas normas pela atividade legiferante do Estado deve ensejar, prioritariamente, soluções gerais e efetivas. Como o controle abstrato possui o condão de suprimir a lei inconstitucional do ordenamento jurídico, com efeito *erga omnes*, sua utilização representa uma resposta sistêmica mais eficaz do que aquele vinculado aos casos concretos.

Sob outro enfoque, a pluralidade de legitimados - ao lado dos instrumentos de participação social, como as audiências públicas e o *amicus curiae* - incentiva um processo benéfico de abertura interpretativa da Constituição Federal. Esse processo confere maior legitimidade democrática à jurisdição constitucional, nos moldes dos argumentos expostos no capítulo anterior sobre a teoria dos diálogos institucionais e a teoria dos diálogos sociais.

Essa última afirmação assume especial relevância quando considerada a legitimidade ativa das entidades de classe de âmbito nacional: ao possibilitar que entidades com representatividade social questionem a validade das normas editadas pelos poderes políticos, o Poder Constituinte Originário intentou desenvolver uma "sociedade aberta de intérpretes" e contribuir para que o controle abstrato de constitucionalidade possa - verdadeiramente - limitar opressões estatais.

Assim, os diversos organismos legitimados a provocar a atuação do STF em controle concentrado, além de promoverem uma interação discursiva com o Tribunal, contam com a perspectiva de que as suas manifestações possam influir na vontade final da Corte Suprema, que dará a última palavra provisória sobre a questão constitucional posta. Conclui-se, portanto, que o alargamento do leque de legitimados a ajuizar ações constitucionais - nos termos da Carta Política de 1988 - foi uma mudança benéfica ao constitucionalismo brasileiro, por promover a abertura interpretativa da Constituição Federal e fomentar diálogos interinstitucionais e sociais.

2.2 As entidades de classe de âmbito nacional e a interpretação da Suprema Corte

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a expansão do rol de legitimados a ajuizar ações constitucionais, o Supremo Tribunal Federal definiu, por

ninguém, a não ser o partido político da oposição, que a duras penas cumpre o seu papel, a não se ele, que se abalance a arguir a inconstitucionalidade do decreto-lei que estabelece a censura prévia".

criação jurisprudencial, parâmetros para a atuação de alguns legitimados em sede de ADI, ADC, ADO e ADPF.

De fato, a despeito da inexistência de qualquer autorização constitucional ou legal, a Suprema Corte instituiu algumas restrições à legitimidade de entes dispostos no art. 103 da Constituição Federal. Tais limitações foram compreendidas como jurisprudência defensiva do Tribunal, com o objetivo de evitar a proliferação de ações e a sobrecarga das suas atividades ordinárias.

Uma das restrições foi a formulação do requisito da pertinência temática. Por meio desse instituto, na petição inicial das ações constitucionais, os legitimados ativos “especiais” devem demonstrar uma relação de pertinência entre os seus objetivos institucionais e a norma específica objeto de impugnação. Nas palavras do constitucionalista Novellino (2017, p. 195):

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, há distinção entre dois grupos de legitimados. O Presidente da República, as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos com representação no Congresso são legitimados ativos universais, ou seja, não precisam demonstrar ‘pertinência temática’. Isso significa a possibilidade de impugnar leis ou atos normativos independentemente da afetação de seus interesses ou objetivos institucionais específicos.

Tratamento diverso é conferido às Mesas das Assembleias Legislativas e da Câmara Legislativa do Distrito Federal, aos governadores, às confederações sindicais e às entidades de classe de âmbito nacional, os quais devem demonstrar pertinência temática entre o conteúdo veiculado na norma impugnada e suas finalidades ou interesses. São considerados, portanto, legitimados ativos especiais”

Em relação às entidades de classe de âmbito nacional, objeto por excelência deste trabalho, além da demonstração do requisito da pertinência temática (por serem legitimadas ativas especiais), o STF também estabeleceu outras duas limitações à sua legitimidade ativa abstrata.

A primeira consiste na imposição de que o caráter nacional das entidades de classe - para fins de verificação da legitimidade - seja atestado pela comprovação de

associados em ao menos um terço dos Estados da federação¹²⁵. Tal regra jurisprudencial foi construída a partir de uma interpretação analógica do art. 8º, *caput*, da Lei n. 9096/95, que trata do apoio mínimo para o registro de um novo partido político no Brasil: “ *O requerimento do registro de partido político, dirigido ao cartório competente do Registro Civil das Pessoas Jurídicas, da Capital Federal, deve ser subscrito pelos seus fundadores, em número nunca inferior a cento e um, com domicílio eleitoral em, no mínimo, um terço dos Estados, e será acompanhado de [...].* (BRASIL, 1995).

Já a segunda determinação, exige que as entidades de classe autorizadas a deflagrar o controle concentrado sejam apenas as que reúnem membros de uma mesma categoria econômica ou profissional. Por meio dessa interpretação, entidades que congregam representantes da sociedade civil organizada ou de minorias sociais, por exemplo, não estariam autorizadas a ingressar no STF contra possíveis violações à Constituição (ainda que comprovem a sua amplitude nacional e preencham o requisito da pertinência temática).

Essa última jurisprudência, que restringe o enquadramento das entidades de classe aos grupos homogêneos representantes de segmentos econômicos ou profissionais, surgiu na ADI 42, julgada em 1992¹²⁶. O caso foi decidido em um contexto histórico bastante específico, no qual a maioria dos ministros haviam sido nomeados antes do advento da Constituição de 1988 e, portanto, estavam inevitavelmente identificados com o regime militar anterior. (GOMES, 2016).

Dessa forma, na época, a Suprema Corte era majoritariamente avessa à ideia de ampliação democrática da jurisdição constitucional. Consta, inclusive, que no ano de 1986, os Ministros do STF manifestaram à Assembleia Nacional Constituinte - por meio de mensagem pública e formal - o entendimento de que a legitimidade ativa para o controle concentrado deveria continuar restrita ao PGR. (GOMES, 2016).

Decorridas quase três décadas, mesmo sem encontrar guarida constitucional e tampouco amparo na legislação específica que disciplina o processo e o julgamento das ações diretas perante o STF (Lei n. 9.868/99), essa vertente jurisprudencial restritiva continua a predominar no Tribunal. Recorrendo a essa tese, a Corte já rejeitou a legitimidade ativa de entidades como a União Nacional dos Estudantes (UNE)¹²⁷, a Associação Brasileira de Consumidores (ABC)¹²⁸, a Associação Brasileira de Defesa do

125 STF, ADI 386, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ. 28.06.1991.

126 STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ.02.04.1993.

127 STF, ADI 894, Tribunal Pleno, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 20.04.1995.

128 STF, ADI 1693, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 06.02.1998.

Cidadão (ABRADEC)¹²⁹ e outras dezenas de organismos com manifesta representatividade social.

2.2.1 Inadequação normativa do precedente judicial restritivo formado pelo STF

Fixadas essas premissas sobre as três maiores restrições impostas pelo Supremo Tribunal Federal à legitimidade ativa das entidades de classe de âmbito nacional, este trabalho concentrará sua crítica na limitação de acesso ao controle abstrato conferida às entidades que não representam interesses profissionais ou econômicos.

Conquanto esta pesquisa assuma uma posição indiferente quanto à pertinência temática e a exigência da comprovação de associados em ao menos 9 (nove) Estados da federação - assuntos bastante controversos na doutrina -, entendo existirem razões jurídicas aptas a justificar a sua juridicidade.

Sobre o requisito da pertinência temática, a distinção entre os legitimados universais e os legitimados especiais, embora estabelecida pelo STF por razões de ordem prática, ampara-se no grau distinto de interesse jurídico que as duas espécies de legitimados detêm na resolução de conflitos constitucionais.

Destarte, enquanto os legitimados universais possuem uma ampla esfera de atuação institucional, os legitimados especiais têm representatividade restrita ao âmbito do Estado-membro (Mesas das Assembleias Legislativas e governadores) ou a setores específicos da sociedade (confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional), o que pode respaldar essa diferenciação jurisprudencial.

Já no que concerne ao requisito da demonstração de associados em ao menos um terço dos Estados da federação, o próprio texto constitucional exige que as entidades de classe disponham de caráter nacional, sem estabelecer quais seriam os parâmetros para essa aferição. Como a Lei n. 9.868/99 tampouco dispõe a respeito da referida abrangência nacional, há uma lacuna normativa que legitima a aplicação analógica do art. 8º, *caput*, da Lei n. 9.096/95, para garantir o cumprimento da Constituição e assegurar um patamar mínimo de representatividade às entidades com a prerrogativa de provocar o controle abstrato de constitucionalidade.

Feitas as ponderações cabíveis, incumbe discorrer acerca da jurisprudência que delimita o conceito de entidade de classe de âmbito nacional às associações oriundas de segmentos profissionais ou econômicos. Como já anunciado, defende-se que essa

¹²⁹ STF, ADI 61, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 28/09/1990.

tese jurisprudencial carece de argumentos fáticos ou jurídicos suficientes para justificá-la.

De início, ressalta-se que a *ratio decidendi* da já citada ADI 42 - responsável pela formação do precedente em evidência - revela-se de difícil perquirição, devido à forma dos julgamentos colegiados na Corte Suprema, cujas decisões compõem-se pela sobreposição dos votos individuais de cada membro do colegiado. Devido à essa característica, os acórdãos firmados pelo STF ocasionalmente resultam em uma fundamentação ambígua. (VALE, 2015). Apesar disso, ao analisar o julgado, infere-se que o principal fundamento para a interpretação restritiva parece ser o art. 511, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) 130, que estabelece requisitos necessários para a constituição de associações sindicais lícitas.

Da análise topológica, verifica-se que o referido artigo está disposto no Título V da CLT, que trata das organizações sindicais e, mais especificamente, no Capítulo I, que disciplina os regramentos atinentes à instituição sindical. Outro dispositivo legal identificado nesse mesmo capítulo da CLT é o art. 535, *caput*, que assim prescreve: “As Confederações organizar-se-ão com o mínimo de 3 (três) federações e terão sede na Capital da República”. (BRASIL, 1943).

As confederações definidas pelo artigo supracitado são as entidades sindicais de grau máximo no ordenamento jurídico brasileiro, denominadas “confederações sindicais”. Não por acaso, tais entidades são reconhecidas pela doutrina e pela jurisprudência pátria como as únicas instituições sindicais com legitimidade ativa para instaurar o controle abstrato, conforme o teor expresso do art. 103, *IV*, da Constituição da República 131. (BRASIL, 1988).

Sendo os conceitos de “confederação sindical” e de “entidade de classe de âmbito nacional” necessariamente distintos, conforme a máxima hermenêutica de que não cabe ao parlamento legislar em vão, mostra-se possível deduzir que as entidades de classe de âmbito nacional não podem ser consideradas espécies do gênero organizações sindicais, tratado no referido Capítulo V da CLT.

Isso porque as confederações são as únicas instituições sindicais autorizadas constitucionalmente a promover o controle abstrato de constitucionalidade. Daí a

130 Art. 511. É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas. (Grifo Nosso).

131 Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

ausência de lógica na aplicação do art. 511 daquela lei também às entidades de classe, que não constituem sindicatos e, portanto, têm liberdade para perseguir interesses diversos daqueles de índole meramente econômica ou profissional.

Por outro lado, a hipótese desautoriza o uso da analogia, uma vez que inexistente lacuna jurídica a ser suprida, mas sim uma legítima opção do Poder Constituinte Originário em conferir ampla legitimação às entidades de classe de âmbito nacional, aí incluídas as entidades representativas de grupos minoritários, aquelas ligadas à proteção de direitos fundamentais e as demais associações provenientes da sociedade civil organizada.

Ademais, conforme assevera Daniel Sarmento, a jurisprudência restritiva em debate não encontra respaldo nos principais métodos de interpretação constitucional. Eis a lição do autor (2018, p. 86):

Ela não é postulada pela interpretação literal, pois a palavra 'classe' é altamente vaga, comportando leituras muito mais generosas. Ela não se concilia com a interpretação teleológica da Constituição, pois, como se viu, frustra o objetivo do texto magno, que foi democratizar o acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. Pior, ela colide frontalmente com a interpretação sistemática da Carta, afrontando o postulado de unidade da Constituição. Com efeito, inexistente na Constituição de 88 uma priorização dos direitos e interesses ligados às categorias econômicas ou profissionais, em detrimento das demais. Pelo contrário, a Constituição revelou preocupação no mínimo equivalente com a garantia de outros direitos fundamentais.

Em contrapartida, a jurisdição constitucional abstrata foi historicamente concebida para a proteção de direitos fundamentais. Quando os poderes políticos, nas mãos de maiorias ocasionais, servem-se da sua prerrogativa de editar leis para constranger os direitos constitucionalmente estabelecidos das minorias, cabe ao Supremo Tribunal invalidar os atos normativos editados em desconformidade com a Constituição. Sendo as cortes supremas instituições, por essência, contramajoritárias, como negar às entidades representativas de minorias o direito de ajuizar ações constitucionais?

Não se ignora que as garantias relativas aos grupos profissionais e econômicos são também resguardadas pela Carta Magna e que, formalmente, todos os artigos do texto constitucional servem de parâmetro ao controle concentrado de constitucionalidade. Contudo, mesmo sob essa perspectiva formal, se a própria

Constituição não instituiu expressamente uma relação de hierarquia entre as suas normas, descabe ao Poder Judiciário fazê-lo para privilegiar determinados interesses em detrimento de outros.

É dizer: o entendimento restritivo adotado pelo STF atribui um valor superior às causas de certas categorias, o que direciona a agenda do Tribunal para a resolução dessas questões. E essa priorização ocorre justamente em detrimento de entidades marginalizadas no processo democrático majoritário e que, portanto, encontram-se mais suscetíveis a sofrerviolações estatais.

Por sua vez, as entidades corporativas, que já possuem maior acesso na política majoritária em razão da influência do poder econômico e das organizações profissionais no processo legislativo, podem ainda socorrer-se ao controle concentrado de constitucionalidade na persecução institucional dos seus interesses. Nessa perspectiva, ao invés de instrumento contramajoritário, corre-se o risco da jurisdição constitucional se transformar em uma instância de legitimação de privilégios.

Dito isso, ressalta-se que este trabalho não defende a ilegitimidade das entidades representativas de grupos econômicos ou profissionais para provocar o controle abstrato, nem tampouco apela para argumentos de igualdade em seu sentido material ou substantivo. Defende-se a igualdade formal entre as entidades vinculadas a categorias econômicas ou profissionais e aquelas relacionadas a outros tipos de interesses legítimos, como a atividade estudantil, a defesa de direitos fundamentais e a representação de minorias - por meio da concessão a todas dos mesmos direitos processuais de acesso ao STF.

Poderia ser argumentado que as entidades da sociedade civil já conseguem acionar o Supremo por intermédio do controle difuso, ou seja, através da interposição de um recurso extraordinário. Contudo, em termos de proteção jurídica eficiente, as duas vias são incomparáveis.

De um lado, o controle concentrado tem aptidão para remover definitivamente a norma inconstitucional do ordenamento jurídico, possui efeito *erga omnes* e pode ser julgado em um curto período de tempo, se adotado o rito simplificado do art. 12 da Lei n. 9869/99. Do outro, o manejo de um recurso extraordinário exige a demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas, a instauração e o julgamento de um processo judicial subjetivo perante dois ou mais graus de jurisdição e, ao final, um eventual juízo de inconstitucionalidade não apresenta abrangência comparável às

decisões tomadas em sede de controle concentrado de constitucionalidade - ainda que considerada a tendência de objetização do controle difuso¹³².

É preciso enfrentar, ainda, o argumento de que a eliminação da jurisprudência em questão não seria desejável, devido à multiplicidade de ações constitucionais que chegariam ao STF, com aptidão para sobrecarregar as atividades ordinárias da Corte. Se bem analisada, essa afirmação não prospera por três razões.

Primeiramente, os outros dois requisitos aplicáveis às entidades de classe, quais sejam, a pertinência temática e a abrangência nacional, já são filtros suficientemente aptos a evitar uma irrefreável proliferação de ações no STF. Nesse sentido, a limitação de acesso às entidades da sociedade civil relaciona-se mais intrinsecamente à qualidade do controle concentrado, e não à quantidade de processos. Em contrapartida, a prevalecer essa concepção restritiva é que se estará fomentando a instauração de diversos processos judiciais subjetivos, em múltiplas instâncias - pela via do controle difuso de constitucionalidade -, o que compromete a eficiência do Poder Judiciário como um todo.

Além disso, o controle concentrado corresponde a uma fração mínima do total de processos em curso no Supremo Tribunal Federal. De acordo com o relatório "Supremo em Números: O Múltiplo Supremo", disponibilizado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) após a realização de pesquisas empíricas, as ações constitucionais representam menos de 3 (três) por cento dos processos apresentados à Corte anualmente (ARGUELHES, et al. 2011, p. 38). Ora, sendo a proteção da ordem constitucional a função precípua das supremas cortes, os números retratados mostram-se inexpressivos e jamais poderiam ser responsabilizados pela sobrecarga de ações no STF.

Por fim, ainda que houvesse um ligeiro aumento nos números de ADI ajuizadas, por exemplo, isso não prejudicaria a efetividade da prestação jurisdicional. É que, no âmbito de uma ação objetiva, sem partes, lide e pretensões resistidas, inexistem interesses subjetivos a serem resguardados de forma imediata.

Expostos os principais argumentos que revelam a inadequação normativa da corrente jurisprudencial em evidência, que bloqueia o acesso das entidades representativas da sociedade civil ao controle concentrado de constitucionalidade,

¹³² A tendência de objetização do controle difuso de constitucionalidade decorre da criação do requisito da repercussão geral. Por meio desse filtro, o STF seleciona e julga apenas as ações que envolvem questões constitucionais relevantes e que ultrapassam os interesses subjetivos daquele processo específico. Além disso, a decisão final deve ser seguida pelas instâncias inferiores em casos semelhantes.

passa-se a dispor - no próximo tópico - acerca das repercussões práticas e dos efeitos indesejados oriundos desse entendimento.

2.2.2 Da repercussão prática e dos efeitos indesejados

Além de não se justificar do ponto de vista normativo, a limitação da legitimidade ativa abstrata às entidades representativas de grupos profissionais ou econômicos provoca consequências nocivas à jurisdição constitucional. A principal delas diz respeito ao perfil das ações constitucionais julgadas pelo STF, cujos temas predominantes tornaram-se os de cunho corporativo, econômico e federativo (esse último em decorrência dos interesses protagonizados pelos demais legitimados, conforme será exposto mais adiante).

Sendo as entidades de classe de âmbito nacional - numericamente - as maiores legitimadas, seus pleitos acarretam um forte impacto na agenda do Tribunal. Como o requisitada pertinência temática impõe que as normas impugnadas se correlacionem com os objetivos institucionais das entidades ingressantes, a Corte Suprema passa a concentrar suas discussões nos assuntos retromencionados.

Dessa maneira, a interpretação jurisprudencial excludente (aplicável às entidades representativas de interesses não relacionados ao domínio econômico ou profissional) contribui para a divergência existente entre a linguagem teórica que justifica o controle jurisdicional de constitucionalidade, amparada na proteção de minorias e dos direitos fundamentais, e a prática judicial brasileira, que prioriza as questões profissionais e econômicas nos processos de controle concentrado de constitucionalidade.

Os argumentos aqui expostos são também corroborados no resultado da pesquisa empírica realizada por Juliano Zaiden e Alexandre Araújo, na qual coletou-se dados sobre as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) julgadas pelo STF entre 1988 e 2012, e as conclusões alcançadas foram as seguintes (BENVINDO, COSTA, 2014, p.77-80):

O perfil geral das decisões e dos atores mostra que a combinação do perfil político dos legitimados com a jurisprudência restritiva do STF em termos de legitimidade conduziu a um modelo de controle concentrado que privilegia a garantia dos interesses institucionais ou corporativos. Apesar dos discursos de legitimação do controle concentrado normalmente se justificarem na necessidade de oferecer proteção adequada aos direitos dos cidadãos, o que se observa na prática é uma garantia relativamente efetiva dos interesses corporativos e não do interesse público [...]. Assim, o sistema de controle concentrado de

constitucionalidade vigente no Brasil possui uma predominância jurisprudencial de argumentos formais ou de organização do Estado, cumulada com uma atuação [...] cuja maior parte é ligada à garantia de interesses corporativos. Há também um espaço razoável para a cooptação dos legitimados por grupos de pressão que, com isso, adquirem acesso ao controle concentrado, acesso esse que é vedado às entidades que defendemos interesses dos cidadãos, e não interesses coletivos de certos grupos profissionais. Com isso, não realizam o objetivo final do controle de constitucionalidade que seria o de servir como uma via concentrada e rápida para a solução de questões constitucionais mais amplas, especialmente para a defesa dos direitos fundamentais [...]. Essas constatações conduzem a corroborar a hipótese de que, na atuação concentrada, o STF realiza basicamente um controle da própria estrutura do Estado voltada à preservação da competência da União e à limitação da autonomia dos estados de buscarem desenhos institucionais diversos daqueles que a Constituição da República atribui à esfera federal. Além disso, nas poucas decisões em que o STF anula normas com base na aplicação dos direitos fundamentais, existe uma preponderância de interesses corporativos [...]. Nessa medida, o processo de fortalecimento do controle concentrado de constitucionalidade, especificamente no que toca às ADIs, aparentemente não se mostra apto a gerar um debate mais amplo das questões constitucionais relevantes para a população em geral, especialmente na medida em que os atores que podem protagonizar as ADIs estão mais vinculados aos seus interesses corporativos e institucionais que à garantia do interesse comum. Assim, o discurso que deu margem à ampliação do rol de legitimados na Constituição de 1988, como uma forma de tornar socialmente mais aberto o controle concentrado, mostra-se na prática vazio, pois os novos legitimados atuam quase que apenas em nome de interesses de grupos específicos. O que assistimos desde a promulgação da atual Constituição foi uma ampliação do controle federativo e do controle corporativo, e não uma ampliação do controle voltado à defesa dos interesses coletivos [...]. A questão a ser enfrentada é a dos processos de seletividade a partir dos quais são definidos os interesses que serão tutelados por meio do controle concentrado. Atualmente, há uma forte

seletividade em termos de agentes legitimados (que fortalece o controle federativo e o corporativo), combinado com uma seletividade nas decisões judiciais (que privilegiam o controle formal e o material baseado em regras de estrutura administrativa, e não na eficácia dos direitos fundamentais). Assim, o problema fundamental não é de eficiência nem de celeridade, pois importa pouco saber quantos pedidos serão julgados e quando eles serão decididos, quando existe um comprometimento estrutural do sistema com redes de seletividade que contribuem para um esvaziamento das ADIs como forma de efetivação de direitos fundamentais e de garantia do interesse público.

Do exposto, vê-se que o entendimento jurisprudencial limitativo apresenta uma característica de seletividade que, na prática, compromete a legitimidade da jurisdição constitucional. Conforme o estudo empreendido, esse padrão seletivo acomete até mesmo as entidades patronais, na medida em que as corporações ligadas às carreiras estatais obtêm particular êxito nas suas demandas, enquanto as associações que representam outras profissões possuem índice nulo de procedência nas ADI que apresentaram:

Tiveram uma participação constante e exitosa nas ADIs as entidades patronais e aquelas que defendem os interesses de servidores públicos, especialmente daqueles ligados ao sistema de justiça e à segurança pública (como juízes, delegados, defensores, membros do MP, advogados e policiais). Associações ligadas a outras profissões tiveram baixo índice de participação e índice nulo de procedência, o que indica que as classes envolvidas mais diretamente ligadas à aplicação do direito souberam aproveitar-se de modo mais eficaz dos processos de judicialização da política e que o STF foi bastante sensível às suas postulações". (BENVINDO, COSTA, 2014, p.77).

Antes de prosseguir na presente argumentação, conquanto não seja propriamente o tema desta monografia, cabe tecer algumas considerações sobre a constatada predominância de matérias federativas - além dos debates atinentes a interesses econômicos e profissionais - nos litígios objetivos julgados pelo STF.

No ponto, a verificação que as Assembleias Legislativas são as "*grandes perdedoras*" do controle concentrado de constitucionalidade não surpreende. Isso porque, afora o extenso rol de atribuições legislativas conferidas privativamente à União pela CF/88, o que já apequena a atividade legiferante dos Estados-membros e dos Municípios, o Supremo Tribunal Federal tem respaldado uma cultura constitucional

centralizadora em relação ao pacto federativo brasileiro. (BENVINDO, COSTA, 2014, p.75).

Um exemplo desse preocupante quadro foi a concepção jurisprudencial do denominado “princípio da simetria”, que impõe aos Estados da Federação a replicação legislativa dos mesmos arranjos institucionais previstos na Constituição Federal para a União. Ocorre que o referido princípio é empregado, preponderantemente, em contextos nos quais inexitem determinações constitucionais expressas a determinar a adoção de um modelo simétrico. Isso ocasiona uma gradativa redução da autonomia dos Estados-membros e incentiva a multiplicação de ações constitucionais no STF concernentes a questões federativas.

Voltando a discorrer acerca do objeto central deste trabalho, importa perscrutar os motivos pelos quais a interpretação que privilegia as categorias econômicas ou profissionais prejudica a qualidade do controle concentrado de constitucionalidade.

Conforme discutido no primeiro capítulo, o modelo de democracia constitucional possui tensões intrínsecas ao seu funcionamento: de um lado, os Poderes compostos por membros eleitos, que atuam na condição de representantes do povo, têm a prerrogativa de elaborar normas vinculantes para toda a sociedade; do outro, essas leis só ostentam validade quando o seu texto se compatibiliza formal e materialmente com as regras insculpidas na Constituição Federal.

Caso o pressuposto acima não seja atendido, a legislação concebida pelo Parlamento e sancionada pelo Chefe do Poder Executivo pode ser anulada pelo Poder Judiciário, através de uma declaração de inconstitucionalidade. Daí decorre a possibilidade jurídica de uma Corte não eleita, integrada por uma diminuta elite de especialistas em Direito, invalidar normas editadas por instituições com representatividade popular.

Embora uma considerável parte dos países democráticos adotem - em maior ou menor grau - espécies de controle jurisdicional de constitucionalidade, já se reconheceu que esse mecanismo acarreta uma “dificuldade contramajoritária” e que apresenta um significativo déficit de legitimidade democrática. Esse déficit, entretanto, é tolerado pela expectativa de que as cortes constitucionais possam proteger os direitos fundamentais previstos na Carta Magna, evitando a opressão de maiorias ocasionalmente formadas no âmbito do Poder Legislativo contra minorias políticas e sociais.

Nessa acepção, o STF - no exercício do controle concentrado de constitucionalidade - representa o *locus* ideal para a garantia de direitos fundamentais

ameaçados, para a proteção de minorias e para a limitação do poder estatal. Por outro lado, embora os interesses econômicos, profissionais e federativos também detenham amparo constitucional, a hegemonia desses temas na Corte mina ainda mais a sua legitimidade democrática, uma vez que as funções precípua do controle jurisdicional de constitucionalidade estão sendo relegadas a segundo plano.

Por óbvio, reconhece-se que o Supremo Tribunal Federal proferiu, ao longo das últimas duas décadas, importantes decisões relativas à proteção de direitos fundamentais. Todavia, além de tais julgamentos representarem uma mínima fração do total de ações constitucionais apreciadas pela Corte, tais pleitos não foram levados ao Tribunal pelas próprias minorias que tiveram os seus direitos constitucionais violados. (GOMES, 2016).

Assim, os grupos ignorados no debate público realizado na esfera legislativa perdem o seu lugar de fala também no âmbito da jurisdição constitucional. Isso produz consequências negativas, mesmo nos casos em que o STF efetivamente tutela os direitos vindicados. Nas palavras de Juliana Cesario Alvim Gomes (2016):

Entretanto, até para as histórias de sucesso, o acesso limitado e seletivo à Corte produz efeitos negativos: perda de seu protagonismo, restrição de seus argumentos, sujeição de suas causas a composição e barganhas com seus “representantes” oficiais. Isso sem falar nas demandas que chegam à Corte sem qualquer respaldo de seus principais interessados ou que sequer alcançam a jurisdição constitucional.

Para confirmar as assertivas supracitadas, basta lembrar alguns dos principais casos julgados pela Suprema Corte em temas de direitos fundamentais. No ano de 2011, em decisão histórica, o STF autorizou a união estável homoafetiva no Brasil. Essa permissão foi veiculada na deliberação conjunta da ADI 4277 e da ADPF133 132134, ajuizadas, respectivamente, pelo Procurador-Geral da República e pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro.

Assim, conquanto a Associação Brasileira de Gays, Bissexuais, Lésbicas, Travestis e Transsexuais (ABGLT) estivesse materialmente engajada nos projetos desenvolvidos pelo Grupo de Trabalho que pretendia levar essa matéria ao STF, a jurisprudência restritiva do Tribunal não permitiria o ajuizamento da ação pela referida entidade. (SARMENTO, 2018).

133 STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 14/10/2011.

134 STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 14/10/2011.

Situação semelhante ocorreu no âmbito da ADPF 54135, na qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito das mulheres a interromper a gestação nos casos de feto anencefálico. Embora uma entidade de defesa das mulheres, o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, tenha propagado a causa, a ação constitucional teve que ser instaurada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CTNS). (GOMES, 2016).

É dizer: a limitação jurisprudencial do STF submete as entidades diretamente atingidas por violações jurídicas a um injusto processo de negociação para que os seus pleitos cheguem à Corte. Nesse processo, as referidas entidades perdem a sua autonomia e a possibilidade de expor suas próprias compreensões sobre a Constituição. Além disso, muitas vezes não há legitimados interessados a ingressar com as respectivas ações constitucionais e o quadro de ofensa a direitos permanece.

Por outro lado, não se ignora a existência de outros caminhos aptos a proporcionar a inserção das entidades sociais no controle concentrado de constitucionalidade, como a participação em audiências públicas e o ingresso na ação como *amicus curiae*. Porém, esses mecanismos de abertura popular da jurisdição constitucional abstrata, embora configurem-se instrumentos benéficos para o processo constitucional, revelam-se insuficientes para a promoção de um efetivo diálogo do STF com a sociedade e para o incremento da legitimidade democrática da Corte.

Destarte, ainda que as entidades sociais se envolvam com mecanismos de participação democrática, o impacto da sua contribuição diminui quando o acesso ao controle abstrato é restringido por filtros jurisprudenciais seletivos. Logo, como a maioria dos processos constitucionais relacionam-se a temas federativos, econômicos e profissionais - devido ao perfil predominante dos legitimados -, a atuação dessas entidades na condição de *amicus curiae* ou suas eventuais manifestações em audiências públicas não impactam significativamente a qualidade da jurisdição constitucional.

Por outro lado, a implementação prática desses dois instrumentos na jurisdição constitucional brasileira também desperta uma série de críticas, a começar pela inexistência de imposições normativas a determinarem o devido enfrentamento, nos respectivos acórdãos, dos argumentos apresentados nas referidas colaborações. Além disso, em ambos os mecanismos, concedeu-se um poder monocrático excessivo ao Ministro Relator, que é capaz de "impossibilitar, restringir e até mesmo enviesar o debate". (GODOY, 2017, p. 201).

135 STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 30/04/2013.

No que concerne ao *amicus curiae*, não há qualquer regulamentação para disciplinar a igualdade participativa entre entidades que representam teses contrapostas. Como os critérios para a admissão dessas figuras revestem-se de profunda subjetividade, na prática, o Relator pode inadmitir a manifestação de certas entidades apenas por antever uma divergência de posições sobre a questão examinada. Pior: uma eventual decisão monocrática nesse sentido não é mais passível de recurso, conforme recente alteração jurisprudencial da Suprema Corte¹³⁶.

Da mesma forma, a designação de audiências públicas é atribuição privativa do Ministro Relator, que também indicará as pessoas a serem ouvidas. Destaca-se, contudo, a pequena participação dos ministros nas audiências e o escasso engajamento discursivo entre a Corte e os especialistas convocados. Nesse sentido, ao invés de instrumento que promove um efetivo diálogo social e institucional, as audiências públicas têm servido mais como mero mecanismo informativo dos julgadores. (GODOY, 2017).

Portanto, apesar dos institutos citados constituírem avanços positivos para o constitucionalismo pátrio, o modo como eles foram estruturados no contexto brasileiro merece reparos, uma vez que os seus atuais arranjos despertam o risco observado por Godoy (2017, p.206):

Se essa participação popular passa a ser utilizada apenas como mais um passo para legitimar formalmente a decisão a ser exarada, perde-se o sentido da abertura dialógica do Supremo Tribunal Federal, esvaziam-se as inovações normativas e transforma-se um desejável diálogo em mera retórica formal de oitiva e participação.

Sob outra perspectiva, ainda que as deficiências apontadas sejam devidamente corrigidas, a abertura da jurisdição constitucional a novos atores, apenas na fase da colheita de informações, não se afigura suficiente para corrigir as distorções sistêmicas que maculam o controle concentrado de constitucionalidade no STF. Logo, a mudança mais importante e transformadora, no que concerne à legitimidade democrática da jurisdição constitucional, trata-se da eliminação das barreiras de acesso impostas às entidades de classe que não representam interesses econômicos ou profissionais. Conforme preceitua Peter Häberle (1997, p. 13):

No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um

¹³⁶ STF, AgR no RE 602584, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 25.10.2018.

elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. [...] quem vive a norma acaba por interpretá-la.

Em autênticas democracias, o processo de interpretação constitucional não constitui uma prerrogativa exclusiva dos Tribunais. Nessa medida, o Legislativo e o Executivo também interpretam a Constituição quando realizam o controle político de constitucionalidade e, respectivamente, editam e sancionam leis. O Ministério Público idem, ao *“zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública”* (art. 129, II, CF/88) aos direitos nela assegurados.

Mas o referido processo tampouco se restringe aos órgãos estatais. A Constituição de 1988 concebeu uma série de incentivos para que a sociedade civil possa participar ativamente dos mecanismos de regulação da vida social. No âmbito legiferante, instituiu-se a iniciativa popular, o plebiscito e o referendo. E, no seio da jurisdição constitucional, promoveu-se a abertura democrática do rol de legitimados ativos a provocar o controle concentrado.

A construção coletiva de uma *“sociedade aberta de intérpretes”* e de uma jurisdição constitucional dialógica exigem que o povo - destinatário final dos direitos resguardados na Constituição - possa acionar o STF contra possíveis violações estatais. Não sendo uma escolha viável o peticionamento individual, a Carta Magna possibilitou que entidades com elevada expressão social, representantes dos mais diversos interesses protegidos pelo ordenamento jurídico, instaurem o controle abstrato de constitucionalidade. Nessa esteira, descabe ao Supremo Tribunal Federal - guardião da Constituição - restringir o conteúdo da norma constitucional ampliativa e, conseqüentemente, denegar à sociedade brasileira a autonomia necessária para protagonizar o seu próprio destino.

3. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA EXCLUDENTE FORMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3.1 Decisões monocráticas proferidas por Ministros do STF e a busca por um posicionamento institucional

A despeito de todas as críticas aqui manifestadas, convém reconhecer os recentes avanços empreendidos pelo Supremo Tribunal Federal no tratamento da legitimidade ativa das entidades de classe de âmbito nacional. No âmbito da ADI 5291 e da ADPF 527, os Ministros Marco Aurélio Mello e Luís Roberto Barroso, respectivamente, proferiram decisões monocráticas superando a jurisprudência restritiva da Corte em relação às categorias econômicas e profissionais.

Na ADI 5291, admitiu-se a legitimidade do Instituto Nacional de Defesa do Consumidor - IDECON para a apresentação da referida ação. No referido caso, o pedido de inconstitucionalidade referiu-se a normas relativas aos procedimentos da ação de busca e apreensão de veículos automotores com alienação fiduciária. No que importa à presentediscussão, eis o teor do pronunciamento judicial em destaque:

Estou convencido, a mais não poder ser a hora de o Tribunal evoluir na interpretação do artigo 103, inciso IX, da Carta da República, vindo a concretizar o propósito nuclear do constituinte originário – a ampla participação social, no âmbito do Supremo, voltada à defesa e à realização dos direitos fundamentais. A jurisprudência, até aqui muito restritiva, limitou o acesso da sociedade à jurisdição constitucional e à dinâmica de proteção dos direitos fundamentais da nova ordem constitucional. Em vez da participação democrática e inclusiva de diferentes grupos sociais e setores da sociedade civil, as decisões do Supremo produziram acesso seletivo. As portas estão sempre abertas aos debates sobre interesses federativos, estatais, corporativos e econômicos, mas fechadas às entidades que representam segmentos sociais historicamente empenhados na defesa das liberdades públicas e da cidadania [...]. Acreditando que restringir o conceito de entidade de classe implica, ao reduzir a potencialidade de interação entre o Supremo e a sociedade civil, amesquinhar o caráter democrático da jurisdição constitucional, em desfavor da própria Carta de 1988, reconheço a legitimidade ativa do Instituto Nacional de Defesa do Consumidor – IDECON.

Por sua vez, nos autos da ADPF 527, o Ministro Luís Roberto Barroso também prolatou uma decisão histórica, na qual reconheceu que a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transsexuais (ALGBT) constitui entidade de classe de âmbito nacional e, portanto, possui legitimidade ativa para provocar o controle abstrato.

No caso específico, a ALGBT impugnou a Resolução Conjunta da Presidência da República e do Conselho de Combate à Discriminação, que estatuiu parâmetros de acolhimento do público LGBT submetido à privação de liberdade nos estabelecimentos prisionais brasileiros. Um dos principais argumentos utilizados pelo Ministro para superar a jurisprudência restritiva foi a teoria do impacto desproporcional, uma vez que o referido entendimento implicaria em uma maior oneração das entidades que defendem direitos fundamentais de grupos vulneráveis e minoritários. Sendo assim, por produzir um impacto desproporcional sob tais grupos, o entendimento restritivo não se

compatibilizaria com a ideia de igualdade, de modo que também as entidades representativas de minorias e grupos vulneráveis estariam abarcadas no conceito de “entidades de classe de âmbito nacional”.

O conteúdo das duas decisões citadas revela-se de extrema importância para a abertura popular da jurisdição constitucional no Brasil e para o aumento da sua legitimidade democrática.

Entretanto, além das sinalizações individuais, impende que o Supremo Tribunal Federal - por meio de uma manifestação institucional - supere expressamente a sua jurisprudência excludente e estabeleça novos parâmetros para a conceituação das entidades de classe de âmbito nacional. Esses critérios devem possibilitar uma abrangência ampla e alcançar todas as entidades que representam interesses acolhidos pela ordem constitucional.

Por isso, defende-se que a extensão do referido conceito apenas às entidades representativas de grupos minoritários - na esteira do entendimento adotado na ADPF 527 - revela-se insuficiente, na medida em que outros setores provenientes da sociedade civil organizada também merecem a devida legitimação. A amplitude dessa nova interpretação aqui sugerida será melhor abordada nas considerações finais desta pesquisa.

3.2 O julgamento do Agravo Regimental na ADPF 262 e o indicativo de mudança

Embora o plenário da Suprema Corte ainda não tenha categoricamente procedido ao *overruling* do precedente citado no tópico 2.2 deste trabalho, que delimita o conceito de “entidade de classe de âmbito nacional” às organizações que representam interesses de categorias econômicas ou profissionais, a discussão travada no julgamento do Agravo Regimental na ADPF 262 indica que essa guinada jurisprudencial está próxima, por se tratar de medida acolhida por vários Ministros do STF.

Por outro lado, na ADPF em evidência, o colegiado superou a necessidade de que as entidades legitimadas representem uma categoria homogênea. Dessa forma, no julgamento do Agravo, realizado no dia 17/10/2018, conferiu-se permissão para a propositura da predita ação constitucional a uma entidade que engloba categorias econômicas distintas.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 262 foi proposta pela Confederação das Associações Comerciais do Brasil (CACB) contra atos do Poder Público que disciplinaram a penhora de dinheiro por meio eletrônico. Por meio de decisão monocrática publicada em 01/02/2013, o então Relator do feito - Ministro

Ricardo Lewandowski - negou seguimento à ação, sob o fundamento de que a referida entidade é "*constituída, genericamente, por filiados heterogêneos, que desenvolvem diferentes atividades econômicas, circunstância que impede sua caracterização como representante de uma classe bem definida e distinta de todas as demais*".

Posteriormente, o Agravo Regimental interposto pela entidade foi provido, por unanimidade, tendo o Colegiado reformado o provimento jurisdicional anterior. O acórdão¹³⁷ acabou por reconhecer a legitimidade *ad causam* da CACB para ajuizar a mencionada ação.

Algumas características peculiares da CACB - como a sua expressividade histórica e a sua imensa representatividade - foram objeto de destaque em diversas passagens. Apesar disso, por um imperativo isonômico e também em decorrência da própria argumentação dos Ministros, depreende-se que o colegiado efetivamente superou a imposição geral de que as entidades de classe legitimadas sejam apenas as representativas de uma categoria homogênea.

Logo, a partir de então, abriu-se a jurisdição constitucional a novos atores, o que pode ser compreendido como um avanço. Essa abertura, todavia, deve ser celebrada apenas se entendida como o primeiro passo na evolução jurisprudencial do Supremo em termos de legitimação, uma vez que o acesso ao controle abstrato permanece restrito às entidades de classe que representam categorias profissionais ou econômicas. De todo modo, convém analisar as manifestações empreendidas pelos Ministros do STF no julgamento do Agravo Regimental na ADPF 262, a fim de se perquirir a real inclinação da Corte quanto à ampliação da legitimidade às entidades representativas de outros segmentos da sociedade civil.

De início, aponta-se que os Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski estavam ausentes na referida sessão. Portanto, apenas 8 (oito) Ministros expressaram suas convicções sobre o tema. Dos julgadores presentes, 5 (cinco) deles,

137 EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. CONFEDERAÇÃO DAS ASSOCIAÇÕES COMERCIAIS E EMPRESARIAIS DO BRASIL - CACB. ENTIDADE DE ÂMBITO NACIONAL. CARACTERIZAÇÃO. ATUAÇÃO TRANSREGIONAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. 1. O acesso à jurisdição constitucional não deve ser visto de maneira a levar a efeito uma compreensão que, na interpretação constitucional, prestigie o sentido que dificulte ou impossibilite o exercício dessa importante atribuição constitucional. 2. As Confederações Nacionais são entidades de alcance nacional e atuação transregional dotadas de expresso mandato para representação de interesses de setores econômicos, comportando diversas classes. 3. A Confederação das Associações Comerciais do Brasil - CACB pode ser considerada, pela sua história e representatividade, entidade de âmbito nacional, para os efeitos do inciso IX do art. 103 da Constituição da República. 4. Agravo regimental provido, para dar seguimento à arguição de descumprimento de preceito fundamental, reconhecida a Confederação das Associações Comerciais do Brasil - CACB como legitimada ativa para a presente ação.

além de admitirem a legitimidade *ad causam* da CACB e refutarem o requisito da homogeneidade, também demonstraram o seu apreço por uma maior democratização do acesso à jurisdição constitucional. Senão vejamos.

No seu voto, o Ministro Luiz Fux sustentou que, nos moldes da doutrina estrangeira, “o que se preconiza é que se deve conferir legitimidade a toda entidade que veicule uma pretensão séria e que tenha reflexos sobre a ordem econômica e social”. Já a Ministra Cármen Lúcia apontou que, com a apresentação desse tema, finalmente deu-se “mais um passo no sentido de uma ampliação que propicia maiores condições de verificação de todos os temas de interesse do Brasil, da sociedade”. Por sua vez, a Ministra Rosa Weber afirmou que “está na hora sim de alargarmos a compreensão que, talvez por questão de política judiciária, tenha levado esta Corte a uma visão mais restritiva”.

Da mesma forma, o Ministro Marco Aurélio observou que “passados 30 anos, sinaldos ares democráticos da Carta de 1988”. E concluiu: “vejo frutificar abertura maior, que sempre preconizei. Tem-se o acesso ao Judiciário, garantido pela Constituição Federal”. Por fim, as declarações do Ministro Roberto Barroso também foram ao encontro dessa abertura: “havendo representatividade adequada na entidade que propõe a ação, justifica-se o alargamento. Porém, o que é inequívoco é que temos flexibilizado este quesito de legitimação ativa, até mesmo porque as restrições que a jurisprudência criou não estão previstas na Constituição, foram criações jurisprudenciais, desde a pertinência temática até a exigência de que fosse representativo de uma classe econômica, até a exigência de que houvesse homogeneidade de todos os integrantes da sociedade”.

Por outro lado, os Ministros Edson Fachin, Dias Toffoli e Alexandre de Moraes concentraram suas reflexões no caso concreto, sem adiantar as suas posições sobre um eventual elastecimento do conceito de “entidade de classe de âmbito nacional” às demais organizações da sociedade civil. Mas é certo que as referidas autoridades tampouco demonstraram nos seus votos algum tipo de oposição a essa abertura.

Por todo o exposto, espera-se que o Supremo Tribunal Federal, por meio de uma posição colegiada, supere definitivamente a sua jurisprudência excludente em relação a direito de propositura das entidades não relacionadas às atividades econômicas ou profissionais. Como já demonstrado, a ampla legitimação mostra-se adequada sob os âmbitos normativo e descritivo, e evita que a averiguação da legitimidade ativa *ad causam* para o controle concentrado responda a casuísmos interpretativos - ao invés de um necessário senso de justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse trabalho abordou a legitimidade das entidades de classe de âmbito nacional no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Criticou-se, sob os mais diversos pontos de vista, a restrição interpretativa do STF que exige a representação de interesses econômicos ou profissionais para que as entidades mencionadas possam ingressar com ações constitucionais. Apontou-se, também, os prejuízos decorrentes dessa interpretação para a qualidade da jurisdição constitucional no Brasil.

Sob outra vertente, a teoria dos diálogos institucionais e a teoria dos diálogos sociais foram sugeridas como meios de se conciliar uma eficaz proteção de direitos com uma construção coletiva do melhor sentido das normas constitucionais, na qual a ampla possibilidade de acesso ao controle concentrado se inclui.

Demonstrou-se ainda que recentes decisões judiciais apontam para uma iminente guinada jurisprudencial do Supremo com a consequente revisão da sua jurisprudência restritiva sobre a legitimidade das entidades de classe de âmbito nacional. Contudo, se já há um mínimo de consenso no STF quanto à necessidade de superação da referida jurisprudência, ainda não se sabe qual será a amplitude interpretativa deste novo entendimento da Corte.

Por fim, essa pesquisa defendeu a imprescindibilidade de que a sociedade civil seja compreendida como verdadeira agente no processo interpretativo da Constituição - e não como mera espectadora -, de modo que se propõe a seguinte tese interpretativa ao Supremo Tribunal Federal: as entidades de classe de âmbito nacional autorizadas a promover o controle concentrado de constitucionalidade são todas aquelas que, cumprindo os requisitos da pertinência temática e da abrangência nacional, representam quaisquer interesses protegidos pela ordem constitucional.

Dentro do conceito retromencionado incluem-se, portanto, as entidades representativas de minorias, as entidades de representação dos estudantes, as entidades que defendem direitos fundamentais e todas as demais entidades provenientes da sociedade civil organizada, desde que seus objetivos sejam lícitos e amparados pela Constituição Federal de 1988. Conforme já propunha um antigo filósofo, a solução para os males da democracia é e sempre será a incansável busca por mais democracia. É preciso dar voz à sociedade civil também na jurisdição constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARGUELHES, Diego Werneck. et al. **I Relatório Supremo em Números: O Múltiplo Supremo**. 2011. Disponível em:
<<http://www.fgv.br/supremoemnumeros/publicacoes.html>>. Acesso em 7 mar. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BENVINDO, Juliano Zaiden; COSTA, Alexandre Araújo. **A Quem Interessa o Controle Concentrado De Constitucionalidade?** O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais. Universidade de Brasília (working paper), p. 1-84. 2014. Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos 1/1992 a 99/2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 nov. 2018.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei nº 5.442, de 1 de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 2 fev. 2019.

_____. **Lei 9.096, de 19 de setembro de 1995**. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9096.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

_____. **Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 20 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental Em Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental. Ilegitimidade Ativa Ad Causam. Confederação Das Associações Comerciais E Empresariais Do Brasil - Cacb. Entidade De Âmbito Nacional. Caracterização. Atuação Transregional. Precedentes. Agravo Regimental Provido. **Agravo Regimental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 262 Distrito Federal**. DJ 17/10/2018. Min. Rel. Edson Fachin. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339662302&ext=.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 3. ed. - São Paulo: Atlas, 2014.

GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. **Why Do Countries Adopt Constitutional Review?** 30 Journal of Law, Economics and Organization 587. University of Virginia School of Law. Public Law and Legal Theory Research Paper Series 2013-29. 2014.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais.** Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. **Por um Constitucionalismo Difuso: Cidadãos, Movimentos Sociais e o significado da Constituição.** Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. **Um Supremo Socialmente Seletivo?** É preciso viabilizar acesso de movimentos sociais ao STF. Publicado em: 1 fev. 2016. Atualizado em: 15 fev. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/supra/um-supremo-socialmente-seletivo-01022016>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

HÄBERLE, Peter. **Hermeneútica constitucional** - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 1997.

JOÃO, Ana Manuela Silva. **Os sistemas de weak-form judicial review e o controle de constitucionalidade brasileiro: propostas para a modificação do balanço institucional entre o poder judiciário e o poder legislativo no Brasil.** 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Coimbra. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10316/38793>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** Universidade de São Paulo, 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional.** 12.ed.rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

PASQUINO, Pasquale. **A Political Theory of Constitutional Democracy.** On Legitimacy of Constitutional Courts in Stable Liberal Democracies. Straus Institute Working Paper 04/13. ISSN 2160-827X.

SARMENTO, Daniel. Dar voz a quem não tem voz: por uma nova leitura do art. 103, IX, da Constituição. In: **Direitos, Democracia e República: escritos de direito constitucional**, 2018, p. 79-90.

SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. In: **Direitos, Democracia e República**: escritos de direito constitucional, 2018, p. 23-47.

VALE, André Rufino do. **O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília. IDP, Ano 2, 2008/2009. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/205/173>> . Acesso em: 12 abr. 2019.

VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais**. Universidade de Brasília, Universidad de Alicante. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/18043>> . Acesso em: 12 abr. 2019.

A DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL SOBRE A APLICAÇÃO DA MAJORANTE DO REPOUSO NOTURNO AO FURTO QUALIFICADO

YONE CRISTINA VASCONCELOS DE ANDRADE SILVEIRA¹³⁸:

Graduada no Curso de Direito da Universidade Federal de Sergipe e Pós-graduada no Curso de Especialização em Direito e Processo Civil pela Faculdade Guanambi.

RESUMO: Este artigo aborda os posicionamentos antagônicos que prevalecem atualmente nos precedentes dos Tribunais Superiores acerca da aplicação da causa de aumento do repouso noturno ao furto qualificado. O que antes era uníssono na jurisprudência pátria ganhou novos contornos após uma girada no posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Divergência jurisprudencial. Furto qualificado. Repouso noturno.

1 INTRODUÇÃO

Ao crime de furto, previsto no artigo 155 do Código Penal, foi elencada a causa de aumento de pena de um terço, quando cometido no período de repouso noturno (§1º). Embora tenha sido redigida abaixo do tipo simples, previsto no *caput*, muito se discute sobre a possibilidade de sua incidência também na modalidade qualificada do furto (§4º).

Sobre o viés doutrinário, grandes doutrinadores pátrios, a exemplo de Rogério Greco e Nelson Hungria, defendem a impossibilidade de se admitir o uso da majorante ao furto qualificado, em razão da posição topográfica adotada pelo legislador, sendo essa a posição prevalecente na doutrina. Por outro lado, rebate estudiosos, como Guilherme de Souza Nucci, ao argumentar que apenas a localização da norma no diploma não é capaz de afastar a aplicação do aumento, quando houve o enquadramento da conduta na situação de maior reprovabilidade.

Já a jurisprudência possuía histórico aliado à primeira corrente retromencionada, tendo o Superior Tribunal de Justiça (STJ) caminhado ao longo de mais de uma década nesse sentido (2000-2013). Contudo, a partir de 2014, alterou-se esse entendimento, para seguir a linha aceita no Supremo Tribunal Federal, que admite a aplicação da causa de aumento de pena do artigo 155, §1º, do Código Penal tanto ao furto simples como ao qualificado.

Entretanto, nova virada aconteceu no segundo semestre de 2022, quando no julgamento de recursos especiais repetitivos (Tema 1.087), a Terceira Seção do STJ voltou

138 Contato: yonecristina@hotmail.com

ao seu posicionamento originário, excluindo a possibilidade de aplicação da majorante do repouso noturno à forma qualificada, criando, então, divergência jurisprudencial sobre o tema.

Ambos os posicionamentos possuem fundamentação sólida na sua proteção, como se verá na explanação do presente trabalho.

2 A PREVISÃO LEGAL DO CRIME DE FURTO E SEUS DESDOBRAMENTOS

O crime de furto tem previsão no Capítulo I, Título II, do Código Penal, sendo a primeira espécie, do gênero “Dos Crimes Contra o Patrimônio”, tipificada pelo legislador.

O artigo 155 deste diploma legal, por sua vez, traz a descrição do fato típico do furto e é dividido em *caput* e mais oito parágrafos, contemplando a forma simples do crime, majorantes, qualificadoras e privilégio, como se vê abaixo:

“DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

CAPÍTULO I

DO FURTO

Furto

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

§ 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

Furto qualificado

§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III - com emprego de chave falsa;

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas

§ 4º-A A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa, se houver emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum.

§ 4º-B. A pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se o furto mediante fraude é cometido por meio de dispositivo eletrônico ou informático, conectado ou não à rede de computadores, com ou sem a violação de mecanismo de segurança ou a utilização de programa malicioso, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo.

§ 4º-C. A pena prevista no § 4º-B deste artigo, considerada a relevância do resultado gravoso:

I – aumenta-se de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado mediante a utilização de servidor mantido fora do território nacional;

II – aumenta-se de 1/3 (um terço) ao dobro, se o crime é praticado contra idoso ou vulnerável.

§ 5º - A pena é de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior

§ 6º - A pena é de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos se a subtração for de semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes no local da subtração.

§ 7º A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa, se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego”.

Pela ordem descrita no artigo, verifica-se que o legislador posicionou a causa de aumento de pena relacionada a prática do crime durante o período de repouso noturno

logo abaixo do *caput* que traz o tipo penal simples. Apenas após dois parágrafos, é que se passou a expor os tipos qualificados.

A dúvida que surgiu, a partir disso, é se a opção feita pelo legislador na localização da referida majorante foi intencional, para fazer repercuti-la apenas na modalidade básica do furto, ou se o posicionamento não prejudica a sua incidência nas demais modalidades de furto previstas posteriormente.

3 FUNDAMENTOS PARA A APLICAÇÃO DA MAJORANTE DO REPOUSO NOTURNO AO FURTO QUALIFICADO

O Supremo Tribunal Federal tem posicionamento tranquilo sobre a possibilidade de conjugar a majorante do repouso noturno com os crimes de furtos qualificados. A Corte Suprema entende que por serem qualificadoras de cunho objetivo concorrendo com uma majorante também objetiva, não há contradição lógica que possa obstar a convivência harmônica entre elas quando perfeitamente compatíveis com a situação fática. Ressalta, também, a inexistência de vedação legal a impedir a aplicação.

Outrossim, o STF considera que a posição topográfica dos dispositivos, por si só, não é critério suficiente para concluir pela incompatibilidade. Entende que essa mesma análise já foi antes realizada sobre a localização da privilegiadora do § 2º do artigo 155 do CP, que vem antes das qualificadoras, para aplicá-la em concomitância ao furto qualificado (Súmula 511 do STJ¹³⁹), e da privilegiadora, disposta no § 1º do artigo 121 do Código Penal, que foi considerada aplicável ao homicídio qualificado (§2º).

Ou seja, a Corte Cidadã ressalta que, caso a ordem de dispositivos fosse realmente critério delimitador, não se poderia conceder os benefícios acima entabulados, pois a *ratio decidendi* é a mesma.

Curvando-se a esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça modificou a orientação que vinha sendo adotada, até 2014, e passou a seguir a linha que admite a referida majoração do tipo qualificado, posição que perdurou até 2022, como se explanará no tópico seguinte.

Também na doutrina, há defensores da tese de que a hermenêutica jurídica a ser aplicada ao tipo deve chegar à conclusão de que é possível aplicar a causa de aumento do §1º aos tipos do §4º. Nesse sentido, narra Guilherme de Souza Nucci, ao considerar que

139 Súmula 511/STJ: "É possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do CP nos casos de crime de furto qualificado, se estiverem presentes a primariedade do agente, o pequeno valor da coisa e a qualificadora for de ordem objetiva"

“a estrutura do tipo penal incriminador constitui-se da figura básica, comumente prevista no caput, sem a qual o crime inexistente, além de comportar variadas circunstâncias, particulares maneiras de se realizar a infração penal. Essas circunstâncias são formadas de elementos basilares e universais, tais como motivação do agente, comportamento da vítima, consequências da infração, meio de execução, atributos pessoais do autor (personalidade, conduta social, antecedentes), dentre outros.

Há uma gradação para valorar essas circunstâncias, iniciando-se pela política criminal adotada pelo legislador na construção do tipo incriminador. As mais relevantes, para determinado delito, são eleitas como qualificadoras ou privilégios, capazes de alterar a faixa de fixação da pena; as que vêm na sequência são as causas de aumento e de diminuição da pena, utilizadas para impor aumentos ou diminuições fracionados, por vezes fixos, noutras variados; em terceiro plano, restam as causas gerais, denominadas agravantes e atenuantes, previstas na Parte Geral, sem um montante predeterminado; finalmente, em caráter residual, estampam-se no art. 59 do Código Penal as denominadas circunstâncias judiciais.

Todas as circunstâncias podem ter diferenciado grau de valoração pela lei penal, mas, na essência, são exatamente as mesmas, ou seja, o motivo fútil (e sua conceituação) não se altera porque é agravante ou qualificadora. No caso de homicídio, atuar por motivação fútil configura qualificadora; porém, fosse um roubo, representaria uma agravante. O ingresso no local pretendido para um furto, valendo-se de arrombamento, simboliza uma qualificadora; fosse uma apropriação indébita, poderia significar uma circunstância judicial.

[...]

analisando a composição dos tipos penais, a única estrutura permanente e intangível diz respeito ao caput, representativo da figura básica do delito. No mais, deve-se interpretar cada um dos parágrafos constantes do tipo, de acordo com sua natureza jurídica, jamais pela singela posição

ocupada. Se primeiro, terceiro ou oitavo, pouco importa, pois o legislador não segue uma regra, bastando conferir os tipos existentes para constatar que qualificadoras ou privilégios podem ocupar o parágrafo primeiro, como podem estar no último parágrafo do artigo.

O mesmo se diga das causas de aumento e diminuição. Somente as agravantes e atenuantes estão sempre na Parte Geral (arts. 61 a 65, CP), bem como as circunstâncias judiciais, no art. 59 do Código Penal.

[...]

não há motivo algum para se desprezar uma causa de aumento ou diminuição, quando perfeitamente compatível com a situação fática descrita por uma ou mais qualificadoras, pela simples razão topográfica. O mesmo não se deve fazer com relação às causas de diminuição, no tocante às qualificadoras” (Tratado Doutrinário e Jurisprudencial. Direito Penal: parte especial e legislação penal especial. São Paulo: RT, 2018, p. 283-285).

Sintetizando, portanto, os fundamentos dos defensores dessa tese, tanto da doutrina como da jurisprudência, têm-se os seguintes pontos:

a) a circunstância de a causa de aumento de pena referente ao cometimento do furto durante o repouso noturno encontrar-se topologicamente acima das disposições relativas ao furto qualificado não impede sua incidência;

b) a lesividade advinda do cometimento do furto qualificado durante o repouso noturno é maior que a do furto simples ocorrente no mesmo período;

c) a circunstância em que se dá a causa de aumento de pena pelo cometimento de furto

durante o repouso noturno guarda compatibilidade com o tipo penal furto, simples ou qualificado, não se constatando, nesse proceder, assimetria – seja de ordem objetiva seja de ordem subjetiva – quando da conjugação desses dispositivos na aplicação da pena.

Assim, percebe-se que a adoção desse posicionamento está pautada em argumentos sólidos, razão pela qual a tendência atual da Suprema Corte é de manter a orientação em apreço.

4 FUNDAMENTOS PELA INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE AUMENTO DO REPOUSO NOTURNO AO FURTO QUALIFICADO

Sob o enfoque doutrinário, prevalece o posicionamento de que a causa de aumento da pena do repouso noturno apenas se aplica ao furto simples. Assinam essa tese, grandes nomes como Fernando Capez, Damásio de Jesus, Cezar Roberto Bitencourt e Luiz Regis

Prado. Nas palavras, também, de Rogério Grecco, a causa de aumento de pena do repouso noturno:

“somente se aplica ao furto simples, não sendo permitida causa de aumento de pena nas hipóteses de furto qualificado. Isso porque, de acordo com a situação topográfica do parágrafo sub examen, fosse intenção de aplicá-la também às modalidades qualificadas, o aumento relativo ao repouso noturno deveria vir consignado posteriormente ao § 4º do art. 155 do Código Penal” (Curso de Direito Penal: parte especial. 14. ed., Niteroi/RJ: Impetus, 2020; v. II, p. 523).

Aliado a essa corrente, o Superior Tribunal de Justiça por muitos anos sustentou que a causa especial de aumento do § 1º do art. 155 do CP somente incidia sobre o furto simples, sendo, pois, descabida sua aplicação na hipótese de delito qualificado (art. 155, § 4º, do CP). Para tanto, considerava a posição sistemática dos dispositivos na construção do tipo penal e o fato de as circunstâncias que envolvem o furto previsto no § 4º já serem graves o suficiente para determinar justa punição ao autor da infração penal.

Após alguns anos curvado ao posicionamento do STF, a Corte Superior resolveu revisitar o tema, ao expor que a orientação que estava sendo adotada de aplicabilidade da majorante ao furto qualificado não era compatível com a melhor interpretação da norma, nem com o contexto social dela decorrente.

Considerou, então, a necessidade de nova construção de jurisprudência e o ideal momento de realização que se abria, que era através da via dos recursos especiais repetitivos, possibilitando a criação de um posicionamento judicial vinculatório com longevidade.

Foi, então, no julgamento do Tema 1.087, que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), fixou a seguinte tese:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. DIREITO PENAL. FURTO. PRECEDENTE JUDICIAL VINCULATÓRIO. REEXAME DE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. NECESSIDADE. HERMENÊUTICA JURÍDICA. NÃO INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO REPOUSO NOTURNO NO FURTO QUALIFICADO. AUMENTO DE PENA EM RAZÃO DE FURTO COMETIDO DURANTE O REPOUSO NOTURNO. DESPROPORCIONALIDADE.

1. Na formulação de precedente judicial, sobretudo diante de sua carga vinculatória, as orientações jurisprudenciais, ainda que

reiteradas, devem ser reexaminadas para que se mantenham ou se adéquem à possibilidade de evolução de entendimento.

2. A interpretação sistemática pelo viés topográfico revela que a causa de aumento de pena relativa ao cometimento do crime de furto durante o repouso noturno, prevista no art. 155, § 1º, do CP, não incide nas hipóteses de furto qualificado, previstas no art. 155, § 4º, do CP.

3. A pena decorrente da incidência da causa de aumento relativa ao furto noturno nas hipóteses de furto qualificado resulta em quantitativo que não guarda correlação com a gravidade do crime cometido e, por conseguinte, com o princípio da proporcionalidade.

4. Tese jurídica: A causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal (prática do crime de furto no período noturno) não incide no crime de furto na sua forma qualificada (§ 4º).

5. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp n. 1.888.756/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 25/5/2022, DJe de 27/6/2022.)

Ao se debruçar sobre os fundamentos já antes utilizados e que envolvem os métodos hermenêuticos sistemático-topográfico e teleológico, a Terceira Seção do STJ concluiu pela volta do posicionamento da inaplicabilidade do aumento pelo período noturno aos furtos qualificados.

Sobre o método sistemático-topográfico, o qual define a extensão interpretativa de um dispositivo legal considerando sua localização no conjunto normativo, entendeu que a técnica legislativa escolhida não pode ser desconsiderada pelo intérprete. Para que fosse considerada aplicável a majorante no furto qualificado, deveria o legislador colocar o § 1º após a pena atribuída, o que não ocorreu. Se a qualificação do delito é apresentada em parágrafo posterior ao que trata da majorante, é porque o legislador optou por afastar a incidência desta em relação aos crimes qualificados previstos no seguinte § 4º.

Quanto ao método hermenêutico teleológico, o qual analisa o objetivo da norma e fins sociais a que se propõe, o precedente estabeleceu que é necessária a observância dos princípios da proporcionalidade e da taxatividade. Pela proporcionalidade, buscar-se-ia tanto evitar o excesso de punição como a proteção insuficiente aos bens jurídicos; enquanto pela taxatividade, a exigência é de que a norma positivada seja clara e precisa, a

fim de fugir de discricionariedades, ao passo em que se facilita a compreensão dos destinatários.

Aplicando esses conceitos ao caso da majorante do furto noturno para as hipóteses do furto qualificado, tem-se como resultado um quantitativo excessivo, que ofende o princípio da proporcionalidade, pois se teria uma pena de 10 anos e 8 meses, patamar que inclusive é superior ao delito de roubo, crime de maior reprovabilidade, por afetar não só bens patrimoniais, mas também a integridade corporal.

Ainda sob o enfoque da proporcionalidade, o precedente do STJ trouxe a análise do viés da política criminal, por entender que a severidade da pena que seria imposta não contribuiria para a concretização do escopo preventivo, repressivo e reabilitatório do Direito Penal, pois busca resolver as questões sociais mediante a exagerada edição da legislação penal e processual penal mais severa, sem considerar, de outra banda, as limitações do aparato estatal, relacionadas aos estabelecimentos prisionais e a sobrecarga dos tribunais, por exemplo.

Por outro lado, a ressaltou-se que não se ignora o fato de que a lesividade advinda do cometimento do furto qualificado durante o repouso noturno é maior que a do furto simples ocorrente no mesmo período e excluir a incidência da majorante também ofenderia o princípio da proporcionalidade. A solução encontrada para tanto foi a de considerar essa prática do furto durante o período de repouso noturno como circunstância judicial negativa na primeira fase da dosimetria da pena (art. 59 do CP).

Com relação à análise da taxatividade na aplicação da causa de aumento da pena do art. 155, § 1º, do CP, a decisão expôs que não há precisão e clareza desejáveis, pois, a norma não trouxe elementos que lhe confirmem extensão para que incida nas hipóteses do furto qualificado. Considerou que a extensão para tanto resultaria em um agravamento da situação do réu, o que destoaria das garantias do Direito Penal.

Por fim, sobre o fundamento utilizado pela corrente que admite a aplicação da causa que argumenta pela equiparação das razões de decidir usadas na jurisprudência do furto privilegiado -qualificado e do homicídio privilegiado-qualificado, para o atual posicionamento da Terceira Seção do STJ, não merece prevalecer. Isso porque se trata de hipóteses fático-jurídicas diversas, sendo a primeira de uma causa de aumento, uma norma penal incriminadora; e as outras, referem-se a normas penais não incriminadoras.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema apresentado nesse artigo é objeto de grandes discussões ao longo dos anos, tanto na doutrina como na jurisprudência, sendo que nesta última foi novamente palco

para divergência, após ter se mantido por um tempo em tratamento uníssono nos Tribunais Superiores.

Com a tese firmada no Tema 1.087, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça reavivou os fundamentos nos quais se sustentam tanto a defesa da aplicação da causa de aumento de pena do § 1º do art. 155 do CP (furto praticado em período de repouso noturno) aos tipos qualificados (art. 155, § 4º, do CP), como a argumentação pela inaplicabilidade da majorante a essas espécies, posicionando-se no sentido da segunda linha.

Por outro lado, as últimas manifestações do Supremo Tribunal Federal, que foram anteriores ao mencionado precedente modificador, permanecem seguindo a tese da aplicabilidade, o que deve se manter.

Todavia, com relação à prática forense, ressalva-se que o cenário provável é pela prevalência do entendimento atual da Terceira Seção do STJ, pois como a sua orientação foi favorável ao réu, o Ministério Público não conseguirá levar a discussão para o STF, já que não cabe recurso extraordinário, por inexistir ofensa direta à Constituição Federal.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

GRECO, Rogério. Código Penal comentado. 14. ed. Niterói: Impetus, 2020, p. 523-524.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. VII, p. 27.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. A causa de aumento de pena do § 1º do art. 155 do CP, além de se aplicar para os casos de furto simples (caput), pode também incidir nas hipóteses de furto qualificado (§ 4º). Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/afb0b97df87090596ae7c503f60bb23f>>. Acesso em: 13/12/2022

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm#art155%C2%A71

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.888.756/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 25/5/2022, DJe de 27/6/2022. Disponível em

[https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordaonum_registro=202002014981
&dt_publicacao=27/06/2022\)](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordaonum_registro=202002014981&dt_publicacao=27/06/2022)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 130.952/MG, relator Ministro Dias Toffoli, DJe de 20/2/2017. Disponível em

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12437852>

CASOS DE GRANDE REPERCUSSÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO – A INFLUÊNCIA MIDIÁTICA.

EMANUELLE AMORIM DE OLIVEIRA¹⁴⁰:

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário UNA Contagem.

VICTOR DANIEL OLIVEIRA DA SILVA¹⁴¹

(coautor)

RESUMO: O presente artigo visa aprofundar os estudos acerca da influência da mídia nos crimes de grande repercussão no Brasil. Serão abordadas a liberdade de expressão e a importância do papel da imprensa para os espectadores, bem como os seus malefícios e interferência direta no fato concreto, transformando o acompanhamento dos casos em verdadeiro "reality show" da vida real, violando os princípios e garantias constitucionais do acusado, mesmo antes do trânsito julgado da sentença. Será abordada a imparcialidade do Juiz e do Júri, ao sentenciar crimes que repercutem em grande proporção no nosso país. Será abordado o sensacionalismo da mídia que resultam no clamor social e julgamento antecipado, manipulando as informações, impactando diretamente nas decisões e sentenças finais dos processos.

Palavras-chave: Influência da Mídia. Grande repercussão. Direito Penal.

ABSTRACT: This article aims to deepen the studies on the influence of the media in crimes of great repercussion in Brazil. Freedom of expression and the importance of the role of the press for spectators will be addressed, as well as its harm and direct interference in the concrete fact, transforming the monitoring of cases into a real "reality show" of real life, violating constitutional principles and guarantees of the accused, even before the final judgment. The impartiality of the Judge and the Jury will be addressed, when sentencing crimes that have great repercussions in our country. The media sensationalism that results in social outcry and early judgment will be addressed, manipulating information, directly impacting the decisions and final sentences of the processes.

Keywords: Media Influence. Great repercussion. Criminal Law.

140 Contato: emanuelle.amorim@icloud.com

141 Graduando em Direito pelo Centro Universitário UNA Contagem.

SUMÁRIO: 1) Introdução. 2) Direito Penal e Processo Penal. 2.1) Princípios do Direito Penal e Constitucionais. 2.1.1) Princípio da Presunção de Inocência. 2.1.2) Princípio da Verdade Real. 2.1.3) Princípio da ampla defesa e contraditório. 2.1.4) Princípio da Imparcialidade Do Juiz no Processo. 2.1.5) Devido Processo Legal. 2.2) O Tribunal do Júri. 3) A Mídia e a liberdade de informação. 3.1) Opinião Pública nos crimes midiáticos. 3.2) A Influência da mídia nos julgamentos. 4) Considerações finais. Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

A mídia tem um papel de grande relevância ao repassar as informações para seus espectadores, exercendo um grande poder de influência, muitas vezes influências negativas por se tratar do enfoque sensacionalista midiático, principalmente se tratando de tragédias.

Tal influência pode afetar principalmente o lado emocional da pessoa que vai receber a notícia, que muitas vezes, são pessoas leigas em determinados assuntos. Assim, é de se considerar o papel de grande responsabilidade da mídia, que por muitas vezes transmite informações errôneas de forma imprudente, sem ser realmente investigadas, apenas por busca de audiência e "furo" de notícias.

Dessa forma, resulta em um grande retrocesso na nossa sociedade, além de desrespeitar o *Princípio da Presunção da Inocência* (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal) que dispõe que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória". A finalidade desse princípio é resguardar a garantia de segurança jurídica da tutela das liberdades.

Representando um grande retrocesso e descumprimento do referido preceito constitucional, o papel da mídia nos casos atuais de grande repercussão tem, em grande parte, enfoque puramente sensacionalista, condenando o acusado antes mesmo de garantir-lhe o direito a um devido processo legal, amparado assim pelo contraditório e a ampla defesa.

Esse tipo de postura da mídia sensacionalista ocasiona o julgamento antecipado pela população, sem deixar margens para que o réu seja condenado somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, conforme previsto na Constituição Federal. No nosso país temos grandes exemplos desses tipos de situações, principalmente quando se trata de crimes que ganham uma grande repercussão, tais como o caso da Daniela Perez em 1992, da Eloá em 2008, caso da Suzane Von Richthofen em 2002, o caso do goleiro Bruno em 2010, que se tornou um grande circo midiático, entre outros.

O trabalho em tela visa abordar as consequências da influência midiática na nossa sociedade em casos de crimes de grande repercussão, causando o prévio julgamento, resultando na condenação antes mesmo do devido processo legal.

2 DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

O Direito Penal é um instituto jurídico de suma importância na proteção dos bens jurídicos da sociedade, sendo esse o ramo do direito para aplicações de sanções cabíveis ao caso concreto.

Na esfera criminal, todo o trâmite processual, incluindo desde a defesa dos acusados e vítimas envolvidos até o julgamento/sentença condenatória, através da figura do advogado ou defensor público ocorrem através do Processo Penal.

Segundo Andrade (2017), o processo penal funciona como meio fundamental de garantia dos direitos do acusado, não sendo um mero instrumento de efetivação do Direito Penal, mas, um instrumento de efetivação dos direitos humanos fundamentais.

2.1 PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL E CONSTITUCIONAIS

Os princípios são aplicados como orientação, direção da aplicação da Lei, não devendo ser superior a Lei, mas sim garantidor dos direitos dos seres humanos em sociedade.

2.1.1 Princípio da Presunção De Inocência

O princípio de presunção da inocência encontra-se positivado na Constituição Federal, bem como no texto legal da Convenção dos Direitos Humanos. Dispõe o art. 5º, LVII da CF/88 que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". No mesmo sentido, o art. 8º, item 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), aponta que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente a sua culpa".

Para utilização do princípio em tela, é necessário observar a regra probatória denominada como *in dubio pro reo* até o trânsito em julgado, ou seja, "na dúvida, adote-se a resolução que for mais favorável ao réu". Segundo essa regra, o Ministério Público ou o querelante têm o ônus de provar a culpa do acusado.

Deve-se observar também a regra de tratamento e suas dimensões interna e externa. Na dimensão interna o objetivo é fazer com que o magistrado se convença da inocência do réu e absolva-o quando não for provada sua culpa. Já a dimensão externa,

visa impedir o julgamento e publicidade abusiva do acusado, uma vez que ainda não foi condenado judicialmente.

2.1.2 *Princípio da Verdade Real*

O princípio da verdade real no ponto de vista de Ada Pellegrini, pode ser definido como:

O princípio dispositivo consiste na regra de que o Juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto às provas e às alegações em que se fundamentará a decisão: *judex secundum allegat ET probata partium iudicare debet.*(PELEGRINI,2008,p.70).

Assim, o princípio da verdade real, aponta que o julgador deve buscar estar mais próximo possível das verdades ocorridas no fato (uma vez que é impossível a verdade absoluta), para a aplicação da pena e da apuração dos fatos.

O Direito Processual Penal adota o princípio da verdade real, material ou substancial pautados no art. 156.

2.1.3 *Princípio da Ampla Defesa e Contraditório*

Discorre Diego Augusto Bayer que:

A ampla defesa encontra correlação com o princípio do contraditório e é o dever que assiste ao Estado de facultar ao acusado a possibilidade de efetuar a mais completa defesa quanto à imputação que lhe foi realizada. Abrange a autodefesa, realizada pelo acusado em seu interrogatório, e a defesa técnica, que exige a representação do réu por um defensor, que pode ser constituído, público, dativo ou ad hoc.(BAYER, 2013)

Nesse sentido, Igor Luis Pereira e Silva aponta que:

O princípio da ampla defesa determina a participação efetiva no processo penal, abrangendo a autodefesa, a defesa técnica, a defesa efetiva e a possibilidade de utilização de todos os meios de prova passíveis de demonstrar a inocência do acusado, incluindo as provas obtidas ilicitamente. (PEREIRA E SILVA, 2012, p.270)

O princípio da ampla defesa e contraditório derivado da frase latina *Audi alteram partem* (ouvir o outro lado) garante que nenhum acusado sofra os efeitos da sentença sem

ter tido a possibilidade de ter efetivamente participado da formação da decisão judicial, ou seja, do direito de defesa.

2.1.4 *Princípio da Imparcialidade do Juiz no Processo*

A Imparcialidade do Juiz é o principal requisito para que o magistrado possa exercer sua função jurisdicional, uma vez que o mesmo deve se colocar acima e entre as partes. Nessa linha, discorre o art. X da Declaração Universal dos Direitos Humanos que:

Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele. (UNICEF, 1948)

Assim, o presente princípio dispõe que o magistrado deve conduzir o processo como instrumento de justiça para que seja vencida a parte que realmente tenha razão.

2.1.5 *Princípio do Devido Processo Legal*

No Processo Penal, o princípio do Devido Processo Legal visa garantir que todos os envolvidos possuam as mesmas condições e garantias nas tratativas processuais, disponibilizando um julgamento justo, impossibilitando o Estado de decidir qualquer demanda de forma arbitrária.

2.2 O TRIBUNAL DO JÚRI

O Tribunal do Júri, utilizado para julgar crimes de imprensa, chegou ao Brasil em 1822, onde era composto pelo Juiz de Fato e vinte quatro cidadãos nomeados pelo Corregedor e Ouvidores do crime, compondo o Conselho de Sentença, através do requerimento do Procurador da Coroa e Fazenda (Promotor e o Fiscal dos delitos).

No ano de 1824, o Tribunal do Júri passou a julgar causas cíveis de criminais, porém em 1842 o júri passou a ser disciplinado pelo Código de Processo Criminal.

Em 1967 a Constituição do Brasil, no art. 150, §18, manteve o Júri dentro do capítulo dos direitos e garantias individuais. Em 1972, houve a alteração em alguns pontos do Código de Processo Penal, apontando que o réu pronunciado, se primário e de bons antecedentes, poderia responder em liberdade.

A partir da vigência da Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso, XXXVIII, o Júri foi apontado como uma Garantia Constitucional, garantindo a plenitude de defesa,

o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para os crimes dolosos contra a vida (art. 5º, inciso XXXVIII, da CF/88).

Atualmente nosso Júri é composto por homens e mulheres com idade mínima de 18 anos, reputação ilibada, sem qualquer ligação com o acusado, e possui como objetivo principal julgar os crimes dolosos contra a vida.

Sobre o Tribunal do Júri, discorre Queiroz:

Com alguma frequência o tribunal do júri tem decidido pela absolvição de réus que alegam negativa de autoria, exclusivamente, apesar de responder, afirmativamente, às duas perguntas iniciais sobre a materialidade e a autoria delitiva, conclusivas de que foi o réu quem praticou o homicídio ou dele participou. Para alguns autores, essa decisão, embora contraditória, seria legítima em virtude da soberania dos veredictos, razão pela qual os jurados estariam livres para decidirem como quiserem, para além do ordenamento jurídico. (QUEIROZ, 2012)

Dessa forma, até que seja julgado, o acusado não pode ser considerado culpado, devendo o Júri conduzir um julgamento justo de acordo com o caso concreto, por pessoas imparciais e leigas.

3 A MÍDIA E A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

A mídia tem um papel de suma importância para sociedade, levando informações aos cidadãos, no entanto, essas informações devem ser repassadas com segurança, onde o jornalista/escritor do conteúdo faça se valer da boa-fé e sensatez.

O direito a informação é uma garantia constitucional que contribui para a formação da opinião pública passando a ser uma espécie de controle social.

Art 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas

aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; (BRASIL, 1988)

Nesse sentido, completa Almeida que “A constituição federal em seu artigo 5º, IV, consagra o direito à livre manifestação do pensamento como uma das garantias fundamentais dos cidadãos e m dos pilares do Estado Democrático de Direito” (ALMEIDA, 2007, p.15)

Discorre Miranda (2015) *apud* Abrantes (2021):

cumprir observar que o direito de informar, ou ainda, a liberdade de imprensa leva à possibilidade de noticiar fatos, que devem ser narrados da maneira imparcial. A notícia deve corresponder aos fatos, de forma exata e factível para que seja verdadeira, sem a intenção de confundir o receptor da mensagem, ou ainda, sem a intenção de formar nesse receptor uma opinião errônea de determinado fato. O compromisso com a verdade dos fatos que a mídia deve ter vincula-se com a exigência de uma informação completa, para que se evitem conclusões precipitadas e distorcidas acerca de determinado acontecimento. (MIRANDA, 2015 *apud* ABRANTES, 2021)

Quando se tem um crime de grande barbaridade (ao qual vai muito ao contrário dos princípios impostos na nossa sociedade), como assassinatos, estupros, sequestros e etc., a mídia intensifica a notícia e dramatiza a situação, resultando no impacto e comoção da sociedade que passa a antecipar julgamento do suposto acusado, cobrando intensivamente “justiça” para aquele caso concreto

Nesse ponto de vista, observa Aury Lopes Jr. (2005):

Mas velocidade das notícias e a própria dinâmica de uma sociedade espantosamente acelerada são completamente diferentes da velocidade do processo, ou seja, existe um tempo do direito que está completamente desvinculado do tempo da sociedade (LOPES JR, 2005, p.80).

Sendo assim, resta claro, que o desempenho da mídia no transporte de notícias deve ser de forma responsável devido a sua grande influência na opinião pública e até mesmo nos julgamentos.

3.1 OPINIÃO PÚBLICA NOS CRIMES MIDIÁTICOS

Conforme já citado, é de suma relevância o papel da mídia sobre o controle social e construção da opinião pública.

Nesta perspectiva leciona Greco (2012):

O controle social é exercido por meio de duas categorias, como deixamos antever. Existe o controle forma, realizado por profissionais ligados diretamente ao Estado, a exemplo policiais, promotores de justiça, juízes etc., e outro de natureza informal, que é procedido por qualquer pessoa que não tenha especificamente essa função, podendo ser levado a efeito por pessoas próxima ao agente, como seus pais, vizinhos, colegas de trabalho, professores, transeuntes, imprensa etc. (GRECO, 2012, p.34)

Geralmente, a mídia é o principal meio de comunicação ao qual a população se mantém informada acerca dos acontecimentos atuais e na maioria das vezes, sem nenhuma visão crítica. Dessa forma, a mídia além de trazer a informação para a sociedade, tem o “poder” de passar adiante a interpretação dos fatos conforme sua ideologia editorial.

Vale destacar que por diversas vezes, a mídia tende a “apelar” para o uso das imagens voltadas a manipular a opinião pública, oferecendo ao seu público informações previamente julgadas do que se entende por certo ou errado, o justo ou o injusto. Nesse sentido, discorre Anderson Schreiber:

Em uma sociedade global ávida por notícias e informações e conectada em tempo integral com os novos e instantâneos meios de comunicação, são grandes os riscos de utilizações indevidas de imagens de arquivo, sobretudo se descontextualizadas no momento de sua reutilização. (SCHREIBER, 2013, p. 159)

Não há de se duvidar da importância que os meios de comunicação tem para a sociedade, sendo responsáveis pelo desenvolvimento complementar dos entes sociais. No entanto, a partir dos avanços tecnológicos, observa-se que a originalidade das informações vem sendo superadas conforme ideologias de quem quer transmitir a mensagem, não deixando a par do receptor, as conclusões e críticas acerca de determinados assunto

Dessa forma, temos que a opinião pública, vem sendo construída sem verificações e análise crítica das informações que lhe são repassadas, sendo as informações produzidas unilateralmente, reproduzidas instantaneamente sob esse ponto de vista unilateral no meio social.

A influência da mídia, sobre a opinião pública pautadas na ideologia da sua editora, viola as garantias fundamentais do acusado, uma vez que antes mesmo do julgamento pelo corpo jurídico competente, a população já faz o seu julgamento. No Brasil, temos grandes exemplos desse tipo de situações, como por exemplo, o caso do casal Nardoni que antes mesmo do julgamento, já foram apontados como culpados pela população.

O ponto levantado ao longo dessa pesquisa, não se trata de impedir a mídia de repassar informações e sim que tal prática seja realizada com responsabilidade e dentro da lei.

“Desta forma, quando os meios de comunicação de massa distorcem os acontecimentos de uma investigação ou de um processo criminal, extrapolam o seu direito de informar a população, atuando, pois, fora âmbito da proteção constitucional à liberdade de manifestação. O mesmo se verifica quando a mídia abusa do direito de manifestar sua opinião(...)”. (FREITAS, 2018, p.280)

Pontua Peres e Blattes:

No ramo jurídico, verificam-se consequências negativas oportunizadas pelo indevido uso das tecnologias informacionais. Estas são ferramentas poderosas de registros, processamento e propagação dos discursos midiáticos e ideológicos, que podem levar (e frequentemente levam) a uma simplificação informativa que acaba gerando falsos consensos, ou um senso comum simplificado ou grosseiro, invertendo o sentido real dos acontecimentos.(PERES e BLATTES, 2014)

Dessa forma, por todo exposto, é imprescindível a responsabilidade do transmissor das informações e a conscientização dos espectadores vulneráveis, para não serem manipulados pelas ideologias da mídia, sem o senso crítico e análise das notícias sob diversas perspectivas.

3.2 A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NOS JULGAMENTOS

A mídia possui uma estreita relação com as notícias criminais, principalmente quando se tratam de crimes horrendos e repugnantes aos olhos da sociedade, transmitindo uma visão sensacionalista do crime para os receptores da informação.

Nesta diáspora, analisa Peres e Blattes:

A violência é um produto de consumo que invade os meios de comunicação de massa. Assim, o sucesso criminal e a visibilidade do mal se incorporaram à agenda midiática. Nessa medida, os meios de comunicação de massa podem abarcar todos os sentidos dos receptores, isto é, telespectadores, ouvintes e leitores, de modo que os olhos e ouvidos fiquem vulneráveis a sua série de registros informacionais. E, quando a propagação midiática se trata de matéria criminal, é que o audiovisual se torna ainda mais atrativo e, conseqüentemente, sob ele se lançam diversos olhares punitivos.

Essa influência é legitimada diante de um discurso ideológico repressivo que acaba sendo incorporado pela população, na medida em que consome o "produto" da notícia-crime. A mídia, ao mesmo tempo em que dá acesso à informação, tenta formar a opinião pública direcionando uma mensagem carregada de conteúdo valorativo que, em certa medida, estereotipa certas situações, cria inverdades e generaliza enfoques e dados. (PERES e BLATTES, 2014)

Em razão do aumento da violência e criminalidade, criações de Leis mais gravosas para os indivíduos que cometem os ilícitos e insegurança da sociedade, o papel de transmissão de informações da mídia, vem com uma responsabilidade maior, uma vez que além de demonstrar os crimes que vem ocorrendo, deve demonstrar a punição desses crimes.

No entanto, a mídia sensacionalista, ultrapassa os limites de sua representação, convertendo o temor social em suas técnicas de articulação resultando no clamor social, sendo utilizado como ferramenta da defesa ou acusação do Tribunal do Júri.

Não deveria a mídia, assumir o papel de julgador e investigador tendo em vista que o seu dever se resume em repassar a informação com o compromisso da imparcialidade. Para um julgamento justo, cabe a competência do Tribunal do Júri, garantido constitucionalmente.

Vale ressaltar que, por mais horrendo que seja o crime, não pode-se resultar na perda dos direitos constitucionais garantidos ao réu, uma vez que, pode ocorrer de o suspeito ser inocentado ao final da persecução penal.

Sobre o tema, leciona Sandro Roberto Vieira¹⁸:

Certamente nestes exemplos, defensores e promotores de justiça, deixam de lado a letra da lei e partem para o lado emocional, comovendo assim os jurados sobre suas teses adotadas, não poderia

ser de outra forma, pois se formado o convencimento pela mídia nada adiantaria apenas falar dos direitos do acusado. (VIEIRA, 2009)

Conforme já citado, o corpo de jurados é formado por sete cidadãos sorteados aleatoriamente entre 25 pessoas para representar o povo no julgamento dos crimes dolosos contra a vida, elencados no art. 74, §1º, do Código de Processo Penal.

Os jurados são os juízes de fato, estando submetidos às mesmas regras processuais dos juízes togados, inclusive em relação à suspeição e impedimento, conforme dispõe o art. 448, § 2º, CPP: “Aplicar-se-á aos jurados o disposto sobre os impedimentos, a suspeição e as incompatibilidades dos juízes togados”.

Sobre a temática, discorre os artigos 252 e 254, do CPP:

Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;

II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;

III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;

II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;

V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;

VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo. (BRASIL, 1941)

Posto isso, observa-se que a mídia pode ser uma “ameaça” para o julgamento e condução do Tribunal do Júri, a partir do instante que transmite falsas informações, oferecendo um “julgamento”, antes do próprio Conselho de Sentença. Dessa forma, sendo o corpo de jurados composto por cidadãos leigos, sem formação jurídica, receptores desses meios informativos, percebe-se a dificuldade em filtrar as informações obtidas por meio dos instrumentos midiáticos, podendo ser facilmente influenciados pelas mídias sensacionalistas e apelativas, tomando decisões pautadas no pré-julgamento dos fatos e supeito.

É essencial que o Poder Judiciário conduza um julgamento de forma coerente e responsável, desde a denúncia até a sentença final. No entanto, é imprescindível que o corpo de jurados, sejam imparciais para realizar o julgamento de forma justa. Caso não ocorra dessa forma, o desaforamento é uma medida imperativa que visa deslocar a competência para o julgamento do processo, vejamos:

Art. 427. Se o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado, o Tribunal, a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado ou mediante representação do juiz competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existam aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas.

Art. 428. O desaforamento também poderá ser determinado, em razão do comprovado excesso de serviço, ouvidos o juiz presidente e a parte contrária, se o julgamento não puder ser realizado no prazo de 6 (seis) meses, contado do trânsito em julgado da decisão de pronúncia. (BRASIL, 1941)

Embora o legislador tenha previsto a possibilidade de desaforamento, dependendo da repercussão midiática, alguns casos alcançam notoriedade nacional, impossibilitando o desaforamento.

Por fim, com base nos estudos até aqui, verifica-se que os integrantes do Tribunal do Júri, podem ser facilmente manipulados consciente ou inconsciente, por meio da ideologia midiática. Assim, é importante que os jurados “deixem de lado”, os seus pré-julgamentos e preconceitos para que seja realizada a decisão justa, tendo em vista que o suspeito até o último momento ainda pode ser considerado inocente e a decisão final impactará a vida desse indivíduo para sempre.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O principal objetivo dessa pesquisa era mostrar a influência da mídia sobre as decisões nos tribunais de júri e seu impacto na opinião pública.

O papel da imprensa é essencial para a nossa democracia. Porém, tal função deve ser desenvolvida pautada na honestidade, responsabilidade e seriedade. Assim, a informação repassada a população deixará a cargo das pessoas a formação crítica do pensamento, resultando na justiça social livre de interesses privados.

Ao longo da pesquisa, foi possível vislumbrar a grande influência dos instrumentos de comunicação no processo penal e nos julgamentos, principalmente sobre o corpo dos jurados, violando garantias constitucionais positivadas dos acusados, tais como à presunção de inocência e a imparcialidade do júri e juiz.

Já é definido pela legislação, as atribuições e funções de acusação, julgamento e condenação ao Poder Judiciário, e quanto as investigações, ficam a cargo da autoridade policial. Portanto, a mídia não deve desempenhar funções ao qual não são atribuídas a sua classe, devendo se ater à objetividade e a ética.

Porém, Conforme demonstrado ao longo do presente estudo, a realidade é outra. Infelizmente, a imprensa veicula os fatos criminosos de forma sensacionalista e ideológica, manipulando a opinião pública.

Além disso, os jurados do Tribunal de Júri, muitas vezes deixam se levar pela influência da mídia e clamor social, não cumprindo a imparcialidade frente a tal realidade.

Dessa forma, ficou claro a insegurança jurídica do Tribunal do Júri uma vez que os jurados dão o seu veredito baseado em seu convencimento pessoal, sem necessidade de fundamentação.

Por fim, apartir do presente estudo, conclui-se que não se trata de censurar a mídia, mas exigir o cumprimento de seu papel com responsabilidade, transparência e ética. A manipulação da opinião pública e do Tribunal do Júri pela mídia, resulta na violação de dois princípios fundamentais para o exercício da justiça, sendo eles a imparcialidade e a

presunção da inocência, direitos fundamentais do acusado. Além disso, o impacto que o julgamento errôneo pode trazer na vida de um inocente, o marcará para sempre. Assim, é importante que a mídia exerça a sua função com cautela e respeito a todos os envolvidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANTES, Maria das Graças de. **A publicidade opressiva de julgamentos criminais**. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/12161/A-publicidade-opressiva-de-julgamentos-criminais> > Acesso em 08 de out. 2022.

ALMEIDA, Judson Pereira. **Os Meios de Comunicação de Massa e o Direito Penal: A influência de divulgação de noticiais no Ordenamento Jurídico Penal e No Devido Processo penal**. Monografia de Conclusão de Curso do Bacharelado em Direito. Faculdade Independente do Nordeste, Vitória da Conquista:2007.

ANDRADE, Fábio Martins de. **Mídia e Poder Judiciário: a influência dos órgãos da mídia no processo penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BAYER, Diego Augusto. **Princípios Fundamentais do Direito Processual Penal - parte 02**. Disponível em: <https://diegobayer.jusbrasil.com.br/artigos/121943164/principios-fundamentais-do-direito-processual-penal-parte-02#:~:text=A%20ampla%20defesa%20encontra%20correla%C3%A7%C3%A3o,imputa%C3%A7%C3%A3o%20que%20lhe%20foi%20realizada.> > Acesso em 05 de out. 2022.

BRASIL. **Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689**. Brasília, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm > Acesso em 02 de out. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em 02 de out. 2022.

FREITAS, Cristiane Rocha. **A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NOS CRIMES DE GRANDE REPERCUSSÃO NO BRASIL**. Disponível em: <https://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Cristiane%20Rocha%20Freitas.pdf> > Acesso em 04 de out. 2022.

FREITAS. Paulo. Criminologia midiática e Tribunal do Júri: a influência da mídia e da opinião pública na decisão dos jurados-2º ed, ver, ampl e atual-Niterói, RJ: Ed Impetus,2018.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio, Uma Visão Minimalista do Direito Penal**. 5ª edição. Editora Impetus.2012.

LOPES Jr., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MIRANDA, Darci Arruda. **Comentários à lei de imprensa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PEREIRA E SILVA, Igor Luis. *Princípios Penais*. 1ª Ed. Editora Juspodivm, 2012.

PERES, Vanessa Moreira; BLATTES, Sérgio. **O Tribunal do Júri à Luz do Cenário Midiático: Os Meios de Comunicação de Massa como mola propulsora do Espetáculo Punitivo**. Disponível em: <file:///C:/Users/ADMIN/Downloads/lepidus,+26104736-final-185-210.pdf> > Acesso em 12 de out. 2022.

QUEIROZ, Paulo. **Limites da soberania dos veredictos**. Disponível em : [https://pauloqueiroz2.jusbrasil.com.br/artigos/121941908/limites-da-soberania-dos-veredictos#:~:text=A%20soberania%20dos%20veredictos%20importa,revi%C3%A3o%20criminal%20\(CPP%2C%20art.](https://pauloqueiroz2.jusbrasil.com.br/artigos/121941908/limites-da-soberania-dos-veredictos#:~:text=A%20soberania%20dos%20veredictos%20importa,revi%C3%A3o%20criminal%20(CPP%2C%20art.) Acesso 09 de out. 2022.

SCHREIBER, Anderson. *Direito e Mídia*. São Paulo: Atlas, 2013.

TRAQUINA, Nelson. **Teorias do jornalismo: porque as notícias são como são**. 2. ed. Florianópolis: Insular, 2016. v. 1.

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos#:~:text=Ningu%C3%A9m%20ser%C3%A1%20arbitrariamente%20preso%2C%20detido%20ou%20exilado.&text=Todo%20ser%20humano%20tem%20direito%2C%20em%20plena%20igualdade%2C%20a%20uma,qualquer%20acusa%C3%A7%C3%A3o%20criminal%20contra%20ele.> > Acesso em 08 de out. 2022.

VIEIRA, Sandro Roberto. **Tribunal do Júri é a Justiça em circulação**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-set-11/apesar-divergencias-tribunal-juri-justica-circulacao> > Acesso em: 13 de out. 2022.

A DESIGUALDADE DE GÊNERO NA PANDEMIA DA COVID-19: UM OLHAR SOBRE OS PRINCIPAIS EFEITOS NA VIDA DAS MULHERES

DAYANE MACIEL BEZERRA DE CASTRO¹⁴²:
Mestranda em Direito das Relações Sociais e
Trabalhistas na Universidade do Distrito
Federal (UDF).

NATÁLIA TOMÁS RIBEIRO BISPO¹⁴³

LEONARDO LUÍS DE FREITAS PEDRON¹⁴⁴

(coautores)

Resumo: No presente trabalho será feita uma abordagem acerca da pandemia, com o objetivo de falar sobre as principais medidas que foram tomadas para o enfrentamento aos efeitos econômicos, demonstrando a desigualdade de gênero com um retrato pré e pós-covid-19, buscando trazer a múltipla jornada da mulher e os efeitos pós pandemia, bem como tentando sugerir algumas medidas para a redução da desigualdade de gênero. O método que foi utilizado na pesquisa é o dedutivo. A pesquisa se classifica como descritiva e bibliográfica. A problemática apresentada é o aumento da desigualdade de gêneros após a pandemia da covid-19.

Palavras-chave: Mulheres; Jornada; Trabalho.

Abstract: In the present work, an approach will be made about the pandemic, with the objective of talking about the main measures that were taken to face the economic effects, demonstrating gender inequality with a pre and post covid-19 portrait, seeking to bring the multiple women's journey and the post-pandemic effects, as well as trying to suggest some measures to reduce gender inequality. The method that was used in the research is the deductive one. The research is classified as descriptive and bibliographical. The problem presented is the increase in gender inequality after the covid-19 pandemic.

Keywords: Women; Journey; Job.

¹⁴² Contato: dayanemac@gmail.com

¹⁴³ Mestranda em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas pelo Centro Universitário do Distrito Federal - UDF. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes. Integrante do Grupo de Pesquisa "Constituição, Trabalho e Acesso à Justiça" (UDF). Bolsista do FAP/DF. Advogada. Coordenadora do Curso de Direito da Universidade Estadual do Tocantins – Câmpus Paraíso.

¹⁴⁴ Mestrando em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas na Universidade do Distrito Federal (UDF).

INTRODUÇÃO

A doença da COVID-19 que foi classificada como pandemia em 11/03/2020 trouxe profundas modificações a todos no mundo, em especial ao Povo Brasileiro que por viver em um país marcado pela desigualdade social. Passados mais de um ano desde que a Pandemia foi declarada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) o número de mortes é assustador, há uma vertiginosa crescente no desemprego, o brasileiro tem empobrecido, o poder de compra diminuiu e o preço dos produtos, especialmente do combustível, disparou.

Diante desse cenário, que ainda é incerto de acabar, e provavelmente gerará efeitos a longo prazo, pesquisando sobre os efeitos da Pandemia, nos deparamos com um artigo na Revista do CEAM/UNB escrito por Gama e Barroso (2020) de que a crise tem rosto de mulher, mesma frase reproduzida pelo secretário-geral da Organização das Nações Unidas (ONU) António Guterres (2021). Desde o início da pandemia o crescimento de casos de violência doméstica já se destacava, contudo, as mulheres não foram atingidas somente quanto a violência dentro de casa, mas a desigualdade de gênero que sempre esteve presente também aumentou, as mulheres foram atingidas financeiramente, sempre as mais atingidas pelo desemprego, bem como a múltipla jornada, os serviços domésticos e cuidado com os filhos, cresceu em decorrência da necessidade de home office e fechamento das escolas e creches.

Diante das constatações o presente artigo busca fazer um comparativo entre a desigualdade de gêneros antes e após a pandemia, identificar em quais áreas a mulher foi mais atingida, trazer dados atualizados após um ano de pandemia, e por fim, verificar se existe algo que se possa fazer para reduzir os efeitos da desigualdade.

O método que foi utilizado na pesquisa é o dedutivo. A pesquisa se classifica como descritiva e bibliográfica. A problemática apresentada é o aumento da desigualdade de gêneros após a pandemia da covid-19.

Além desta introdução, esse artigo está organizado da seguinte forma: item 1 tratamos sobre a pandemia da covid-19, no item 1.2 trazemos as principais medidas que foram tomadas para o enfrentamento aos efeitos econômicos da covid-19, no item 2, trazemos que a crise tem rosto de mulher, pontuando no item 2.1 a desigualdade de gênero com um retrato pré e pós covid-19, no item 2.2 falamos sobre os efeitos econômicos da pandemia para as mulheres, no item 2.3 buscamos demonstrar a múltipla jornada da mulher e os efeitos pós pandemia, no item 3 tentamos falar sobre o futuro, trazendo no item 3.1 algumas medidas para a redução da desigualdade de gênero e ao final fizemos as considerações finais e referências bibliográficas que foram utilizadas para a realização do presente artigo.

1. PANDEMIA DA COVID-19

Em 11 de março de 2020 Tedros Adhanom Ghebreyesus, diretor-geral da OMS, comunicava ao Mundo que a COVID-19, infecção respiratória aguda causada pelo coronavírus SARS-COV-2, potencialmente grave, de elevada transmissibilidade e de distribuição global (Ministério da Saúde), passava a ser caracterizada como Pandemia.

O Centro de controle e prevenção de doenças (CDC) Estados Unidos conceitua Epidemia como um aumento, muitas vezes repentino, do número de casos de uma doença acima do normalmente esperado para aquela população daquela área; já a Pandemia refere-se a uma epidemia que se espalhou por vários países ou continentes, geralmente afetando um grande número de pessoas.

O Coronavírus foi descoberto em 31/12/2019 após casos de pneumonia de “causa desconhecida” em hospitais de Wuhan/China, que rapidamente se espalhou pelo Mundo.

Antes mesmo do primeiro caso confirmado no Brasil, o até então Ministro da Saúde Luiz Henrique Mandetta, expediu a Portaria nº 188 de 03/02/2020 declarando Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV) na busca por medidas de prevenção, controle e contenção de riscos, danos e agravos à saúde pública, permitindo à Secretaria de Vigilância em Saúde contratação temporária de profissionais de saúde, aquisição de bens e contratação de serviços.

Poucos dias depois foi aprovada e sancionada a Lei 13.979 de 06/02/2020, conhecida como Lei da Quarentena, dispondo sobre medidas de enfrentamento à Covid, destaque, dentre outras, isolamento, quarentena, realização compulsória de exames, tratamento e vacinação, uso obrigatório de máscara, formas de manejo de cadáveres, restrição temporária de entrada e saída do País e locomoção interestadual e intermunicipal.

Em 11/03/2020 a Portaria do Ministério da Saúde nº 356 regulamentou a lei de quarentena, determinando o prazo de duração das medidas de isolamento, quatorze dias prorrogáveis por igual período, e quarenta dias para a quarentena prorrogáveis por tempo indeterminado. A quarentena tem como objetivo garantir a manutenção dos serviços de saúde em local certo e determinado; já a medida de isolamento objetiva a separação de pessoas sintomáticas ou assintomáticas, em investigação clínica e laboratorial, de maneira a evitar a propagação da infecção e transmissão local.

A justificativa das medidas de isolamento e quarentena: as vulnerabilidades do sistema de saúde (por exemplo, falta de diagnóstico e resposta) e as incertezas a respeito

da transmissão do vírus e da gravidade da doença; ambas as justificativas dificilmente se sustentam diante das evidências científicas disponíveis.¹⁴⁵

O Estado de Calamidade Pública foi reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020 com efeitos até 31 de dezembro de 2020.

Após a publicação da Lei da quarentena a quantidade de Legislação sobre o Covid, bem como a quantidade de infectados e mortos teve um grande aumento, não havendo uma orientação uníssona por parte do Ministério da Saúde sobre medidas de prevenção, ficando a cargo dos Estados e Municípios a decisão sobre lockdown e restrição de atividades.

Em 15 de abril de 2020, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por unanimidade, referendou a medida cautelar deferida em março pelo ministro Marco Aurélio na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6341, confirmando o entendimento de que as medidas adotadas pelo Governo Federal na Medida Provisória (MP) 926/2020 para o enfrentamento do novo coronavírus não afastam a competência concorrente nem a tomada de providências normativas e administrativas pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios.

A maioria dos ministros aderiu à proposta do ministro Edson Fachin para interpretar o artigo 3º da Lei 13.979/2020 conforme a Constituição, deixando claro que a União pode legislar sobre o tema, mas que o exercício desta competência deve sempre resguardar a autonomia dos demais entes.

1.2 PRINCIPAIS MEDIDAS DE ENFRENTAMENTO AOS EFEITOS ECONÔMICOS DA COVID-19 NO BRASIL

As medidas governamentais não se restringiram somente à questão de restrição de locomoção, mas houveram diversas medidas quanto a área econômica, dentre as quais destacamos a manutenção do emprego e auxílio a pessoas sem renda.

A MP 927 de 22 de março de 2020 oportunizou aos empregadores a adoção de medidas para enfrentamento dos efeitos econômicos decorrentes do Estado de calamidade pública e para a preservação do emprego e da renda, dentre outras, o home office (teletrabalho), a antecipação de férias individuais, a concessão de férias coletivas, o banco de horas, aproveitamento e a antecipação de feriados.

¹⁴⁵ VENTURA, Deisy de Freitas Lima; AITH, Fernando Mussa Abujamra; RACHED, Danielle Hanna. **A emergência do novo coronavírus e a “lei de quarentena” no Brasil**. Revista Direito e Práxis, [S.L.], v. 12, n. 1, p. 102-138, jan. 2021. FapUNIFESP (SciELO).

O Programa emergencial de manutenção do emprego e renda foi instituído pela Medida Provisória nº 936, convertida posteriormente na Lei 14.020/2020, oferecendo medidas trabalhistas para enfrentamento do Coronavírus, buscando preservar o emprego e a renda; garantir a continuidade das atividades laborais e empresariais; e reduzir o impacto social decorrente das consequências do estado de calamidade pública e de emergência de saúde pública.

O BEm (Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda) foi pago mediante acordo entre empregado e empregador para reduzir proporcionalmente a jornada de trabalho e de salário ou a suspensão temporária do contrato de trabalho.

O Benefício foi custeado pela União, pago mensalmente enquanto perdurasse a redução da jornada de trabalho, feita nos percentuais de 25% (vinte e cinco por cento), 50% (cinquenta por cento) ou 70% (setenta por cento), ou suspensão do contrato de trabalho, sendo a primeira parcela paga 30 (trinta) dias após a celebração do acordo.

A base de cálculo do benefício foi o valor mensal do seguro-desemprego a que o empregado tivesse direito, ou seja, o valor não poderia ser menor do que o salário mínimo nem maior do que R\$ 1.813,03. Vejamos abaixo como foi feito os pagamentos no caso de redução de jornada de trabalho e de salário ou suspensão do contrato de trabalho:

a) na hipótese de redução de jornada de trabalho e de salário, o benefício será calculado aplicando-se sobre a base de cálculo o percentual da redução.

- 1) Redução de 25% da jornada de trabalho o trabalhador recebe 75% do salário e 25% da parcela do Bem;
- 2) Redução de 50% da jornada de trabalho o trabalhador recebe 50% do salário e 50% da parcela do Bem;
- 3) Redução de 70% da jornada de trabalho o trabalhador recebe 30% do salário e 70% da parcela do Bem;

b) Já na hipótese de suspensão temporária do contrato de trabalho, conforme a receita da empresa, o empregado teve direito a 100% (cem por cento) do valor mensal do seguro desemprego ou 70% (setenta por cento) do seguro desemprego acrescido de ajuda compensatória paga pelo empregador de 30% (trinta por cento) do salário do empregado.

- 1) Empresas com receita bruta de até R\$ 4,8 milhões o trabalhador recebe 100% da parcela do Bem, mantendo-se os benefícios de plano de saúde ou tíquete alimentação;

- 2) Empresas com receita bruta maior que R\$ 4,8 milhões o trabalhador recebe 70% da parcela do BEm + 30% do salário, este de natureza indenizatória, não incidindo sobre contribuição previdenciárias, tributos sobre a folha salarial e FGTS.

O prazo de redução da jornada de trabalho e salário foi de até 90 dias e a suspender contrato de trabalho foi de até 60 dias, que podiam ser divididos em até dois períodos de 30 (trinta) dias, e ainda haver prorrogação por ato do Poder Executivo.

No decorrer do ano de 2020 a medida acabou sendo ampliada por três vezes perdurando, ao final, por 240 dias, ou seja, até 31 de dezembro de 2020.

Já neste ano, 2021, a MP 1.045 de 27 de abril, trouxe novamente a possibilidade de suspensão do contrato de trabalho e redução da jornada de trabalho com redução de salários, durante o prazo de 120 (cento e vinte dias) a contar de 28/04/2021

Visando o auxílio a trabalhadores informais, microempreendedores individuais, contribuintes individuais da Previdência Social e desempregados, foi aprovada e sancionada a lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020, que concedeu pelo período de 03 (três) meses o auxílio emergencial no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais) mensais, a pessoas que preenchessem os seguintes critérios:

- 1) ter mais de 18 anos;
- 2) não ter emprego formal;
- 3) ser de família com renda mensal per capita (por pessoa) de até meio salário mínimo (R\$ 522,50) ou renda familiar mensal total de até três salários mínimos (R\$ 3.135), além de não ter tido rendimentos tributáveis, em 2018, acima de R\$ 28.559,70 (ou seja, que não precisou declarar Imposto de Renda em 2018).

O auxílio foi pago para no máximo duas pessoas por família, sendo que as mães que são responsáveis sozinhas por suas famílias teve direito a receber o benefício em dobro, ou seja, R\$ 1.200 (um mil e duzentos reais).

A MP nº 1000 de 2 de setembro de 2020 instituiu o auxílio emergencial residual pagando mais quatro parcelas de R\$ 300,00 (trezentos reais) ao trabalhador beneficiário do auxílio emergencial instituído pelo art. 2º da Lei nº 13.982.

No dia 18 de Março de 2021, foi instituído novamente o auxílio emergencial por meio da MP nº. 1.039, que determinou o pagamento de quatro parcelas mensais, no valor de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais).

2.A CRISE TEM ROSTO DE MULHER

2.1. DESIGUALDADE DE GÊNERO: UM RETRATO PRÉ E PÓS COVID-19

Tratamento igualitário, isso é o que todos os brasileiros querem, na verdade todo ser humano quer possibilidade de acesso a direitos de forma igual, infelizmente, não é isso que vivenciamos.

A Constituição Federal (CF) em seu art. 5º, caput, previu o famigerado Princípio da Isonomia, garantido que todas as pessoas, independente de sexo, cor, raça, credo, condição social sejam iguais e tenham acesso a diversos direitos, cito, à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

O art. 3º da CF traz dentre os objetivos da República Federativa do Brasil construir uma sociedade justa, livre e solidária, promover o bem de todos, sem discriminação e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Tais princípios são normas que devem ser seguidas diuturnamente. Nesses termos, a noção de objetivos deve ser eminentemente processual (caminhar para) e normativa (com medidas políticas e concretas) para seu cumprimento.¹⁴⁶

No entanto, não basta um dispositivo legal para garantir a todos direitos fundamentais, no Mundo existe a desigualdade, cabendo aos Estados diminuí-la, e dentre as diversas espécies de desigualdade de gênero é a que nos interessa.

Falar sobre desigualdade de gênero nos remete a história, pois, refere-se às diferenças entre homens e mulheres nos mais diversos aspectos, tratando-se de um conceito sociológico.

Até pouco tempo atrás, a mulher era conhecida como a "rainha do lar, sendo relegada ao papel de esposa, mãe e dona de casa. Entre as décadas de 1970 e 1980, as mulheres não tinham os afazeres domésticos contabilizados como atividade econômica nos levantamentos censitários e domiciliares do Instituto Brasileiro de Geografia e

¹⁴⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2012. 302 p.

Estatística (IBGE), trabalhadoras *domésticas* eram inseridas nos dados da População Economicamente Inativa – PEI.147

Esse perfil mudou, a mulher hoje estuda, escolhe sua carreira, é chefe de família, alcançou postos de comando em setores privilegiados e predominantemente masculinos, como engenharia, medicina e advocacia, dentre outros, enfim, houve um movimento de empoderamento da mulher.

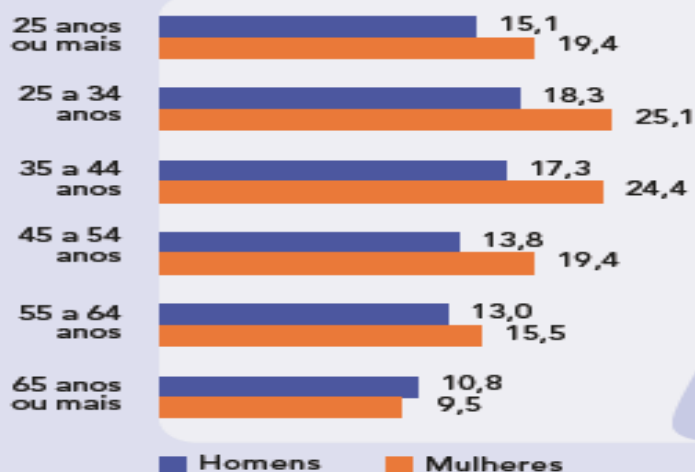
No entanto, a desigualdade ainda se faz presente, conforme informações da 2ª edição das Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil, que analisa as condições de vida das brasileiras a partir de um conjunto de indicadores proposto pelas Nações Unidas (IBGE), a mulher é a maioria da população e tem maior grau de instrução, mas são minoria dos professores de instituições de ensino superior, minoria em cargos gerenciais e recebem menos que os homens.

Conforme pesquisa levantamento do IBGE 2012-2019 a população a população brasileira é composta de 51,8% de mulheres e 48,2% de homens.

A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) Contínua de 2019 revelou que as mulheres possuem maior grau de instrução que os homens, sendo dentro do levantamento por idade e sexo, as mulheres com nível superior maioria em todas as faixas etárias, exceto na faixa etária com 65 anos ou mais, o que comprova a dificuldade de acesso à educação e profissão nas décadas passadas.

147 Salvagni e Canabarro apud BRUSCHINI, Maria Cristina Aranha. Trabalho e gênero no Brasil nos últimos dez anos. Cadernos de Pesquisa, [S.L.], v. 37, n. 132, p. 537-572, dez. 2007. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0100-15742007000300003>.

População de 25 anos ou mais de idade com ensino superior completo, segundo os grupos de idade (%)



Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2019.
 Nota: Dados do 2º trimestre.

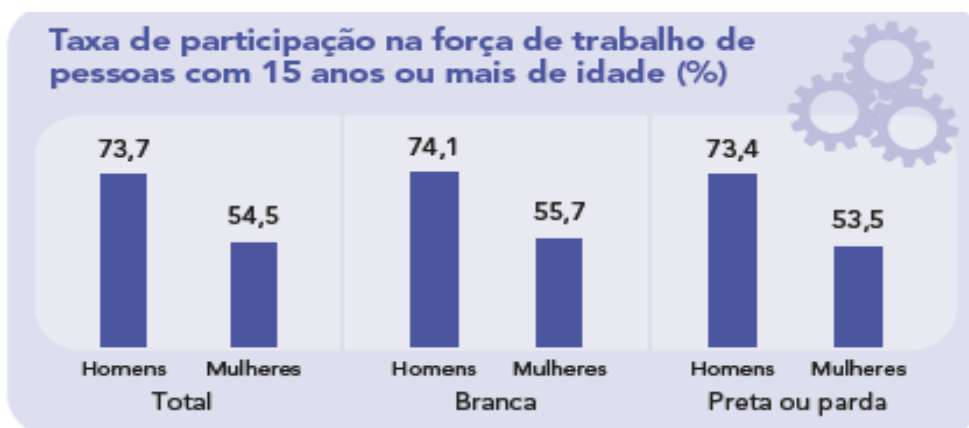
Ainda nesse contexto, mesmo tendo maior grau de instrução as mulheres representam menos da metade (46,8%) dos professores de instituições de ensino superior no país.

Na vida política pode-se dizer que são sub-representadas, pois nas eleições de 2018 houve somente 32,2% de candidatas, contra 68,8% de candidatos, isso porque desde 1995 há legislação prevendo quotas, tendo se tornado obrigatórias com a Lei 12.034/2009.

No que se refere aos cargos gerenciais, as mulheres ocupam 37,4% dos cargos frente a 62,6% ocupados por homens, recebendo em média 28,7% a menos que os homens; enquanto eles receberam R\$ 2.555, acima da média nacional (R\$ 2.308), elas ganharam R\$ 1.985.

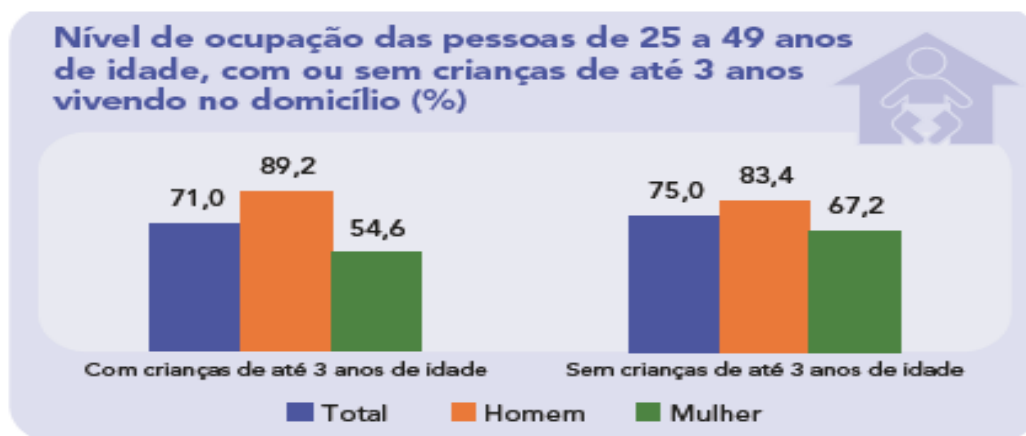
Quanto ao nível de ocupação, taxa que calcula a proporção de pessoas em idade de trabalhar que estão trabalhando ou procurando, o fato de ser mulher e mãe possui grande influência.

Enquanto as mulheres representam 54,5% da força de trabalho, homens representam 73,7%.



Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2019.
 Nota: Consolidado de primeiras entrevistas.

Mulheres de 25 a 49 anos vivendo com crianças de até 3 anos de idade representam 54,6% da força de trabalho, sendo esse índice o menor em caso de mulheres pretas ou pardas 49,7% em 2019. Já mulheres sem crianças nesse grupo etário possuem nível de ocupação foi de 67,2%. Interessante observar que a pesquisa apontou que o nível de ocupação de homens é maior quando há crianças no lar, sendo, 89,2% em lares com crianças e 83,4% em lares sem crianças.



Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2019.
 Nota: Consolidado de primeiras entrevistas.

Em relação aos afazeres domésticos as mulheres dedicam o dobro de tempo que os homens, 21,4 horas contra 11 horas semanais. De 2016 para 2019, essa diferença entre as médias masculina e feminina aumentou de 9,9 para 10,4 horas semanais.

Comparando a situação de sexo e situação de ocupação, as mulheres que não exercem atividade fora do domicílio chegam a se dedicar 24h semanais a afazeres domésticos, enquanto homens não ocupados dedicam metade do tempo (12,1 horas

semanais). Já mulheres ocupadas dedicam em média 8,1 horas a mais aos afazeres domésticos ou cuidados em casa que os homens ocupados.

Com a Declaração da Pandemia pela OMS, a decretação do isolamento social, o fechamento das escolas, a restrição de deslocamento para as atividades não essenciais e a recomendação do teletrabalho, a mulher se viu dentro de casa praticamente em tempo integral, tendo que cuidar dos filhos, do marido, dos idosos, do trabalho, do estudo e das atividades domésticas tudo em um mesmo ambiente, sem auxílio de empregadas domésticas e babás, e este não é um retrato somente do Brasil, mas de todo o Mundo.

Conforme conclusão do Fórum Econômico Mundial (WEF, na sigla em inglês) no seu relatório anual sobre a disparidade de gênero as atividades domésticas e os cuidados com crianças e idosos recaíram majoritariamente sobre as mulheres, "o que aumentou seus níveis de estresse e reduziu seus níveis de produtividade". E a contratação de mulheres está ocorrendo em ritmo menor em muitos setores, não sendo elas prioridades para contratação.

Em uma recente análise feita nos Estados Unidos pela consultoria McKinsey e a Fundação Lean In, uma em cada quatro mães com emprego (25%) está pensando em reduzir sua jornada de trabalho ou, inclusive, pedir demissão. No caso dos homens, esta situação só representa um problema para 11% dos pais pesquisados.¹⁴⁸

O Fórum Econômico Mundial concluiu que a pandemia acrescentou 36 anos ao tempo necessário para reduzir a disparidade entre homens e mulheres, que passou de 99,5 para 135,6 anos em apenas 12 meses, ocupando o Brasil a 93ª colocação entre 156 países que integram a lista - uma posição abaixo em relação ao ano anterior.

A advogada Adélia Moreira Pessoa, presidente da Comissão Nacional de Gênero e Violência Doméstica do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) observa, ainda, que em razão das medidas sanitárias de distanciamento social, o trabalho de cuidado com filhos, familiares doentes e idosos, não pôde mais ser delegado a babás, empregadas domésticas, avós ou tias e onerou demasiadamente as mulheres, tornando impossível ou dificultando a continuidade profissional.

Frisa a presidente da Comissão Nacional de Gênero e Violência Doméstica do IBDFAM. "Com a pandemia, foram as mulheres as mais oneradas com o aumento das demandas no espaço domiciliar, com a presença das crianças em casa, fechamento de escolas e creches. Além do trabalho em home office, quando é possível, estão elas também

¹⁴⁸ JERICÓ, Pilar. A dificuldade de ser mãe trabalhadora em plena pandemia. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/sociedade/2020-10-13/a-dificuldade-de-ser-mae-trabalhadora-em-plena-pandemia.html>>

ocupadas com tarefas de cuidado e a educação de filhos, vários em atividades de aprendizagem telepresencial”¹⁴⁹

2.2 OS EFEITOS ECONÔMICOS DA PANDEMIA PARA AS MULHERES

Quando se refere à questão econômica, as mulheres continuam sendo as mais atingidas. De acordo com a consultoria McKinsey para cada homem que perdeu o emprego, 1,8 ficaram desempregadas, ou seja, os empregos das mulheres são 1,8 vezes mais vulneráveis a esta crise do que os empregos dos homens.

As mulheres foram muito afetadas economicamente na pandemia. JULIANE FURNO, et al. afirmam que “pela natureza da crise sanitária e a necessidade de distanciamento social, o setor de serviços foi deveras afetado, onde encontram-se, majoritariamente, as mulheres.”¹⁵⁰

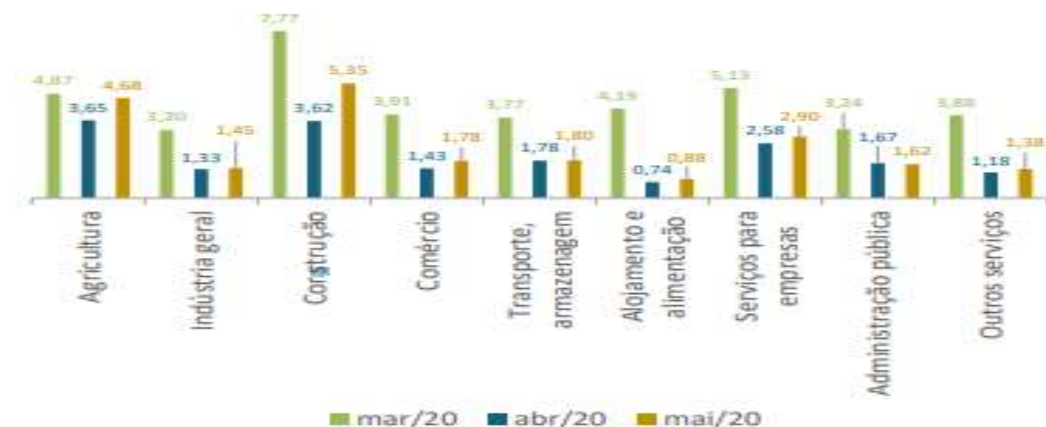
Segundo o estudo A evolução do emprego setorial em 2020: Quão heterogêneo foi o tombo entre os setores? Divulgado pelo Ipea, a contração nas admissões foi um dos grandes responsáveis pelos efeitos expressivos na economia.

O estudo demonstra claramente a queda brusca nas contratações em especial no Comércio, alojamento e alimentação e no setor de serviços.

¹⁴⁹ Igualdade de gênero se torna um ideal ainda mais distante devido à pandemia. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2021. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/8348/Igualdade+de+g%C3%AAnero+se+torna+um+ideal+ainda+mais+distante+devido+%C3%A0+pandemia>>

¹⁵⁰ FURNO, Juliane. et al. BOLETIM ESPECIAL GÊNERO: AS MULHERES NA PANDEMIA. Disponível em: <<https://iree.org.br/wp-content/uploads/2021/03/BOLETIM-ESPECIAL-DO-IREE-SOBRE-GE%CC%82NERO-V2.pdf>>

GRÁFICO 1b
Taxas de admissão via Caged em março e abril de 2019 e 2020, normalizadas usando a PNAD Contínua



Fonte: Caged; PNAD Contínua/IBGE.

Elaboração: Diretoria de Estudos e Políticas Sociais do Ipea (Disoc/Ipea).

É justamente nas referidas categorias, onde houve maior retração que a grande maioria dos trabalhadores são mulheres.

Segundo dados do Ipea, as categorias em que há mais mulheres trabalhando foram as que mais perderam população ocupada. Em alojamento e alimentação, categoria em que 58,3% dos profissionais são mulheres, a queda foi de 51%. Nos serviços domésticos, em que 85,7% dos profissionais ocupados são mulheres, a queda foi de 46,2%. Em educação, saúde e serviços sociais, a queda foi de 33,4%. 76,4% dos profissionais da área são mulheres.¹⁵¹

Lucas Assis, economista da consultoria Tendências conclui: “A lógica está dada: os setores que mais sofreram na pandemia são os que menos contratam. E, se esses setores contam com mais mulheres em suas estruturas, essa população é mais afetada”¹⁵²

O Estudo “Sem Parar: o trabalho e a vida das mulheres na pandemia” feito através da plataforma Survey Monkey, no período de 27/04/2020 a 11/05/2020, com 2.641 respostas validadas para análise, entre mulheres em sua maioria urbana (85%), trabalhadora e responsável por pelo menos 50% da renda familiar, 80% delas recebem até

¹⁵¹ FONSECA, Mariana; SUTTO, Giovanna. Desigualdade de gênero: participação das mulheres no mercado de trabalho é a menor em 30 anos : e a pandemia é parte do problema. Participação das mulheres no mercado de trabalho é a menor em 30 anos – e a pandemia é parte do problema. 2021. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/carreira/participacao-das-mulheres-no-mercado-de-trabalho-e-a-menor-em-30-anos-e-a-pandemia-e-parte-do-problema/> >

¹⁵² Ibidem, 2021

2 salários mínimos, e nem 10% do total ganham mais de 5 salários; demonstrou que 40% das mulheres durante a pandemia e a situação de isolamento social tiveram a sustentação da casa em risco, desse número 55% são mulheres negras, que tinham como maior dificuldades o pagamento das contas básicas e o aluguel, inclusive na pesquisa as que têm até o ensino médio apontou preocupação com acesso a alimentos. O estudo ainda demonstrou que 5% das mulheres desempregadas são negras, sendo 39% brancas e 2,5% indígenas ou amarelas.

O auxílio emergencial oferecido pelo Governo e as demais medidas de enfrentamento ao desemprego fez com que os números de pessoas atingidas pela pobreza ou extrema pobreza não fossem pior, mas em 2021 quando a população ficou desamparada de janeiro a março e o auxílio foi significativamente reduzido para R\$ 250,00, a desigualdade de gênero vai continuar a aumentar em um cenário onde a pandemia não tem prazo para acabar, pois, a vacinação vem acontecendo em ritmo lento, as escolas permanecem fechadas, a inflação está aumentando e inúmeros postos de trabalho foram perdidos em decorrência da renda, especialmente no setor de Serviços, o qual emprega em sua maioria mulheres.

2.3 A MULTIPLA JORNADA DA MULHER E OS EFEITOS PÓS PANDEMIA

O trabalho doméstico é culturalmente desenvolvido pelas mulheres. Até mesmo quando se tem uma diarista ou funcionária do lar, as mulheres é que ficam a frente de repassar as determinações. Isso ocorre porque grande parte dos homens não se sentem responsáveis pelas atividades do lar. Com isso, temos mulheres que não conseguem entrar no mercado de trabalho e ainda aquelas que além de trabalhar fora de casa, ainda tem uma jornada de trabalho doméstico que é invisível e gratuita.

JULIANE FURNO, et al.¹⁵³ asseguram que:

As mulheres passaram a ter sua força de trabalho duplamente explorada, caracterizando o exercício de uma dupla, ou às vezes até mesmo tripla, jornada de trabalho. Todavia, as horas dispendidas nos serviços domésticos permaneceram excluídas do cômputo das contas nacionais do sistema econômico, invisibilizando a importância social deste trabalho e seu papel na alocação e na dimensão da distribuição dos recursos.

No ano de 2019, de acordo com os dados do IBGE acima mencionados, a média de horas dedicadas aos afazeres domésticos realizados pelos homens é de 11 horas semanais,

¹⁵³ Ibidem, 2021

enquanto que as mulheres dedicavam 21,4 horas semanais. Dentre o grupo de homens e mulheres ocupados, os homens gastam 10,4 horas semanais e as mulheres 18,5 horas semanais com os serviços domésticos. A pesquisa apresentou ainda dados dos homens não ocupados, trazendo uma média de 12,1 horas semanais contra 24 horas semanais das mulheres. Observa-se que tanto no caso das pessoas que tem ocupação, quanto no caso das que não tem ocupação, as mulheres trabalham quase o dobro dos homens nos afazeres domésticos.

Os dados trazidos são anteriores a pandemia da covid-19. Com o fechamento das escolas e creches as mulheres ficaram sem rede de apoio e conseqüentemente com mais atribuições, precisando cuidar dos filhos em tempo integral, acompanhar os filhos nas aulas remotas, ensinar, dentre outras atribuições. Com isso, a jornada de trabalho da mulher que já não era fácil se tornou ainda mais difícil. Muitas mulheres não conseguiram permanecer no mercado de trabalho após o início da pandemia, e as que conseguiram permanecer por meio do home office precisaram conciliar em um mesmo ambiente, o seu trabalho, os serviços domésticos, cuidados com os filhos e companheiro.

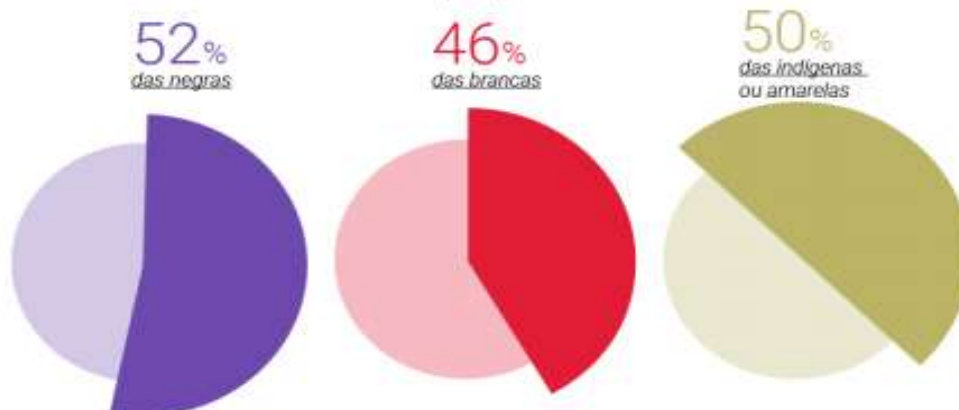
Raquel Azevedo, sócia e líder de Diversidade & Inclusão da consultoria Falconi afirma:

“A desigualdade já era realidade. A mulher era mãe, dona de casa, profissional e tinha que dar conta de todas as atividades. Mas, com a pandemia, a situação de muitas mulheres ficou inconciliável. Como manter a produtividade no trabalho, ou mesmo manter o emprego, em meio ao isolamento social com as crianças integralmente em casa, sem a ajuda do parceiro? Historicamente, se alguém precisa abrir mão de um trabalho para se dedicar à casa, será a mulher e não o homem. Então, muitas deixaram o trabalho por não conseguirem administrar tudo em meio à pandemia. O gap que já tínhamos ficou abissal”¹⁵⁴

O Estudo “Sem Parar: o trabalho e a vida das mulheres na pandemia” demonstrou que 50% das mulheres brasileiras passou a cuidar de alguém, dentro desse número não se inclui somente os filhos, mas também idosos e pessoas com deficiência, sendo esse número maior quando se trata de mulheres negras:

154 Ibidem, 2021

Mulheres que passaram a se responsabilizar pelo cuidado de alguém
por raça



Ainda quanto aos efeitos do cuidado a pesquisa Sem Parar identificou que 42% das mulheres responsáveis pelo cuidado o fazem sem apoio nenhum, e das mulheres que contavam com algum apoio para o cuidado 51% afirmou que este apoio diminuiu.

Todo esse cenário da mulher multitarefa já vem refletindo em prejuízo à saúde mental das mulheres. A pesquisa "Women's Forum", realizada pela Ipsos com entrevistados dos países do G7 (Alemanha, Canadá, Estados Unidos, França, Itália, Japão e Reino Unido) demonstrou que as mulheres tem sido mais afetadas por estresse, medo, ansiedade e sentimento de desamparo em relação aos homens.

Um estudo da USP publicado em publicado dia 3 de fevereiro de 2021, na Plos One sob o título Exploratory study on the psychological impact of covid-19 on the general Brazilian population, realizado entre maio e junho de 2020 foi no mesmo sentido, onde as mulheres foram as mais afetadas emocionalmente pela pandemia, respondendo por 40,5% de sintomas de depressão, 34,9% de ansiedade e 37,3% de estresse.

O professor neuropsicólogo Antônio de Pádua Serafim, do IPq/HC/FM, que conduziu a pesquisa, em entrevista ao Jornal da USP explica:

"Embora a pesquisa não tenha detalhado as razões que levaram as mulheres a terem maior sofrimento psíquico, a literatura médica vem mostrando que são elas que têm maiores impactos pelas condições sociais em que vivem. A pandemia só acirrou essa situação", diz o neuropsicólogo. Elas cumprem dupla jornada, acompanham o desenvolvimento escolar dos filhos e, na pandemia, mais pessoas permaneceram dentro de casa, além das preocupações relacionadas ao próprio vírus (iminência de contaminação, necessidade de mudanças de hábitos de higiene, redução de convívio social,

familiares adoecidos, etc.). "Todas essas circunstâncias geram estresse e podem ser gatilhos detonadores de doenças mentais"¹⁵⁵

3. O QUE O FUTURO ESPERA - ALGUMAS MEDIDAS PARA REDUÇÃO DA DESIGUALDADE DE GÊNERO

Após a pandemia tivemos um aumento da desigualdade de gênero que já existia. Com isso, precisamos encontrar medidas para diminuir essa desigualdade e garantir que as mulheres possam ter oportunidades de permanecer e entrar no mercado de trabalho em condições iguais aos dos homens.

JULIANE FURNO, et al.¹⁵⁶, explicam que "É preciso enfrentar o modelo masculino do pensamento econômico, explorar as suas ideias fundadoras, questionar e transformá-las. Não se trata somente de um problema estatístico, mas também teórico e político."

Precisamos passar por uma mudança na cultura brasileira de que a mulher é a pessoa responsável pelos cuidados com o lar. É necessário políticas públicas para conscientização da população sobre a desigualdade de gênero e a importância de ser adotadas medidas que possam melhorar essa realidade. Como vimos alhures, o trabalho doméstico causa uma múltipla jornada de trabalho para as mulheres. Isso precisa ser mudado. Uma forma de mudança dessa cultura é incluir uma disciplina no ensino fundamental para as crianças, explicando a importância de parceria dessa atividade de divisão de tarefas domésticas entre homens e mulheres. A educação das crianças é uma das coisas que podem ser feitas para que no futuro tenhamos uma população mais consciente e disposta a fazer diferente.

Neste sentido, Melo e Morandi (2021)¹⁵⁷ afirmam que:

Em relação ao trabalho dito feminino, o que envolve mudanças culturais com a participação igualitária de homens e mulheres na divisão do trabalho não remunerado, o que demanda esforço educacional e conscientização social.

A desigualdade entre homens e mulheres tem várias faces, uma delas é a diferença na renda média. Os homens ganham mais do que as mulheres. Para aumentar a renda média das mulheres precisamos de políticas públicas como o ensino nas escolas e creches

¹⁵⁵ FERREIRA, Ivanir. Mulheres foram mais afetadas emocionalmente pela pandemia. Jornal Da USP. Disponível em: <https://jornal.usp.br/ciencias/mulheres-foram-mais-afetadas-emocionalmente-pela-pandemia/>

¹⁵⁶ Ibidem, 2021

¹⁵⁷ MELO, Hildete Pereira de; MORANDI, Lucilene. A DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO NO CONTEXTO DA PANDEMIA. Disponível em: <<https://periodicos.uff.br/trabalhonecessario/article/view/45884/28409>>.

em tempo integral. Isso vai fazer com que aumente a possibilidade das mulheres ter um emprego formal, ser mais bem remuneradas e ter garantido os seus direitos trabalhistas¹⁵⁸. Não obstante, essa possibilidade também aumenta a inserção da mulher no mercado de trabalho, bem como a sua permanência.

Uma das medidas que foram feitas durante a pandemia, foi o auxílio emergencial, o que ajudou muitas famílias que estavam em situação de miserabilidade. Para as mulheres que são chefe de família, a lei desse auxílio trouxe a possibilidade de receber o valor em dobro do benefício. Ocorre que como já vimos as mulheres foram as que mais perderam os empregos durante a pandemia. Destarte, a continuidade no pagamento de um auxílio para essas mulheres após a pandemia é de suma importância. É necessário ter a participação das mulheres para pensar e implantar novas políticas públicas que possam ajudar a mudar essa realidade.

As medidas que foram tomadas para o enfrentamento aos efeitos econômicos da covid-19, apesar de ter muitos pontos positivos, faltou proteger mais as mulheres que já estavam em situação de desigualdade no mercado de trabalho. É preciso ter um olhar diferenciado para as mulheres nesse momento da pandemia e no pós-pandemia, implementando formas de diminuir a desigualdade de gênero no mercado de trabalho.

Especialistas ouvidos pela InfoMoney¹⁵⁹ são categóricos em afirmar que as empresas precisam sair do discurso e partir para a ação, trazendo algumas atitudes a serem tomadas pelas empresas:

- 1) **Tornar o próprio ambiente de trabalho mais inclusivo:** A fundadora da B2Mamy, Dani Junco cita, por exemplo, a importância de um espaço para mães deixarem e eventualmente visitarem seus filhos pequenos com segurança. "Um coworking baby friendly é um benefício corporativo que faz diferença para elas subirem na carreira. Uma escola integral custa muito mais, e a conta não fecha para muitas mães".
- 2) **Promover o trabalho remoto** desde que revisado para se criar regras, respeitando os horários combinados de trabalho e as empresas cedam estrutura adequada.
- 3) **Equiparação entre a licença-maternidade e a licença-paternidade** unificando a nomenclatura para "licença-parental", Ana, da Rede Mulher Empreendedora explica que "Adotar essa terminologia tira a

158 Ibidem, 2021

159 Ibidem, 2021

responsabilidade apenas da mulher de cuidar da criança e torna a família responsável. Pai ou mãe então equilibram o tempo que cada um passa com o filho”.

- 4) levar mais mulheres para o topo das organizações** “As mulheres conquistaram o mercado de trabalho até a média gerência, mas ainda não estão nas posições de poder. Fica implícito que ela não pode sonhar em ser uma grande executiva, porque algum dia pode decidir ser mãe”, diz Ana.

Ainda sim, cabe observar que essas atitudes são poucas e não irão atingir a mulher brasileira que trabalha na informalidade ou de forma autônoma, não tendo o resguardo dos Direitos Trabalhistas e muitas vezes tem que lidar com o preconceito e intolerância dos patrões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estamos vivendo um momento bastante difícil na vida de todos em decorrência da pandemia da covid-19. Essa doença chegou de repente e não sabemos quando ela vai acabar. Infelizmente quem mais sofre com essa pandemia são as pessoas que estão em situação de miserabilidade, muitas das vezes sem ter o que comer e sem está amparado pelas legislações trabalhistas, o que acaba levando as pessoas a procurar “bicos” em situação informal de trabalho. E quando falamos em trabalho informal, até mesmo estes diminuíram por causa do isolamento social.

O fechamento das escolas e creches, apesar de ser necessário, prejudicou muitas mulheres de exercer o trabalho fora de casa, ou de exerce-lo com a carteira de trabalho assinada. Ademais, o ambiente de trabalho das mulheres que precisaram ficar no home office passou a ser o seu lar, o que dificulta o trabalho para grande parte das mulheres que precisam cuidar da casa e da sua família as vezes sem nenhum parceiro para colaborar na divisão das tarefas.

Entendemos que para se reduzir a desigualdade de gênero é necessário uma mudança cultural, a se iniciar nas escolas, onde a criação das meninas e dos meninos devem ser as mesmas em divisão de responsabilidade e direitos.

O Governo tem papel fundamental na criação de políticas públicas que sejam capaz de reduzir essa desigualdade de gênero no mercado de trabalho durante a pandemia e no pós pandemia. Mas as empresas devem assumir sua responsabilidade olhando para sua colaboradora de forma a atender suas necessidades, oportunizando uma jornada flexível, sem penalizá-la, incentivando o equilíbrio entre a carreira e vida pessoal, e promovendo um diálogo aberto e baseado em fatos e não especulações.

Caso tais atitudes não sejam tomadas imediatamente, corremos o risco de perder boa parte do avanço que as mulheres conquistaram no mercado de trabalho ao longo de anos. Isso seria um retrocesso social.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alerrandre. **Homens ganharam quase 30% a mais que as mulheres em 2019.** Agência IBGE Notícias. 06 maio 2021. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/27598-homens-ganharam-quase-30-a-mais-que-as-mulheres-em-2019>> . Acesso em: 26 mai2021.

BIANCONI, Giulliana et al. **SEM PARAR: O trabalho e a vida das mulheres na pandemia.** SOF Sempreviva Organização Feminista. Disponível em <http://mulheresnapandemia.sof.org.br/wp-content/uploads/2020/08/Relatorio_Pesquisa_SemParar.pdf> Acesso em 20 jun 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm> Acesso em: 24 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.982, de 02 de abril de 2020.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13982.htm> Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.020, DE 6 de julho de 2020.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14020.htm> Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. **Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm> Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. **Medida Provisória nº 936, de 01 de abril de 2020.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm> Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. **Medida Provisória nº 1000, de 02 de setembro de 2020.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv1000.htm> Acesso em: 25 abr. 2021.

BRUSCHINI, Maria Cristina Aranha. **Trabalho e gênero no Brasil nos últimos dez anos.** Cadernos de Pesquisa, [S.L.], v. 37, n. 132, p. 537-572, dez. 2007. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0100-15742007000300003>.

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. **Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda – Bem.** Brasil. Disponível em: <<https://www.caixa.gov.br/beneficios-trabalhador/beneficio-emergencial/>> Acesso em: 25 abr. 2021.

CONGRESSO NACIONAL. **Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.** Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm> Acesso em: 25 abr. 2021.

CORSEUIL, Carlos Henrique; RAMOS, Lauro; RUSSO, Felipe. **A evolução do emprego setorial em 2020: quão heterogêneo foi o tombo entre os setores.** Carta Conjunta Número 48 - 3º Trimestre de 2020. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/200706_cc_48_mercado_de_trabalho_a_evolucao_do_emprego_setorial_em_2020.pdf. > Acesso em: 18 jun. 2021.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2012. 302 p.

FERREIRA, Ivanir. **Mulheres foram mais afetadas emocionalmente pela pandemia.** Jornal Da USP. Disponível em: <https://jornal.usp.br/ciencias/mulheres-foram-mais-afetadas-emocionalmente-pela-pandemia/> Acesso em 20 jun 2021.

FONSECA, Mariana; SUTTO, Giovanna. **Desigualdade de gênero: participação das mulheres no mercado de trabalho é a menor em 30 anos : e a pandemia é parte do problema. Participação das mulheres no mercado de trabalho é a menor em 30 anos – e a pandemia é parte do problema.** 2021. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/carreira/participacao-das-mulheres-no-mercado-de-trabalho-e-a-menor-em-30-anos-e-a-pandemia-e-parte-do-problema/> > Acesso em: 18 jun. 2021.

FURNO, Juliane. et al. **BOLETIM ESPECIAL GÊNERO: AS MULHERES NA PANDEMIA.** Disponível em: <<https://iree.org.br/wp-content/uploads/2021/03/BOLETIM-ESPECIAL-DO-IREE-SOBRE-GE%CC%82NERO-V2.pdf>>. Acesso em 30 mai 2021.

Igualdade de gênero se torna um ideal ainda mais distante devido à pandemia. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2021. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/8348/Igualdade+de+g%C3%AAnero+se+torna+um+ideal+ainda+mais+distante+devido+%C3%A0+pandemia>> . Acesso em: 26 mai 2021.

JERICÓ, Pilar. **A dificuldade de ser mãe trabalhadora em plena pandemia.** Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/sociedade/2020-10-13/a-dificuldade-de-ser-mae-trabalhadora-em-plena-pandemia.html>> Acesso em: 26 mai. 2021.

MELO, Hildete Pereira de; MORANDI, Lucilene. **A DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO NO CONTEXTO DA PANDEMIA.** Disponível em: <<https://periodicos.uff.br/trabalhonecessario/article/view/45884/28409>>. Acesso em 12 jun 2021.

MERCADO de trabalho feminino e pandemia: impactos e perspectivas. 2021. Redação Hypheness. Disponível em: <https://www.hypheness.com.br/2021/04/mercado-de-trabalho-feminino-e-pandemia-impactos-e-perspectivas/> . Acesso em: 19 jun. 2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 188, de 03 de fevereiro de 2020.** Brasil. Disponível em: < <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>> . Acesso em: 24 abr. 2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 356, de 11 de março de 2020.** Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/PRT/Portaria%20n%C2%BA%20356-20-MS.htm> . Acesso em: 24 abr. 2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Sobre a Doença.** Brasil. Disponível em: < <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca>> . Acesso em: 23 abr. 2021.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda.** Brasil. Disponível em: < <https://servicos.mte.gov.br/bem/>> . Acesso em: 25 abr. 2021.

Pandemia adia igualdade de gênero por mais uma geração. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/sociedade/2021-03-31/pandemia-adia-igualdade-de-genero-por-mais-uma-geracao.html>> . Acesso em: 26 mai 2021.

PANDEMIA causa mais prejuízos à saúde mental de mulheres do que de homens. 2020. Elaborado por Canal: Pesquisa. Disponível em: <https://medicinas.com.br/saude-mental-covid19/> > . Acesso em: 20 jun. 2021.

POR CENTROS DE CONTROLE E PREVENÇÃO DE DOENÇAS (CDC) (Atlanta Geórgia). Divisão de Educação Científica e Desenvolvimento Profissional. **Princípios de Epidemiologia na Prática de Saúde Pública.** 2012. 3. Ed. Disponível em: < <https://www.cdc.gov/csels/dsepd/ss1978/lesson1/section11.html>> . Acesso em: 23 abr. 2021.

Supremo Tribunal Federal. Imprensa. **STF reconhece competência concorrente de estados, DF, municípios e União no combate à Covid-19**. Brasil, 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441447&ori=1>>. Acesso em: 24 abr. 2021.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima; AITH, Fernando Mussa Abujamra; RACHED, Danielle Hanna. **A emergência do novo coronavírus e a “lei de quarentena” no Brasil**. Revista Direito e Práxis, [S.L.], v. 12, n. 1, p. 102-138, jan. 2021. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2020/49180>>. Acesso em: 24 abr. 2021.

A VISÃO DA MAGISTRATURA SOBRE A RETROATIVIDADE DA NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, EMBASADA NO FIM DA MODALIDADE CULPA.

SILVANA GRANDIZOLI SILVA¹⁶⁰:
graduanda em Direito pela
Universidade Brasil, campus
Fernandópolis.

ANDRÉ DE PAULA VIANA
(orientador)

1 INTRODUÇÃO

Haja vista à aprovação da nova Lei da Improbidade Administrativa (LIA), um tema bastante polêmico surgiu, agravado pelo problema de haver poucas jurisprudências sobre o assunto. A proposta desta pesquisa será embasada em julgamentos de improcedência da retroatividade da nova Lei n.º 14.230/21, quanto à retirada da modalidade “culpa” referente ao prejuízo ao erário, da penalização do agente público, o que acaba por entrar em contradição com a Lei Anticorrupção (LA) (BRASIL, 2021).

Nos termos do Art. 2º da Lei de Improbidade Administrativa, o agente público, o agente político, o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades referidas no Art. 1º desta Lei. (BRASIL, 2021).

Segundo a Controladoria-Geral da União (2021) “o agente público é todo aquele que presta qualquer tipo de serviço ao Estado, que exerce funções públicas, no sentido mais amplo possível dessa expressão, significando qualquer atividade pública” (BRASIL, 2022).

Ainda, segundo a Controladoria-Geral da União (2021) define-se agente político como:

O agente político é aquele investido em seu cargo por meio de eleição, nomeação ou designação, cuja competência advém da própria Constituição, como os Chefes de Poder Executivo e membros do Poder Legislativo, Judiciário, Ministério Público, Tribunais de Contas, Ministros de Estado e de Secretários nas Unidades da

¹⁶⁰ Contato: silgrandizoli@hotmail.com

Federação, os quais não se sujeitam ao processo administrativo disciplinar (BRASIL, 2021).

A Lei Anticorrupção, no que lhe concerne, no Art. 1º, § 2º, determina que “os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade” (BRASIL, 2013). E, no Art. 30 da Lei n.º 14.230/21, dispõe que a aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:

- Ato de Improbidade Administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e,
- Atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011 (BRASIL. LEI Nº 14.230, DE 25 DE OUTUBRO DE 2021).

Publicada a nova Lei de Improbidade Administrativa, a Lei nº 14.230/21, no último dia 26 de outubro de 2021, o qual alterou a antiga Lei nº 8.429/92, tendo ocorrida a expressa revogação da improbidade culposa, nos seguintes termos:

Art. 2º - A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, passa a vigorar com as seguintes alterações.

Art. 1º - O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta lei.

Parágrafo Único. (revogado)

§ 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos Arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados os tipos previstos em lei especial.

§ 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos Arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente. No Art. 10 da Lei de Improbidade anteriormente vigente havia múltiplas modalidades de comportamentos lesivos ao erário que comportavam modalidades culposas. Tais condutas típicas estão revogadas.

Surgindo com esta revogação culposa, o então discutido tema.” Retroage ou não aos processos já em andamento”? (BRASIL, 1992).

Existem dois pontos de vista a serem discutidos. Primeiramente, é o que está presente na Constituição Federal do Brasil de 1988, em seu Art. 5º, inciso XL “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, que comina com Art. 2º CP, parágrafo único. “A lei posterior, que de qualquer modo favorece o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado (BRASIL, 1940).

O segundo trata da retroatividade da Lei, porém de um ponto de vista polêmico, o de absolver funcionários públicos em ações civis públicas, que estão respondendo por prejuízo ao erário na modalidade culposa (negligência, imprudência, imperícia), entrando em um contexto contrário aos princípios da Administração Pública e a outras leis vigentes, mas não há outra lei comum e, sim, à nobre Lei Anticorrupção, Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências (BRASIL, 2013).

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Conceito de Improbidade Administrativa

Para entender o conceito de Improbidade Administrativa (IA) é necessário recorrer a sua origem, este no que lhe concerne, tem sua origem no latim, baseia-se na ideia de malícia, imoralidade ou má conduta, o sujeito não apresenta honestidade em seus atos, age indignamente, atuação com falta de decência (CARDOSO, 2017).

Trazendo este conceito para seara jurídica, verifica-se que, a improbidade administrativa baseia-se em uma conduta imoral, desonesta cometida por um administrador ou funcionário público. Salienta-se a importância de analisar a improbidade administrativa consoante a Lei 8.429/92, não a limitando ao seu significado no contexto etimológico, é preciso visualizar o conceito na totalidade, nesses casos é preciso entender que a improbidade administrativa se trata de um fenômeno, uma manifestação fixada na desonestidade, com contornos de corrupção (OLIVEIRA e PAIXÃO, 2022).

Acredito que o ato devo ser resultado de uma condição de despreparo ou incompetência por meio de agente público ao qual deveria atuar com cuidados objetivos exigidos (ANDRADE, 2015);

Há quem afirme que a Lei 8429/92 possui um caráter elástico, visto que admite que a configuração da improbidade administrativa aconteça não somente por atos praticados

na modalidade dolosa, mas também na modalidade culposa, como ações negligentes, imprudentes ou com imperícia, como nos casos de lesão culposa ao erário (art.10). Analisando mais precisamente é possível observar que o conceito de probidade, comparado ao de moralidade, ganha aspectos mais amplos e protetivos, para alguns autores a probidade alcança não apenas a moralidade, mas também a legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência (CARDOSO, 2017).

Outro fator corroborativo dessa elasticidade funde-se a ideia do ato de improbidade cometido em sua modalidade culposa possuindo punições previstas na citada Lei. Em termos gerais não se falava em imoralidade onde, mediante ato culposos, para sua configuração era necessário que o agente possuísse o dolo, a vontade em agir, conceito apoiado pelos autores Andrade et al., (2015).

2.2 Críticas e divergências em relação as alterações da LIA

Antes de discorrer sobre possíveis críticas e divergências em relação as alterações da lei de improbidade administrativa, interessante vislumbrar o exame da matéria de acordo com os Ministros. Em nenhuma das abordagens, a votação do plenário da Corte Superior foi unânime. Na tabela abaixo é possível ver de forma sintetizada a posição adotada por cada ministro.

IA SEM DOLO COM CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO	
A Nova Lei não retroage	Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Luiz Fux (6 votos).
A Nova Lei retroage	Nunes Marques, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, André Mendonça, Ricardo Lewandowski (3 votos).
A Nova Lei retroage mediante de ação rescisória	André Mendonça, Ricardo Lewandowski (2 votos).
IA SEM DOLO EM AÇÕES SEM TRÂNSITO EM JULGADO	
A Nova Lei não retroage	Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Cármen Lúcia (4 votos).
A Nova retroage	Alexandre de Moraes, André Mendonça, Nunes Marques, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Luiz Fux (7 votos).

PRESCRIÇÃO GERAL	
A Nova Lei não retroage	Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Luiz Fux (6 votos).
A Nova Lei retroage	Nunes Marques, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes (4 votos).
Posição intermediária	André Mendonça (1 voto).
PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE	
A Nova Lei não retroage	Alexandre de Moraes, André Mendonça, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Luiz Fux (9 votos).
A Nova Lei retroage	Nunes Marques, Dias Toffoli (2 votos).

Fonte: PGR, 2022.

Desde a publicação da nova lei, a norma foi alvo de diversas modificações, entretanto, pontuais e singelas. Quando olhadas de um ponto de vista estrutural, a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) mantém sua essência, todavia, em outubro de 2021 passou a vigorar a Lei 14.230/2021, que trouxe alterações radicais a lei anterior (BRASIL, 2021).

Como resposta ao art. 37, § 4.º da Constituição Federal (CF), o Legislativo brasileiro, no ano de 1992, editou a Lei de Improbidade Administrativa, Lei n.º 8.429/92, a qual dispõe sobre elementos de direito material e processual, especialmente sobre seus momentos e tipos punitivos, entre eles: primeiro momento, (artigo 9.º), regulamentava atos de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito, segundo momento, previsto no (artigo 10), atos de improbidade administrativa que causam danos ao erário, por fim no terceiro momento, (artigo 11), previa atos de improbidade administrativa que violavam os princípios que regem a Administração Pública (FREITAS, 2022).

Três espécies punitivas, porém, somente o (artigo 10), permitia a configuração de IA por conduta culposa, nesses casos o indivíduo conduzia suas ações por meio de imperícia, negligência ou imprudência, sem o propósito de causar danos ao patrimônio público (NEVES, 2022).

As mudanças trazidas pela Lei 14.230/2021, incluem a imputação dos atos relativos às improbidades. Na elaboração da petição inicial (artigo 17, §6º, inciso II, da LIA); prolação de sentença condenatória (artigo 1.º, §§1º, 2.º e 3.º, e artigo 17-C, inciso I, da LIA). É essencial demonstrar dolo específico, para atingir o fim ilícito. Sendo assim, a forma culposa anteriormente prevista foi totalmente excluída do ordenamento jurídico brasileiro, somente o dolo específico configura o crime de improbidade (BRASIL, 2021).

Analisando este conceito é possível entender a opinião de alguns estudiosos e de profissionais jurídicos em afirmar que a extinção da forma culposa tende a favorecer a impunidade, enfraquecendo assim o combate à corrupção. Entretanto, as críticas são consideradas desprovidas de fundamento e desacompanhadas da evolução jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Daí, o argumento dos críticos de que a retirada da forma culposa favorece a impunidade e enfraquece o combate a corrupção. Porém, alguns estudiosos afirmam que as críticas são desprovidas de fundamento e, a bem a verdade, vem desacompanhada da evolução da jurisprudência do STJ sobre a matéria.

Isso porque a jurisprudência da corte superior já vinha desde 1999 moldada no sentido de que os atos de improbidade reclamam a existência dos elementos má-fé e deslealdade às instituições, ocultando-se dos interesses públicos, assentando que "a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente ou desastrado" REsp 213.994-0/MG, 1ª Turma, relator ministro Garcia Vieira, D.O.U. 27.09.1999. (JUS BRASIL).

Acredita-se que tal crítica não possui fundamento aja, visto que é impossível relacionar o ato culposos, pois, um ato composto de má-fé, utiliza-se de uma fé, fazendo de propósito. Analisando intelectualmente, percebe-se que não há vínculo de um ato culposos (sem intenção), com uma conduta desleal ou desonesta (pressupõe-se a vontade). O indivíduo corrupto tem ciência de seus atos reprováveis, e mesmo assim, prática de forma voluntária. Em contrapartida, o agente inábil, não possui consciência ou vontade, provocando uma ação desprovida de desonestidade ou má-fé (FREITAS, 2022).

O mesmo autor, salienta ainda que é perceptível ao excluir a modalidade culposa dos atos de improbidade, os legisladores não optaram por favorecer a impunidade, visto que atos puníveis de fato, são baseados na desonestidade, portanto, não são verificáveis em condutas de sujeitos inábeis, desastrados, incompetentes ou despreparados (NEVES, 2022).

Com intuito de comprovar tais argumentos, recorre-se a pressupostos vislumbrados na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) 6678/DF, de indicação do Partido Socialista Brasileiro (PSB) contra os incisos II e III, do artigo 12 da Lei n.º 8.429/92, em sua redação original, o ministro Gilmar Mendes apresentou uma medida cautelar visando estabelecer

sanções de suspensão de direitos políticos, não se aplicando a atos de improbidade culposos que causassem danos ao dinheiro público, identificando, "vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso de Poder Legislativo" com "violação ao princípio da proporcionalidade" (CARDOSO, 2017).

No mesmo sentido, cabe reverenciar o posicionamento da corte paulista em recentíssimo julgado de relatoria da desembargadora Silvia Meirelles, ao firmar que "a Lei de Improbidade não serve para punir o mau administrador, mas, sim, o administrador ímprobo", sendo que "o entendimento supracitado... encontra-se em consonância com a recente alteração operada na Lei de Improbidade Administrativa pela Lei nº 14.230/2021, que, inclusive, extirpou a forma culposa do cometimento de tais condutas, em razão da clara incompatibilidade da culpa com a exigência de má-fé para a caracterização de ato ímprobo".[4] TJSP; Apelação Cível 0001531-22.2015.8.26.0059; relator (a): Silvia Meirelles; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Bananal — Vara Única; Data do Julgamento: 25/11/2021; Data de Registro: 25/11/2021.

No dia 26 de outubro de 2021, o atual Presidente da República Jair Messias Bolsonaro, sancionou a nova Lei Federal de Improbidade Administrativa n.14.230/21, a qual vem sofrendo críticas constantes. A celeuma principal tem base nos §§1º ao 3º ao artigo 1º da Lei Federal 8.429/92, a qual apresentava responsabilização do sujeito mediante a comprovação do dolo, ou seja, o agente deveria de vontade livre e consciente alcançar o resultado ilícito tipificado nos artigos (9, 10 e 11 da antiga lei), lembrando que em cada um existia um tipo de IA, caracterizados por: enriquecimento ilícito do agente (artigo 9), danos ao erário (art.10), violação aos princípios da administração pública, legalidade, imoralidade e imparcialidade (art. 11).

Ao discorrer sobre conduta culposa, percebe-se a intenção de demonstrar que o comportamento do agente não foi intencional, entretanto, o conceito de que a moralidade pública não se caracteriza apenas por atos que demandem a vontade do autor. O interesse coletivo não pode ficar subordinado as intenções escusas do legislador ordinário (SOUZA, 2022).

Para entender as divergências, é primordial analisar alguns fundamentos jurídicos sobre a responsabilização da improbidade administrativa. Por exemplo, § 4º do artigo 1º da nova lei, caracteriza o entendimento de que a ação ímproba é caracterizada como um processo sancionador. Nesses casos, vivencia-se à premissa que os agentes públicos, não devem ignorar os princípios e normas aplicáveis à punição de pessoas (ALMEIDA, 2021).

Essa premissa é corroborada pelo artigo 37, §4º da CF, deixando claro que casos de improbidade administrativa, também podem ser configurados como ilícitos penais. O agente também poderá ser punido na esfera penal, sem qualquer prejuízo de ação penal cabível. Na verdade, várias condutas descritas na lei de improbidade administrativa também podem ser consideradas tipos penais, entre elas o peculato, concussão, fraudes às licitações, corrupção ativa ou passiva. Para apuração da subsunção do fato ocorrido e aplicação de normas punitivas, há que se respeitar os princípios básicos dos processos sancionadores, permitindo fatores como: a ampla defesa, o princípio do contraditório, o devido processo legal, a responsabilização mediante a culpabilidade do agente (CARVALHO, 2021).

É primordial atentar-se as disposições legais, vez que o mero exercício da função, não justifica condenação por atos alegadamente improbo. Deve ser comprovado o intuito, a atitude, ou seja, a comprovação de que ação poderia prejudicar ou prejudicou a Administração Pública (VALLE, 2022).

Mesmo não apresentando condutas culposas estabelecidas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 14.230/21), em outras esferas, são plenamente sancionáveis, como, por exemplo, na esfera administrativa, por meio de processo administrativo disciplinar ou na esfera civil com a finalidade de ressarcimento aos cofres públicos (FREITAS, 2022).

No artigo 17, §16, da (LIA), tem-se expressado permissão legal no intuito de convolar, um ato de improbidade em ações civis públicas de ressarcimento, quando se define conduta culposa e não dolosa, resguardando o erário, não permitindo que a ação, mesmo que sem dolo, provoque prejuízo, a economia pública (BRASIL, 2022).

Art. 17...

§ 16. A qualquer momento, se o magistrado identificar a existência de ilegalidades ou de irregularidades administrativas a serem sanadas sem estarem presentes todos os requisitos para a imposição das sanções aos agentes incluídos no polo passivo da demanda, poderá, em decisão motivada, converter a ação de improbidade administrativa em ação civil pública, regulada pela Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985

Por outro ângulo, a Lei 14.230/21 também traz a imposição determinados mecanismos, cujo objetivo, é eliminar possibilidades de condutas culposas (erro grosseiro) na esfera da administração pública, por meio, da qualificação e capacitação de agentes públicos e políticos, que venham atuar na prevenção ou repressão dos atos de improbidade administrativa (artigo 23-A, da LIA) (BRASIL, 2022).

Art. 23-A. É dever do poder público oferecer contínua capacitação aos agentes públicos e políticos que atuem com prevenção ou repressão de atos de improbidade administrativa.

Dessa forma, afasta-se a improbidade por ato culposo, muitas vezes utilizadas em ações propostas no Brasil, com base somente no artigo 10, da antiga lei, baseado em danos ao erário, no ato culposo, mesmo que não haja intenção de prejudicar o patrimônio público, quantifica-se o dano causado por ação ou omissão de terceiros.

Verificava-se o ato culposo, mesmo, quando não havia intenção de prejudicar o erário, mas fosse quantificado um dano causado por ação ou omissão de terceiros. Como exemplo, contratava-se servidor, sem o devido processo de licitação, nestes casos todos poderiam ser penalizados conforme as culpas in vigilando e in procedendo, previstas no direito civil (SOUZA, 2021)

Muitas ações de improbidade administrativa foram propostas por ato culposo, com base no enriquecimento ilícito ou na violação de princípios, fundamentadas na lei de 1992. Partindo dessa ideia, verifica-se que a nova lei ampliou os posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no que tange alegada violação de princípios, não aplicando penalidades, ao não comprovar dolo (REsp 1.127.143, REsp 951.389).

As críticas se tornam persistentes, pois, acredita-se que a nova lei permite que aquele gestor público inepto e negligente tem autoridade para atuar na gestão pública ao seu bem entender, prejudicando os cofres da Federação Brasileira e consequente afrouxamento no combate à corrupção. Todavia, a responsabilização objetiva, não precisa ser comprovada por meio de dolo ou culpa, visto que a responsabilização por ato culposo, sempre foi exceção na esfera civil e principalmente na esfera criminal (VALLE, 2022).

A previsão de responsabilidade subjetiva mediante dolo, não está apenas inserida na nova legislação, a mesma já se encontra prevista no artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB, Lei Federal 13.655/18). No bojo desta lei há previsão da responsabilidade pessoal do agente público, mediada em suas opiniões técnicas, prioritariamente em casos de dolo ou erro grosseiro, prevendo responsabilidade pessoal do agente público, por suas decisões ou opiniões técnicas (SOUZA, 2022).

A responsabilização por atos de improbidade administrativa, não deve mesmo ser utilizada para penalizar servidores públicos ineptos, visto que estes podem e devem ser responsabilizados em esfera administrativas, perante os órgãos de controle interno, podendo este ser punido até mesmo com a demissão do cargo público. Não sendo dispensado da obrigação de ressarcir os danos causados pelo seu ato ou omissão culposa (PAZZAGLINI FILHO, 2022).

Cabe dizer que gestores de boa-fé não devem ser pautados pelo medo de punição, impedindo os de apresentar inovações, limitando-os em sua função. O que se defende é o impedimento deste, em atuar com má-fé, pois, atitudes desonestas não podem simplesmente ser presumidas, como tantas vezes o são. Aliás, é comum que se considere como prova de ilicitude exclusivamente o cargo do agente público, como se este pudesse atuar de forma onipresente e onisciente, não ocorrendo descentralizações administrativas ou relações hierárquicas em Órgãos Públicos (TOURINHO, 2021).

A expectativa final é que após a criação da nova lei, os esforços punitivos dos órgãos acusadores, sejam destinados aos verdadeiros agentes malfeitores, públicos e privados que impedem o desenvolvimento e a evolução do Brasil, por meio de uma gestão pública que busca benefícios individuais decorrentes de sua função. Para aqueles gestores que possuem menos experiência, haja menos punição e mais orientação, é essencial que estes funcionários estejam sempre munidos de pareceres técnicos e jurídicos, para haver correta fundamentação de suas decisões, por mais inovadoras que sejam (ANPR, 2022).

2.3 Análise da LIA na visão dos magistrados

No mês de julho de 2022, o procurador-geral da República, Augusto Aras, apresentou defesa no Supremo Tribunal Federal (STF), em relação às alterações presentes na nova lei federal 14.230/2021, afirmando que a mesma não retroage com o intuito de beneficiar agentes públicos, já condenados consoante a lei anterior (Lei 8.429/1992). Em seu entendimento, o Procurador-Geral da República, afirma que os novos prazos prescricionais, ainda que atinjam práticas delituosas na vigência do antigo regramento, devem ser apenas computadas a partir de 2021 (BRASIL, 2021).

O douto Procurador, salienta que a exclusão da modalidade culposa na improbidade administrativa, parte do rol de condutas passíveis as ações, não alterando a natureza e a caracterização do ilícito, essas condutas continuam sendo decorrentes da vontade consciente do gestor público, para seu enriquecimento ilícito, prejudicando o erário ou atentando contra os princípios da administração pública. Sendo assim, a atual tipificação encontra-se consoante a previsão antiga, pois esclarece a impossibilidade de presunção de má-fé, destacando a importância da comprovação intencional da prática ilícita (SOUZA, 2022).

A manifestação do procurador-geral da República foi manifestada por Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 843.989, sob a relatoria do ministro Alexandre de Moraes.

A pedido do Ministério Público Federal (MPF) o Supremo reconheceu a repercussão geral da matéria (Tema 1.199) – e conseqüentemente determinou a suspensão nacional dos processos sobre o assunto até a decisão de mérito. Uma vez deliberada a questão no Plenário, o

entendimento final firmado pelos ministros passará a vincular as demais decisões em todas as instâncias. Ao final do documento, Augusto Aras propõe a fixação de duas teses de caráter vinculante.

O caso teve origem em uma ação proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), cujo objetivo era o ressarcimento ao erário contra uma servidora contratada pelo órgão acusada de conduta negligente em atuações nos processos judiciais. A ação foi ajuizada com base nas mudanças trazidas pela LIA. No que concerne a servidora recorreu ao Supremo, sustentando a necessidade de aplicar o prazo prescricional de 5 anos para o ajuizamento de ação de ressarcimento ao erário, dessa forma estaria prescrita a pretensão de aplicar-lhe sanção (ANPR, 2022).

Uma das questões analisadas pelo plenário do Superior Tribunal Federal, reside na aplicação ou não de legislação anterior, visualizando a ocorrência de ações dolosas (intencionais) que caracterize a existência de atos de improbidade administrativa. Já que é a atual legislação determina que o ato seja consumado por ação ou omissão, causando perda patrimonial comprovada, apenas em casos que verifique o dolo. Outro ponto analisado foi a aplicação de novas regras de prescrição, inclusive da nova previsão de prescrição intercorrente, estabelecida no limite temporal para o devido julgamento das ações, baseando-se no princípio da duração razoável do processo. A questão central consistia em estabelecer as modificações inseridas na LIA, podendo retroagir em favorecimento daqueles que praticaram atos de improbidade administrativa, durante a vigência de lei anterior, principalmente na necessidade de comprovação de dolo, para a composição de conduta improba e à incidência dos novos prazos prescricionais (FACHINI, 2022).

Em relação à lesão do erário, o parecer de Augusto Aras, destaca que o (artigo 10), na nova legislação, continua a prever hipóteses de improbidade administrativa que causem lesão ao patrimônio público, havendo, apenas, a retirada da expressão culposa, para definição da ação ou omissão que cause prejuízo ao patrimônio público, dando ênfase ao dolo (STF, 2022).

Para alguns procuradores-gerais da República, a caracterização da culpa, na improbidade, encontra-se ainda sobre a égide da legislação anterior, exigindo que haja a quebra do dever objetivo (imprudência, imperícia ou negligência), mas também, a quebra do princípio da confiança, que baseia-se na real consciência da inobservância de um padrão objetivo de probidade.

Sempre foi clara exigindo que este elemento subjetivo fosse referente ao dolo ou a culpa grave, consciência ilícita, estabelecida pelo descumprimento de deveres de cuidados básicos na gestão da coisa pública. Segundo o procurador-geral, mesmo que se considere

a superveniência de lei mais favorável, é primordial que haja uma interpretação jurídica constitucional adequada. Para tanto é essencial a compatibilização entre essa possível retroatividade da lei mais benéfica no direito administrativo sancionador, protegendo contra um retrocesso legislativo de combate à corrupção (STF, 2022).

Na lei anterior, era necessária a existência consciente do ato que causasse prejuízo ao patrimônio público, suficiente para configurar o ato de improbidade administrativa. A busca agora é entender que esse novo regime exige uma comprovação de uma má-fé especial ou vontade dolosa evidente, estabelecida em termos penais (STF, 2022).

A prescrição é a perda de um direito de pretensão punitiva, quando o seu titular não o exerceu, dentro de um lapso temporal, conforme parâmetros previstos no ordenamento jurídico. Para o procurador-geral, não reconhecer a prescrição com base nesses parâmetros, o agente no momento da prática dos atos delituosos configura violação a segurança jurídica, por isso, considera-se recomendável que as novas previsões venham incidir apenas no atual cenário. Uma posição contrária a este fato implica anistia transversa de atos de improbidade perseguidos, a tempo e modo, pelo Estado, causando retrocessos a Constituição e a tratados internacionais (PGR, 2022).

É preciso considerar a sistemática que a repercussão gera, bem como, os efeitos do julgamento de recurso em relação aos demais casos que trate ou venham tratar deste tema, sugerindo assim a fixação das seguintes teses: às alterações do caput do artigo 10 da nova lei de improbidade administrativa apenas evidenciam a vedação a uma responsabilidade objetiva do sujeito, a qual sempre foi proibida no sistema brasileiro, assegurando assim, a punição de erros grosseiros; no que tange os novos prazos de prescrição geral e intercorrente cometidos anteriormente, computados a partir da data de sua promulgação (HASSE, 2022).

Em agosto de 2022, a procuradoria geral da República reiterou seu posicionamento em relação à lei de improbidade administrativa, vez que a mesma não impede punição por erros grosseiros, porém defendendo que esse novo regime jurídico não pode ser aplicado retroativamente, entretanto, não exclui a possibilidade de responsabilização de agente público cuja conduta evidencie erro grosseiro ou culpa consciente. O debate entre os ministros residiu na definição de eventual retroatividade, principalmente nas disposições relativas à presença do dolo (elemento subjetivo) para a configuração do ato de improbidade administrativa, e a aplicação de prazos prescricionais intercorrentes (MEDINA, 2022).

Defensores da nova legislação, afirmam que a presunção da má-fé e a promoção da responsabilização objetiva do sujeito, encontram-se presente, tanto em lei posterior, quanto na nova, mediante a constatação da prática ilícita evidenciada com uma consciência

do agente, mesmo que minimamente revelem intencionalidade, independente da denominação dolosa ou culposa grave/consciente (HASSE, 2022).

Aras ressalta, que o combate à corrupção é uma obrigação constitucional decorrente do princípio republicano e do Estado democrático de direito, portanto, a lei de improbidade administrativa compõe um microssistema de tutela, regidas por normas constitucionais, regras internacionais, entre elas a convenção das Nações Unidas contra a corrupção, promulgada no Brasil pelo Decreto 5.687/2006, regulamentando uma série de obrigações do Estado (STF, 2022).

Subentende-se que esse microssistema impõe aos legisladores uma dupla obrigação, entre elas, promulgar medidas eficazes de proteção a probidade, combater a corrupção, por meio da não adoção de retrocessos no cumprimento do dever constitucional e Internacional (PGR, 2022).

Em segurança jurídica, destaca-se a criação de prescrição intercorrente, destacando a necessidade da criação de um modelo de transição, preservando, assim, atos de persecução regularmente praticados antes dessa alteração legislativa. Para o período de transição, os prazos devem incidir o conforme as condutas anteriores, apenas a partir da nova legislação, sem o prejuízo de analogias (JUSTEN FILHO, 2022).

Ao respeitar prazos estabelecidos por lei anterior (Lei 8.429/1992), inúmeros atos de persecução foram praticados, sendo objeto de processos em curso no judiciário brasileiro, ou seja, são atos jurídicos aperfeiçoados, praticados consoante o regime jurídico vigente à época de sua prática; portanto, não há situações de inércia do titular dá ação sancionatória, dando assim, segurança jurídica. Dessa forma, não há caracterização prescricional intercorrente criado por nova lei, pois, não há inércia do Estado (PGR, 2022)

2.4 Improbidade Administrativa e a Lei Anticorrupção

A possibilidade de ressarcimento ao erário, decorrente de desvios, na prática de atos ímprobos, já encontrava previsão na legislação brasileira, desde a Constituição federal de 1924, todavia, foi a Constituição Federal de 1946 que apresentou maiores avanços acerca do tema, visto prever a possibilidade de sequestro e perda de bens decorrentes do enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo/função pública. Medidas regulamentadas através da lei n.º 3.164/57 (tutela extrapenal repressiva da improbidade administrativa), Lei n.º 3.502/58 (tratava do sequestro e perdimento de bens) e da Lei n.º 4.717/65 (Ação Popular), sanções agravadas por emenda constitucional n.º 01/69 (SÁ, 2022).

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a improbidade administrativa, surgiu como um modelo vinculado a esfera administrativa, tendo como base o princípio da moralidade, vislumbrado no artigo 37, § 4º, que prevê sanções em casos de práticas e lícitas, respondendo assim, aos anseios sociais, e combatendo a corrupção, vez que punia abusos praticados por agentes públicos, tendo como objetivo a preservação da probidade administrativa (BRASIL, 1988).

No dia 1 de agosto de 2013 foi sancionada a Lei n.º 12.846/13, a qual responsabilizava pessoas jurídicas pela prática de atos e ilícitos contra administração pública, nacional ou estrangeira, por sanções na esfera administrativa e judicial, prevendo a responsabilização do agente de forma objetiva, celebrando os acordos de leniência, desde que observados requisitos necessários, estabelecendo também responsabilidade dos sócios na modalidade subjetiva. O diploma legal previa ações específicas as pessoas jurídicas que praticavam condutas nelas previstas, não excluindo a possibilidade de condenação de atos de improbidade administrativa (BRASIL, 2013).

Contudo, ao confrontar as ações aplicados às pessoas jurídicas previstas na lei n.º 8.429/92 e na Lei n.º 12.846/13, verifica-se enorme aproximação, devendo ser corretamente analisado a aplicação, nos casos das sanções previstas nas duas leis, pela prática da mesma conduta ou se seria a hipótese de aplicação exclusiva de Lei n.º 12.846/13 (Lei anticorrupção), devido à sua especialidade, retirando a hipótese de bis in idem (BRASIL, 2013).

2.5 A visão da corrupção do em âmbito internacional e interno

O termo corrupção, tem sua origem no latim, "corruptio", significa deterioração, alteração, no sentido figurado "depravação", adulteração. Na versão de Platão, em sua obra República, caracteriza-se como sendo a punição e o afastamento de agentes públicos corruptos, baseados na norma de proibição moral ilegal, servindo para que os demais servidores públicos não se deixem induzir por preço nenhum agindo em detrimento do interesse do Estado (SÁ, 2022).

Com base nos trabalhos de Platão e Montesquieu, Ferreira filho (1991), afirma que a corrupção não atinge apenas o indivíduo, mas toda a coletividade, razão pela qual os seus efeitos são nefastos.

2.6 O posicionamento de Organizações Internacionais em relação a corrupção

As convenções internacionais não estabelecem uma única definição para o termo corrupção, vez que, sua forma manifestativa pode diferir em cada nação, motivo pelo qual, a convenção da Organização das Nações Unidas contra a corrupção estabelece apenas um rol exemplificativo. Pode-se afirmar que a corrupção está presente nos mais variados

regimes e níveis de desenvolvimento. Identifica-se que em países com maior nível de desenvolvimento sua existência ocorra em menor escala, porém, é difícil determinar quais são as causas específicas. Quanto mais complexas as causas, maiores a dificuldade em determinar os fatores. Pesquisadores identificaram uma associação que demonstra que quanto maior o nível de intervenção do Estado, maiores os números da corrupção (BATISTA, 2022).

Em diversas ocasiões, a exposição da corrupção no Brasil deu origem a novas iniciativas anticorrupções que buscam estabelecer um forte marco legal para a responsabilização. A Lei n.º 8.443/1992, que regulamenta a Justiça Federal, por exemplo, foi promulgada enquanto o presidente Fernando Collor de Mello estava sendo cassado. A Lei n.º 8.666/1993, que regulamenta o processo licitatório para torná-lo mais transparente e responsável, foi promulgada logo após um escândalo envolvendo uma Comissão de Orçamento do Congresso (NEVES e OLIVEIRA, 2022).

A Lei de Improbidade Administrativa reflete o entendimento de que os esforços anticorrupção devem proibir uma ampla gama de condutas, atingir vários agentes diferentes e também impor sanções severas. A lei distingue três tipos de comportamento ilícito: enriquecimento pessoal ilícito, dano ao orçamento público e violação de princípios administrativos. Apresenta uma lista não exaustiva de atos para ilustrar cada uma dessas violações, possibilitando interpretação sobre comportamentos e casos específicos. Tais regras se aplicam a todos os tipos de funcionários públicos, bem como a agentes privados que eventualmente lucraram com a má conduta. A condenação pode resultar em multas, perda de bens, ressarcimento integral de danos, afastamento de cargos públicos, interdição de processos licitatórios, desqualificação de benefícios fiscais, bem como suspensão temporária de direitos políticos (NUNES, 2021).

Ao criar um regime de responsabilização judicial para punir o comportamento relacionado à corrupção, a Lei de Improbidade Administrativa buscou evitar os principais obstáculos à eficiência dos sistemas de responsabilização criminal e política. Poderia evitar o pesado ônus da prova em casos criminais, permitindo que a acusação ocorresse mesmo que as provas coletadas não cumprissem os padrões exigentes do direito penal. Também poderia evitar que todos os casos envolvendo autoridades de alto escalão fossem encaminhados ao Legislativo ou ao Supremo Tribunal Federal e evitar a longa controvérsia sobre o que o Ministério Público poderia investigar casos de corrupção além da polícia, mais vulneráveis à pressão política do Poder Executivo (JÚNIOR, 2022).

CONCLUSÃO

A Lei brasileira de Improbidade Administrativa criou um tipo diferente de punição por comportamentos relacionados à corrupção, sobrepondo-se a outras sanções

existentes. O novo regime de responsabilidade buscou afastar-se do processo penal estabelecido, considerado lento e oneroso. Contrariando as expectativas, a multiplicidade institucional não resultou em uma ação estatal mais efetiva, pois esses casos se acumularam e dificilmente conseguiram recuperar todo o dinheiro público desviado do tesouro. As razões para isso podem ser explicadas por uma combinação de problemas de concepção e implementação legais ruins.

A ausência de procedimento claro contribuiu de fato para reduzir a eficácia da lei, uma vez que os réus puderam adiar as decisões finais levantando questões de equidade processual. Os tribunais não conseguiram responder de forma clara e imediata a tais alegações. As decisões prorrogadas ao longo de várias sessões de julgamento por vários anos e precedentes em diferentes direções subjugaram a segurança jurídica, minando a eficácia do novo mecanismo jurídico. Pelo menos inicialmente, a estratégia de multiplicidade institucional não resultou em maior efetividade e conveniência para a punição por corrupção em qualquer nível. Operando dentro de uma realidade política e institucional bastante complexa, a estratégia da nova lei de promover a multiplicidade institucional parece ter saído pela culatra.

O tribunal adotou uma abordagem jurídica formalista e enquadrou o problema como uma questão de definir se a lei deve ser considerada civil, administrativa ou criminal, para que pudesse decidir sobre as garantias processuais aplicáveis a esses casos. Tais problemas, no entanto, poderiam ter sido resolvidos por uma reforma legislativa relativamente simples, especialmente se fossem enquadrados de forma diferente, deslocando produtivamente os esforços teóricos para a tentativa pragmática de resolver os problemas substantivos criados pela nova lei. Experiências jurídicas anteriores do direito penal e tributário, por exemplo, sugerem que os casos poderiam ser removidos de sua jurisdição territorial natural, permitindo que os réus solicitem que seus casos sejam julgados perante uma divisão judicial especializada em outra região se sentirem que a jurisdição natural é tendenciosa. Além disso, os juízes poderiam considerar explicitamente todas as outras sanções que já poderiam ter sido aplicadas ao réu em outras jurisdições sobre o mesmo comportamento ilícito, evitando assim sanções excessivas.

A decisão do STF não abordou outras questões do devido processo legal, como as relativas ao ônus da prova ou o potencial delito ao *ne bis in idem* se um único ato for punido por vários executores diferentes. Assim, outras alegações de equidade processual em relação a outros aspectos do estatuto tendem a surgir. Uma resposta melhor a esses problemas depende da melhoria do texto legal e da elaboração de arranjos institucionais que não eliminem ou reduzam a multiplicidade institucional, mas se envolvam abertamente no enfrentamento dos problemas reais que possam surgir dele. Isso ajudaria no desenvolvimento de soluções institucionais para melhorar os esforços

anticorrupção, uma vez que se tornam menos questionáveis em termos de garantia do devido processo legal e dos direitos individuais dos réus.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCAZAR, Lorena; ANDRADE, Raul. **Corrupção do diagnóstico**. págs. 135-136. ISBN 978-1-931003-11-7). 2001.

ALMEIDA, P. L. F. O princípio da insignificância e a improbidade administrativa. **Revista Digital de Direito Administrativo**, 8(1), pp. 121-154, 8(1), 2021.Jan. 2021.

ANDRADE, Adriano.; MASSON, C.; ANDRADE, Landolfo. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 5ª. ed. rev., atual. e ampliada. Rio de Janeiro; Forense; São Paulo: Método, 2015.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA. (ANPR). **Pontos críticos da nova lei de improbidade administrativa são abordados em live**. Disponível em: <https://www.anpr.org.br/imprensa/noticias/26288-pontos-criticos-da-nova-lei-de-improbidade-administrativa-sao-abordados-em-live>. Acesso em agosto de 2022.

BATISTA, A. **Princípio do non bis in idem na nova Lei de Improbidade Administrativa: uma evolução legislativa**. Disponível em: [https://www.vlf.adv.br/noticia_aberta.php?id=973#:~:text=A%20Lei%20de%20Improbidade%2C%20ap%C3%B3s,%3B%20\(iv\)%20suspens%C3%A3o%20dos%20direitos](https://www.vlf.adv.br/noticia_aberta.php?id=973#:~:text=A%20Lei%20de%20Improbidade%2C%20ap%C3%B3s,%3B%20(iv)%20suspens%C3%A3o%20dos%20direitos). Acesso em agosto de 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: . Acesso em: 24 de mar. de 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei nº 12.846 de 13 de agosto de 2013. **Lei Anticorrupção**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial da União - Seção 1 - 2/8/2013, Página 1. Brasília, DF, 2013.

BRASIL. **Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14230.htm. Acesso em junho de 2022.

BRASIL. **Agentes Públicos e Agentes Políticos.** Disponível em: <https://www.gov.br/corregedorias/pt-br/assuntos/perguntas-frequentes/agentes-publicos-e-agentes-politicos>. Acesso em junho de 2022. Acesso em junho de 2022.

BRASIL. **Nova lei de improbidade.** Disponível em: <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/conjur/nova-lei-de-improbidade>

CARDOSO, João Gabriel. A (in)elasticidade do conceito de improbidade administrativa na visão do Superior Tribunal de Justiça. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5271, 6 dez. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58910>. Acesso em: 4 out. 2022.

CARVALHO, Matheus. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada.** Atualizada com a Lei n.º 14.130/2021. Ed. JusPodivm. Vol. 1, 2022. ISBN: 978-655680-908-3.

FACHINI, T. **Improbidade Administrativa: regras gerais e nova lei.** <https://www.projuris.com.br/blog/improbidade-administrativa/>. Acesso em agosto de 2022.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A corrupção como fenômeno social e político. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro, v. 185, p. 1-18, jul. 1991. ISSN 2238-5177.

FREITAS, D.S. **Extinção da forma culposa de improbidade administrativa é opção legislativa acertada** <https://www.conjur.com.br/2022-fev-05/freitas-extincao-forma-culposa-improbidade-opcao-acertada>. Acesso em agosto de 2022.

MEDINA, J.M.G. **A nova Lei de Improbidade Administrativa e os processos em curso.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-24/processo-lei-improbidade-administrativa-processos-curso> Acesso em agosto de 2022.

HASSE, M.R. **Lei de Improbidade Administrativa, entenda as principais mudanças.** Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/blog/jurid-web/lei-de-improbidade-administrativa-entenda-as-principais-mudancas-2022-07-13> Acesso em agosto de 2022.

JÚNIOR, Janary. **Mudanças na Lei de Improbidade Administrativa entram em vigor.** Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/820702-mudancas-na-lei-de-improbidade-administrativa-entram-em-vigor/>. Acesso em agosto de 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Reforma da Lei de Improbidade Administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021.** Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2022

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. **Comentários à reforma da Lei de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

NUNES, Antônio José Ribeiro. O servidor público e a probidade administrativa. **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**. Ano. 07, Ed. 06, Vol. 07, p. 50-63. Junho de 2022. ISSN: 2448-0959, Link de acesso: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/business-administration/administrative-probity>

OLIVEIRA, Samuel Iury de Bessa; PAIXÃO, Alessandro Gonçalves da. A Lei de Improbidade Administrativa e sua aplicabilidade aos agentes políticos. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 20, nº 1057. Disponível em <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-administrativo/11373/a-lei-improbidade-administrativa-aplicabilidade-aos-agentes-politicos>. Acesso em 21 nov. 2021. Acesso em agosto de 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção da Organização das Nações Unidas contra a Corrupção**. Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003 e ratificada pelo Decreto Nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. Ed. JusPodivm, vol. 8. 2022. ISBN: 978-65-5680-713-3.

PGR. **Para PGR, nova Lei de Improbidade não deve retroagir para beneficiar agente público condenado sob regra anterior**. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/para-pgr-nova-lei-de-improbidade-nao-deve-retroagir-para-beneficiar-agente-publico-condenado-sob-regra-anterior>. Acesso em agosto de 2022.

PINHEIRO, Igor Pereira; ZIESEMER, Henrique da Rosa. Nova Lei de Improbidade Administrativa Anotada e Comparada. São Paulo, SP: Mizuno, 2021

ROCHA, Kelson Ferreira. Lei de Improbidade Administrativa: uma análise sobre sua aplicação, os elementos subjetivos e os entendimentos acerca da inconstitucionalidade da modalidade culposa. **Revista Processus Multidisciplinar**, [S.l.], v. 2, n.º 4, pp. 38-59, set. 2021.

SÁ, Regina Soares. **Improbidade Administrativa e a Lei Anticorrupção: A Vedação do BIS IN IDEM** 2022 <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2020/improbidade-administrativa-e-a-lei-anticorrupcao-a-vedacao-do-bis-in-idem->

CONVIVÊNCIA: DIREITO OU DEVER? UMA ANÁLISE HISTÓRICA, LEGISLATIVA, DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

LUISE FERREIRA SOUSA¹⁶¹:
Graduanda Bacharela em Direito
pela Universidade Estadual do
Tocantins- UNITINS.

VERÔNICA SILVA DO PRADO DISCONZI¹⁶²
(orientadora)

Resumo: O presente estudo tem por escopo analisar a convivência paterno filial à luz da legislação brasileira. Procura-se entender de que maneira a temática é observada pelo legislador, como Direito ou Dever. Para tanto, é feita uma análise histórica sobre as Constituições brasileiras e a evolução de sua preocupação com a proteção ao menor e a garantia de seus direitos. São levantados os mecanismos legislativos criados, buscando viabilizar a proteção da criança e do adolescente para a manutenção das relações familiares e também os reflexos do descumprimento das visitas, principal meio de garantia para persistência do convívio. São analisadas suas implicações, meios de resolução das demandas decorrentes e também o posicionamento do judiciário frente às causas familiares com o estímulo dos meios alternativos de resolução de litígios.

Palavras-chave: Direito. Convivência familiar. Guarda e Visitas. Criança e Adolescentes. Descumprimento.

Abstract: The purpose of this study is to analyze paternal filial cohabitation in the light of Brazilian legislation. It seeks to understand how the theme is observed by the legislature, as a Right or Duty. For this, a historical analysis is made of the Brazilian Constitutions and the evolution of their concern with the protection of minors and the guarantee of their rights. The legislative mechanisms created are surveyed, seeking to enable the protection of the child and the adolescent for the maintenance of Family relationships and also the consequences of the non-compliance with the visits, the main means of guarantee for the persistence of the cohabitation. The implications of this situation are analyzed, as well as the means of resolving the resulting claims and also the position of the judiciary in relation to family causes, with the encouragement of alternative means of resolving disputes.

¹⁶¹ Contato: luissefs3009@gmail.com

¹⁶² Mestre em Gestão de Políticas Públicas. Professora na Universidade Estadual do Tocantins- UNITINS.

Keywords: Law. Family Coexistence. Guardianship and Visitation. Children and Adolescents. Non-compliance.

Sumário: 1. Introdução. 2. Evolução Histórica da Convivência à luz da Carta Magna da República Federativa do Brasil. 3. Da Legislação Específica. 4. Posições Doutrinárias. 5. Considerações Finais. Referências.

1. Introdução

O presente projeto de pesquisa tem como proposta fazer uma análise sobre a regulamentação do direito de convivência do menor com os pais, quando não residem sob o mesmo domicílio, e como tal temática deve ser observada à luz da esfera jurídica brasileira, como dever ou direito.

Buscar-se-á compreender quais os reflexos e implicações do descumprimento do direito à convivência familiar, observados perante uma ótica doutrinária jurídica, legislativa e jurisprudencial.

A convivência familiar é direito da criança e do adolescente e está prevista na Constituição da República Federal do Brasil de 1988, no Código Civil Brasileiro, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Geralmente regulamentada em juízo com a dissolução de um núcleo familiar, seja ele por meio de divórcio ou dissolução de união estável, o direito às visitas é fundamental, tendo como suporte princípios jurídicos de extrema relevância: o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e o princípio da afinidade.

Dessa maneira, é essencial se observar a importância da proteção ao direito de convivência para a manutenção dos vínculos paterno afetivos após a dissolução de um núcleo familiar. Ter contato com ambos os genitores, bem como com parentes maternos e paternos, exerce um papel de suma importância para a formação da pessoa, de sua personalidade e de sua integração familiar.

O método de investigação a ser utilizado é o qualitativo, através de pesquisa bibliográfica, a qual servirá para nortear o presente artigo.

Será feito um estudo visando apresentar uma contextualização histórica, para entender a importância do Direito à convivência familiar, suas implicações, os reflexos de seu descumprimento, o que pensam os principais doutrinadores de direito de família, a legislação específica e posição jurisprudencial.

Partindo do pressuposto que Dever é a obrigação imposta pela lei, cujo cumprimento garante e assegura, sob pena de sanção e que o Direito é a faculdade legal de praticar ou não um determinado ato, se busca chegar a uma conclusão. O direito à convivência familiar é um Direito ou um Dever? Como a lei firma seu posicionamento? São aplicadas sanções quando descumpridos acordos de visitas? O que é demonstrado na prática pela jurisprudência?

2. Evolução Histórica da Convivência à luz da Carta Magna da República Federativa do Brasil

"Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade." artigo segundo da Lei Federal 8068/90.

Vasta é a matéria legislativa e os estudos que buscam zelar e proteger a figura da Criança e do Adolescente, mas nem sempre estas foram consideradas cidadãs e pessoas dotadas de garantias.

A primeira constituição brasileira foi outorgada em março de 1824. Marcada pelo quarto poder, ou poder Moderador, este exercido pelo monarca. A época de sua vigência nem todas as pessoas eram consideradas cidadãs, o regime era escravocrata, e a figura do cidadão era somente aquela que poderia exercer o voto, ou seja, os alfabetizados, e estes correspondiam a aproximadamente 1% da população brasileira. Não trouxe qualquer referência a direitos de crianças e adolescentes.

Com a queda do Império, a Constituição de 1891, à luz da constituição norte-americana, trouxe ideários que vieram a fortalecer não só o Republicanismo, mas também a proteção dos Direitos Individuais. Estendendo o alcance de proteção de direitos e garantias individuais, a CF/1891 alcançou a tutela do Estado a observância dos estrangeiros que aqui residiam, não mais só aos brasileiros. Apesar de tal evolução, referida carta magna não trouxe ainda qualquer referência à proteção da criança ou do adolescente.

Em que pese as duas Constituições anteriores serem marcadas pelo Liberalismo, não trouxeram qualquer referência a figura da criança ou do adolescente como titular de direitos. Apenas na terceira Constituição brasileira (1934) que, ao adotar ideais de uma democracia social, nota-se pela primeira vez a presença de um título dedicado à ordem da família. Também foram incluídas referências que conferiam a abertura brasileira a necessidade de normas de amparo à criança.

A Carta Magna de 1937 trouxe a ideia de um Estado intervencionista, onde os interesses da sociedade eram entendidos como mais importantes que o indivíduo.

Marcada por ideais fascistas, tornou competência privativa da União a possibilidade de ditar normas pautadas na defesa e proteção da saúde, tendo como principal figura a criança.

Conferido pelo característico protecionismo, o Estado colocou a infância e juventude sob sua direta proteção, visando assegurar condições físicas e morais, de modo a proporcionar um desenvolvimento pleno à população. Surge ainda, durante sua vigência, o Departamento Nacional da Criança, órgão de coordenação de todas as atividades nacionais relativas à proteção à maternidade, à infância e à adolescência.

Com a Constituição de 1946, retornam os ideários de evolução democrática interrompidos pela CF/34. Aparecem pela primeira vez bases junto às diretrizes que visavam difundir a educação pública em todos os seus graus.

Dentre as normas que visavam amparar a ordem e proteção social, surgiram as normas de proteção ao trabalho, outro marco importante foi o que conferiu proibição ao trabalho exercido por menores de quatorze anos e proibição do trabalho exercido por menores de dezoito anos, em condições insalubres ou em turno noturno.

Destaca-se naquele momento a preocupação do constituinte, que determina ser obrigatória a assistência a infantes e adolescentes nascidos em famílias numerosas.

A Constituição de 1969 ficou marcada como a mais autoritária. Trouxe previsão para vários direitos individuais, mas também previu a detenção e supressão desses mesmos direitos. Reduziu a idade mínima de aptidão para o trabalho de quatorze para doze anos, trazendo indubitável regresso. Porém, preserva lei especial para assistência a maternidade, a infância e a adolescência, medidas previstas em cartas anteriores.

Já a atual magna-carta, outorgada em 1988, trouxe a previsão mais abrangente acerca dos Direitos da criança, do adolescente e do jovem. Previsto pelo artigo 227, seguinte é a redação:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à **convivência familiar** e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Partindo do Direito à Convivência Familiar, assegurado pela Magna-carta, inicia-se o estudo apresentado no presente projeto.

3. Da Legislação Específica

A partir da Constituição que ficou conhecida como a “Cidadã”, e a necessidade de acolher os direitos sociais por ela defendidos, surge a necessidade de formar de um sistema de garantias que pudessem afirmar os direitos nela previstos.

Com sua promulgação, crianças e adolescentes passam a ser observados sob a ótica do Direito brasileiro como sujeitos de direitos, que necessitam de protecionismo para garantir seu pleno desenvolvimento.

Para tanto, visando sanar a demanda legislativa, em concordância com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança ratificada pelo Brasil, em 24 de setembro de 1990, após aprovação pela Assembleia Geral da ONU, em 1990 é regulamentada a Lei Federal nº 8069, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Representando o principal marco legal e regulamentário dos direitos das crianças e adolescentes do Brasil, o ECA, apresenta inovadora observância legislativa ao garantir a proteção integral dos infantes brasileiros. Até então, a única legislação específica que se tinha era o Código de Menores (Lei 6667/79), mas nela não havia preocupação em proteger e atender o menor, mas “tirar de circulação” aquele que atrapalhava a ordem social, tratando assim, apenas de menores em situação irregular.

Com o Estatuto da Criança e do Adolescente, já em seu artigo 4º, são elencados os direitos assegurados às crianças e adolescentes:

*É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à **vida**, à **saúde**, à **alimentação**, à **educação**, ao **esporte**, ao **lazer**, à **profissionalização**, à **cultura**, à **dignidade**, ao **respeito**, à **liberdade** e à **convivência familiar e comunitária**.*

Sendo objeto de estudo do presente artigo, observa-se o que diz referida legislação sobre Direito à convivência familiar e comunitária: Segundo o art. 19, da Lei 8069/90:

“...é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta,

assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.”

O Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002), após tratar sobre a dissolução de núcleos familiares pela separação judicial, debruça todo um capítulo à Proteção da Pessoa dos Filhos, em seus artigos 1583 a 1590.

Inicialmente, busca-se regulamentar o instituto da Guarda.

A guarda é um dever de assistência educacional, material e moral (ECA, art. 33), a ser cumprido no interesse e em proveito do filho menor, garantindo-lhe a sobrevivência física e o pleno desenvolvimento psíquico.

Inicialmente, visando solucionar lides onde o casal parental não entrava em consenso sobre a guarda dos filhos, aplicava-se o disposto na redação original do artigo 1584 do Código Civil: “Decretada a separação judicial ou o divórcio sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la”.

Tal previsão legal afastou a regra trazida até então pelo art. 10 da Lei do Divórcio, cuja redação explicitava que os filhos menores ficariam com o cônjuge que não houvesse dado causa à separação.

Assim, passou-se a desconsiderar o fator daquele que concorreu com o término do matrimônio, para considerar qual dos genitores revela possuir melhores condições de exercer a guarda dos filhos, pensando na proteção destes, e os colocando em primeiro plano.

A nova regra sustentada pelos legisladores, tida como direito fundamental, pelo artigo 5º da Constituição Federal, vem com o objetivo de ratificar a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (ONU/89), Caio Mário da Silva Pereira, Instituições, cit., v. 5, p. 297.

Apesar da existência de vários modelos de exercício do instituto da guarda, aquele jurisprudencialmente incentivado pelas Varas de Família é o da Guarda Compartilhada. É o exercício conjunto do poder familiar por pais que não vivem sob o mesmo teto. Ambos os genitores terão responsabilidade conjunta e o exercício dual de direitos e deveres alusivos ao poder familiar relativamente aos filhos comuns, sendo que o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, considerando-se sempre as condições fáticas e os interesses da prole (CC, art. 1.853, § 2.º), para que não haja “quebra” da convivência familiar.

Neste molde, os filhos terão como residência principal a de um dos genitores, mas deverá haver equilíbrio no período de convivência, para que os filhos se relacionem com ambos. Cabendo ao pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação. (Código Civil Brasileiro, art. nº 1.589)

Ao se observar a matéria legislativa específica vigente no país, resta explícita a necessidade de tornar prático valor axiológico trazido à luz pela CRFB/88.

A finalidade do Direito de visita é evitar a ruptura dos laços de afetividade paterno filiais existentes no seio familiar, e garantir à criança seu pleno desenvolvimento físico e psíquico, sendo esta uma obrigação dos genitores. Reforçando assim, a proteção do bem estar dos infantes, que pelo texto constitucional é dever moral da sociedade, do Estado e da família.

4. Posições Doutrinárias

Para GONÇALVES, Carlos Roberto (2012), a Lei n. 11.112, de 13 de maio de 2005, cuja redação no inciso II, do art. 1.121, do Código de Processo Civil, afirma que na ação de separação, já deveria conter, por mútuo consentimento, obrigatoriamente o texto quanto “o acordo relativo à guarda dos filhos menores e ao regime de visitas”.

Referida lei introduziu ainda em seu § 2º, que revela o seguinte:

Entende-se por regime de visitas a forma pela qual os cônjuges ajustarão a permanência dos filhos em companhia daquele que não ficar com sua guarda, compreendendo encontros periódicos regularmente estabelecidos, repartição das férias escolares e dias festivos.

Gonçalves, aludindo Fábio de Mattia (v. 77, p. 431), entende também que ao direito de visita, se invoca a sua natureza puramente afetiva, conforme transcrito:

... não tem caráter definitivo, devendo ser modificado sempre que as circunstâncias o aconselharem; e também não é absoluto, pois, por humana que se apresente a solução de nunca privar o pai ou a mãe do direito de ver seus filhos, situações se podem configurar em que o exercício do direito de visita venha a ser fonte de prejuízos — principalmente no aspecto moral —, sendo certo que todos os

problemas devem ser solucionados à luz do princípio de que é o interesse dos menores o que deve prevalecer.

Neste ínterim, em matéria de visita, o interesse do menor é tido por Eduardo de Oliveira Leite, em sua doutrina, p. 91; como de ordem pública, devendo ser pelo juiz levando-se em consideração três ordens de fatores: primeiramente o interesse da criança; as condições efetivas dos pais; e, finalmente, o ambiente no qual se encontra inserida a criança.

Observando-se primordialmente o interesse maior do filho, o que justifica toda e qualquer modificação ou supressão do direito sempre que as circunstâncias o exigirem.

Assim, inegável é o papel do Sistema Judiciário na proteção integral do menor. O ECA atribui à Justiça da Infância e da Juventude o poder de intervenção junto à família e a criança, em casos de descumprimento do poder familiar.

Cabe ao juiz resguardar os filhos menores de todo abuso que possa ser praticado contra eles por seus pais, verificada a hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum.

Assim em tela expõe-se jurisprudência atual correlacionada a ideia apresentada:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. PRETENSÃO DO PAI EM CONVIVER COM A FILHA. GENITOR COM COMPORTAMENTO AGRESSIVO. SUSPENSÃO DO DIREITO DE VISITAS. 1. A convivência entre o infante e seus pais, ou com outros parentes com os quais guarde alguma relação afetiva, deve ser apreciada em sintonia com o princípio da proteção integral. 2. A suspensão do direito de visitas do pai ao filho é medida excepcional, justificada por circunstâncias relevantes que recomendem o afastamento do genitor em nome do princípio da preservação do melhor interesse da criança, que compreende a tutela da sua integridade física e psíquica. 3. Dessa forma, não é recomendável, no momento, o estabelecimento de visitas supervisionadas em razão do comportamento demonstrado pelo genitor. No entanto, é da própria essência da matéria ora em análise a reversibilidade da medida, razão pela qual, diante da alteração da situação fática, pode ser reavaliado

o pedido de visitas ao filho formulado pelo genitor, devendo sempre ser considerado o melhor interesse da criança. 4. Recurso desprovido.

(TJ-DF XXXXX - Segredo de Justiça XXXXX-67.2016.8.07.0002, Relator: ALVARO CIARLINI, Data de Julgamento: 10/05/2018, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 16/05/2018. Pág.: 285/290)

Diante do exposto até o momento, tornou-se inegável perceber a importância do convívio familiar em relações paterno filiais e como tal matéria é abrangida com especial protecionismo pela legislação brasileira. Com isso, há que se observar também a matéria sob a ótica de seu descumprimento.

5. Do Descumprimento

Conforme aduz a Constituição Federal, a criança é figura de prioridade absoluta na relação com seus pais, assim, deve ser garantido seu direito a convivência familiar, em respeito e amparado pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e fundamentado na construção de sua personalidade como cidadão.

Para tanto, a garantia do direito de visitação, quando se tratar de guarda compartilhada, deve ser vista como uma obrigação dos genitores, mas quando se tratar de guarda unilateral, o dever em relação ao menor passa a ser apenas do genitor guardião. Este deve facilitar, assegurar e não criar óbices à convivência do filho com o ex-cônjuge/companheiro.

Conforme os ditames de Rodrigo Fernandes Pereira, diretor nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM):

Com supedâneo na legislação e no apoio da doutrina, inclusive de expoentes do nosso IBDFAM, como Rolf Madaleno e Maria Berenice Dias, é admitida a fixação de multa ao pai [ou à mãe] resistente à convivência do filho, preservando a dignidade e integridade deles.

O descumprimento injustificado do convívio familiar com o genitor, que possui o direito a visitas, autoriza a aplicação de medidas coercitivas a fim de que possa e deva ser exercido. Porém, ainda não há meio jurídico que possa obrigar o pai ou a mãe que não resida com os filhos, de visitá-lo e a conviver com eles.

Em consonância com tal ideia, Rolf Madaleno (2007) defende a tese de uma paternidade alimentar, na qual, por exemplo, o pai biológico não estaria necessariamente obrigado ao exercício pleno da parentalidade, mas de uma paternidade mitigada, reduzida apenas ao amparo financeiro e econômico.

Esse pensamento pode vir de encontro com recentes entendimentos jurisprudenciais brasileiros no que diz respeito ao “Abandono Afetivo”. Como afirmado pela ministra Nancy Adrigh, em sede do Recurso especial nº 1159242/SP, o pai ou a mãe não estão obrigados a “amar” o filho, mas eles possuem a responsabilidade de orientar, de amparar, não só por intermédio do pagamento de alimentos, mas por um suporte educacional e psicossocial, com o pleno reconhecimento da existência da filiação.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desíniências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido.

Existe, porém, um meio de coerção para a genitora que reside com o menor e busca impedir o direito à convivência do pai visitante ao filho, a aplicação de multa denominada *astreinte*. Tal medida coercitiva é utilizada para pressionar o réu a cumprir ordem judicial oferecendo ameaça a seu patrimônio através da aplicação de prestação pecuniária frente ao descumprimento da obrigação. Tal aplicação, porém, é fruto de entendimento recente e ainda passível de pacificação sobre sua aplicabilidade.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS C/C REVISIONAL DE ALIMENTOS. COMINAÇÃO DE MULTA. DESCUMPRIMENTO DE ACORDO DE REGIME DE CONVIVÊNCIA. VIABILIDADE. PRESERVAÇÃO DO MELHOR INTERESSE DA MENOR. GARANTIA. CONVÍVIO PATERNO-FILIAL. REDUÇÃO. VALOR. DESARRAZOABILIDADE. DECISÃO MANTIDA. 1. É cabível a fixação de multa por descumprimento de decisão judicial que estabelece regime de convivência quando demonstrada a inobservância ao direito de visitas paterno, em prejuízo aos interesses da menor. A aplicação dessa multa periódica tem por único objetivo pressionar o cumprimento de uma obrigação. 2. A existência de uma situação de alta beligerância entre os litigantes, diante da conturbada relação entre os pais da menor, com troca de acusações graves por parte de ambos, recomenda a manutenção da multa como forma de garantir que não exista nenhuma flexibilização no que foi estabelecido e que não vem sendo cumprido. 3. As astreintes impostas às partes, consistentes no pagamento de multa pela genitora e na perda de dias de visitas pelo genitor, não acarreta desequilíbrio, mas preserva o melhor interesse da menor, mormente quando demonstrado que estabelecidas em incidente proposto pelo próprio pai, com o objetivo de garantir o convívio dele com a filha. 4. A redução do valor da multa imposta, no montante de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por descumprimento, não se mostra razoável, na medida em que ela é fixada em valor que seja capaz de afetar a vontade daquele que deve cumprir a obrigação. 5. Agravo de Instrumento conhecido e não provido.

(TJ-DFT- Segredo de Justiça 0709775-94.2021.8.07.0000, Relator: ROBSON TEIXEIRA DE FREITAS, Data de Julgamento: 29/07/2021, 8ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 10/08/2021. Pág.: Sem Página Cadastrada)

Da mesma maneira, em sede de cumprimento de sentença de ação que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, utilizar-se da Busca e Apreensão e Remoção de Pessoas como alternativa coercitiva visando efetivar a tutela. O art. 536 do CPC, em seu parágrafo primeiro prevê, além disso, a possibilidade da requisição do auxílio de força policial para que o exequente obtenha satisfação.

Entretanto, incontroversos são os reflexos de uma busca e apreensão em uma criança. O episódio traumático é capaz de gerar distorções psicológicas exponenciais ao infante, que é retirado à força da convivência de um de seus pais. Determinada medida coercitiva impacta diretamente relações familiares já fragilizadas pelo contexto do litígio, este, por possuir caráter contundente é muitas vezes acompanhado de raiva, rancor e não raros episódios de violência sob o qual o infante acaba por ser exposto.

Neste ínterim, leciona Maria Berenice Dias:

O adimplemento coacto da medida sempre é um episódio traumático, com a necessidade da intervenção de força policial. Em face das nefastas consequências que podem advir à criança, subtraída a fórceps por ordem judicial do convívio afetivo do genitor não guardião, em vez de expedição de mandado de busca e apreensão, recomendável que seja aplicada multa por cada dia em que não ocorrer a entrega do filho. Afinal, trata-se de descumprimento de obrigação de fazer (CPC 814).

Porém, a aplicação de medidas coercitivas que incorrem na obrigação do genitor à convivência com o menor, não resolvem seu problema em totalidade. Uma vez que a convivência imposta pode ser mais danosa a criança que a ausência dos genitores. Haja vista que, nas palavras da ministra Nancy Andrichi, "Amar é faculdade, cuidar é dever".

Em consonância com tal entendimento, se faz relevante a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na ação cível 700551620565/2012, que se decidiu por não aplicar multa a pai que se recusava ao exercício do direito de visitas. Os desembargadores tomaram tal decisão, diante dos prejuízos que a convivência forçada poderia acarretar a criança, aplicando, nesse sentido, o princípio do melhor interesse do menor.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. VISITAS. ACORDO HOMOLOGADO. DESCUMPRIMENTO PELO PAI VISITANTE, QUE NÃO BUSCA QUALQUER CONTATO COM OS FILHOS. FIXAÇÃO DE MULTA. DESCABIMENTO. É de pensar qual o ânimo de um pai que vai buscar contato com seus filhos premido exclusivamente pela ameaça de uma multa? Deixará ele perceber a tão

desejada afetividade que idealmente deve permear a relação entre pais e filhos? Ou, ao contrário, constrangido pela situação que lhe é imposta, exporá as crianças a situações de risco emocional, ou até físico, como forma de provocar na parte adversa o desejo de vê-lo longe da prole, que é aquilo que, afinal, ele pretende... O resultado: um verdadeiro "tiro pela culatra", cujas vítimas serão as crianças, pois amor não se compra, nem se impõe... NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME."

6. Considerações Finais

Diante da breve análise neste artigo apresentado, conclui-se que a convivência entre a criança e ambos os seus genitores é um Direito. De tal maneira, protegido por uma série de mecanismos legais, é Direito também o convívio da criança com sua família extensa de ambos os lados.

A construção do psíquico do infante é diretamente impactado com a ausência de um dos pais. Silva (2005) aponta a importância de manter os vínculos positivos dos filhos com ambos os pais, nem sempre sendo necessário confiar a apenas um dos dois a continuidade da tarefa de cuidá-los.

A necessidade do convívio paterno filial é demonstrada para que a criança construa uma relação e forme por si mesma uma imagem de cada um de seus genitores. Quando não assídua, normalmente a imagem do progenitor que não detém a guarda é formada com a interferência daquele que a detém, influenciada muitas vezes por sentimentos de rancor e desavenças conjugais pré-existentes.

Nesse sentido, a facilitação ao acesso à justiça gerou a sociedade o falso entendimento de que cabe ao Poder Judiciário a resolução de todos os litígios humanos. Divergindo de tal premissa, o legislador destaca a obrigatoriedade da audiência de conciliação, nas composições de caráter familiar, prevista pelo art. 695 do Código de Processo Civil/15.

O papel dos magistrados, ainda mais em se falando de causas familiares, é de orientador na busca por formas alternativas de composição de conflitos. A mediação, revela-se como prática eficiente, diminuindo o desgaste e o enfraquecimento das relações familiares em virtude de litígios.

Outro mecanismo de grande impacto utilizado é a realização de oficinas de Parentalidade. Para o Juiz Nelson Coelho, à época, coordenador do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) de Palmas:

“O auxílio é muito grande, com o tempo o cônjuge que passou pela ruptura sente dificuldades nas relações familiares; com a oficina de Parentalidade é possível orientar os filhos e os genitores que estão passando pelo conflito e com o tratamento diferenciado que eles recebem aqui, as demandas são solucionadas com mais celeridade e de forma mais pacífica”, disse.

Referências

LEÔNICIO MOURA COELHO, BERNARDO. A proteção à criança nas constituições brasileiras: 1824 a 1969. **Revista de Informação Legislativa**, [S. l.], p. 1-16, 20 set. 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/390/r139-07.pdf?sequence=4>. Acesso em: 12 jun. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição Federal**. [S. l.: s. n.], 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 jun. 2022.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul.

Silva, E. L. (2005). Guarda de filhos: aspectos psicológicos. In W. Grisard Filho, A. Calçada, E. L. Silva, L. M. T. Brito, P. P. O Ramos, E. R., Nazareth, & R. B. C. Simão, *Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos* (pp. 13-31). Porto Alegre: Equilíbrio.

MADALENO, Rolf. Direito de Família. 11ª Ed. Rio de Janeiro. Forense 2021. p. 500.

Gonçalves, Carlos Roberto Direito civil brasileiro, volume 6 : direito de família / Carlos Roberto Gonçalves. — 9. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012. Bibliografia. 1. Direito civil - Brasil 2. Direito de família - Brasil I. Título. CDU-347.6(81)

Sobre guarda: DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. São Paulo: Saraiva, 2014, comentários aos arts. 1.583 a 1.584; DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2005. vol. 5, p. 346-349; GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 124 e ss. e 414 e ss.;

NEVES, Claudia. O que fazer quando o pai não cumpre o dever de visitas?. **Jus.com.br**, [S. l.], p. 1-10, 14 maio 2021.

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM (COM INFORMAÇÕES DO PORTAL CORREIO FORENSE). O descumprimento do direito de visita e a aplicação de "astreintes". **Instituto**

Brasileiro de Direito de Família, [S. /], p. 1, 14 jun. 2017. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/6325/O+descumprimento+do+direito+de+visita+e+a+aplicacao+de+astreintes>. Acesso em: 7 set. 2022.

Direito de família Coleção Conpedi/Unicritiba. Organizadores : Orides Mezzaroba / Raymundo Juliano Rego Feitosa / Vladmir Oliveira da Silveira / Viviane Coêlho Séllos-Knoerr. Coordenadores : Mariana Ribeiro Santiago/ Marcos Alves da Silva / Valéria Silva Galdino Gardin. Título independente - Curitiba - PR . : vol.7 - 1ª ed. Clássica Editora, 2014. 574p. : ISBN 978-85-99651-95-7 1. Direito – família século XXI - responsabilidades. I. Título.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 14ª edição. Salvador: Editora Juspodivm. p. 402.

A SUBSTITUIÇÃO da busca e apreensão da criança ou adolescente por multa, nas ações em que envolvam guarda e convivência. Direito das Famílias e Sucessões ABARJ, [S. /], p. 1-10, 21 out. 2022. Disponível em: <https://comissaofamiliasucessoesabarj.jusbrasil.com.br/artigos/1201619258/a-substituicao-da-busca-e-apreensao-da-crianca-ou-adolescente-por-multa-nas-acoes-em-que-envolvam-guarda-e-convivencia#:~:text=Ao%20rev%C3%A9s%2C%20a%20busca%20e,n%C3%A3o%20raras%20as%20vezes%20viol%C3%A2ncia>. Acesso em: 21 out. 2022.

PORTO, Ademarcos Almeida. É possível multar o pai que deixar de ir visitar o filho e a mãe que dificultar a convivência. Jus.com.br, [S. /], p. 1-10, 17 jun. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/91311/e-possivel-multar-o-pai-que-deixar-de-ir-visitar-o-filho-e-a-mae-que-dificultar-a-convivencia>. Acesso em: 21 out. 2022.

OLIVEIRA, Ninah Beatriz. Oficinas de Parentalidade estimulam conciliação nas Varas da Família. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, [S. /], p. 1, 16 ago. 2021. Disponível em: https://www.tjto.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4834:oficinas-de-parentalidade-estimulam-conciliacao-nas-varas-da-familia&catid=8&Itemid=123. Acesso em: 21 out. 2022.

DEMOCRACIA ACIRRADA

ALEXANDRE SANTOS SAMPAIO¹⁶³:

Advogado. Mestre em Direito pelo UniCEUB - Centro Universitário de Brasília. Especialista em Direito Público pela Associação Educacional Unyahna. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal da Bahia. Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Bacharel em Administração pela Universidade do Estado da Bahia.

A Constituição Federal brasileira, logo no seu art. 1º, Parágrafo Único, explícita que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição, além de, no seu *Caput*, constituir a República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito. Nesse comando, somado com as disposições relativas aos direitos políticos, ativos e passivos, encontra-se a base para a Democracia.

No momento atual, de polarização de ideologias políticas, tidas, ao menos formalmente, como de "direita" e de "esquerda", de um lado neoliberal e do outro voltado para uma atuação mais efetiva do Estado para o bem estar social, como proteção dos direitos trabalhistas e sociais, interessante notar como ocorreu a eleição para Presidente da República no corrente ano, em 2022, após dois turnos de votação.

Por uma margem pequena de votos, menos de um por cento dos votos válidos, em segundo turno de votação, já que nenhum candidato atingiu o percentual de maioria de votos válidos em primeiro turno, o novo presidente eleito democraticamente é de um partido tido como de "esquerda". Essa polarização, diga-se de passagem, não é a bifurcação mais adequada para o panorama político brasileiro, visto que o modelo democrático é mais complexo que isso, principalmente pela atuação dos denominados partidos de "centro", bem como a possibilidade de políticos, ao longo do mandato, migrarem para lados opostos.

Certo é que a participação efetiva do eleitor é crucial para a escolha majoritária democrática, mais ainda em uma eleição tão acirrada como a que aconteceu, inédita no Brasil, em que cada voto conta. Veja-se os números apurados pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) para a escolha do presidente no segundo turno das eleições de 2022: O

¹⁶³ Contato: sampaioalexandre@gmail.com

comparecimento foi de 79,41% dos eleitores aptos a votar, uma abstenção de 20,59%. Nulos somaram 3,16%, enquanto brancos 1,43%¹⁶⁴.

É de se notar da apuração realizada pelo TSE que, se apenas os eleitores que votaram em branco exercessem a sua escolha, dentre as duas opções disponíveis, o resultado da eleição poderia ter sido diferente. Os votos nulo e branco não parecem a melhor opção para um segundo turno como o que aconteceu, visto que, no final das contas, um dos candidatos será inarredavelmente eleito.

Mais razão ainda é o comparecimento para a votação, um percentual de vinte por cento de abstenção é elevado para uma decisão democrática tão importante. Ainda que o eleitor entendesse que as duas opções disponíveis não eram as melhores para presidência da república, o maior cargo do Poder Executivo nacional, a escolha dentre as opções postas deveria ser peremptória, ainda mais quando presente dois projetos de governo, aparentemente, diametralmente opostos.

O acirramento democrático entre duas ideologias é tamanho, na conjuntura atual, que o Congresso Nacional, mesmo com a escolha de um presidente tido como de “esquerda”, encontra-se com uma configuração, para a próxima legislatura, considerada maioria conservadora de direita, com viés neoliberal. Em outros termos, a votação para presidente não foi refletida no Poder Legislativo, o que demandará, por consequência, maior articulação política do representante maior do Estado para viabilizar um governo pacífico, com projetos regularmente debatidos e aprovados pelo Poder Legislativo.

As duas ideologias encontram-se, assim, presentes no Estado e precisam dialogar, de maneira republicana, para o atendimento dos anseios sociais, nas mais diversas áreas. É necessário encontrar equilíbrio entre projetos diferentes.

Mas fato é, afastada as questões das abstenções e votos nulos e brancos, que a democracia se concretizou, de maneira acirrada, com a prevalência de um candidato sobre o outro. A maioria dos cidadãos e das cidadãs, regularmente, elegeram um representante, dentro do que preceitua a Constituição Federal.

Por isso, é preocupante a ação de grupos insatisfeitos que pedem intervenção militar para reverter a decisão democrática apresentada nas urnas, com bloqueios de diversas rodovias, com prejuízos incomensuráveis para toda a população¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Outubro/100-das-secoes-totalizadas-confira-como-ficou-o-quadro-eleitoral-apos-o-2o-turno>

¹⁶⁵ Disponível em: <https://www.seudinheiro.com/2022/politica/interdicoes-bloqueios-prf-rens/>

No ordenamento jurídico atual, rigorosamente, não há espaço para ações antidemocráticas, pois a base jurídica maior foi erigida sobre um regime político democrático, afastando atos ditatoriais. O pleito foi validado pelo TSE e, em 2023 existirá novo representante do Brasil, eleito pela maioria dos eleitores.

O acirramento democrático é válido, com debate de ideias, para se conseguir uma maioria de entendimento. Atingido isso, ainda que com pequena margem de voto, a democracia foi satisfeita e a Constituição Federal foi atendida. Insatisfeito ou não com o resultado, é esse o regime jurídico político vigente.

A vantagem do regime democrático é a possibilidade de mudança de rumos, para um lado ou para o outro, a cada mandato, como a que aconteceu, seja no Legislativo ou no Executivo. A maioria outrora alcançada pode ser revertida ou mantida. Essa é a beleza, ou a maldição, da democracia brasileira, a busca por maioria periodicamente.

DELAÇÃO PREMIADA E O COMBATE AO CRIME ORGANIZADO NO CONTEXTO BRASILEIRO

PAULO RICARDO MANOEL DOS SANTOS¹⁶⁶:
Bacharelado em Direito pela Unicerrado –
Goiatuba - GO

VALMICY FERREIRA ROCHA¹⁶⁷

(coautor)

MARÍLIA FREITAS LIMA

(orientadora)

Resumo: Entende-se por delação premiada transação penal ou hipótese de justiça negociada onde o Estado prevê um acordo que resulta em benefício ou prêmio de redução da pena até a isenção penal, para que o réu-colaborador assuma sua culpa em atividade criminosa devendo também imputar esse fato a terceiros quando houver. Sendo necessário haver efetividade e veracidade nessa colaboração premiada, sendo isso requisito para concessão do prêmio.

Palavras-chave: Delação Premiada; Crime Organizado. Colaboração Premiada;

Abstract: A plea bargain is understood to be a criminal transaction or hypothesis of negotiated justice where the State provides for an agreement that results in a benefit or award from the reduction of the sentence until the criminal exemption so that the defendant-collaborator assumes his guilt in criminal activity and must also impute this fact. also to third parties, if any. It is necessary to have effectiveness and veracity in this collaboration, which is a requirement for awarding the prize.

Keywords: Awarded Delation; Penalty Reduction; Organized crime.

INTRODUÇÃO

A delação premiada é um acordo que o Ministério Público, faz com investigados em crimes para que eles ofereçam elementos probatórios na produção de provas contra outros envolvidos diante de esquemas os quais querem solucionar.

¹⁶⁶ Contato: pr571958@gmail.com

¹⁶⁷ Bacharelado em Direito pela Unicerrado – Goiatuba - GO

O problema Jurídico é analisar se no Brasil, a delação premiada é um instrumento eficaz para combater o crime organizado.

Enquanto o objetivo geral, é analisar quais os meios abordados pelo Estado para o combate ao crime organizado. A delação premiada é eficaz como meio alternativo pelo combate ao crime organizado, dada a incapacidade estatal de solucionar os problemas?

Os objetivos específicos que serão abordados dentro deste artigo é conhecer a origem da delação premiada; avaliar a eficácia da aplicação da delação premiada no ordenamento Jurídico brasileiro; desenvolver conhecimento sobre a delação premiada na operação lava jato é apreciar o direito de punir do Estado frente à Delação Premiada.

A seguinte pesquisa objetiva tem o intuito de trazer sobre um assunto tão atual, pelo qual avança na mídia e com tão pouco conhecimento da sociedade a respeito do assunto, com informações específicas de como são feitos os contratos de delação premiada. A metodologia utilizada no presente artigo foi a bibliográfica, decorrente de fontes secundárias, especialmente textos doutrinários e jurisprudências.

1.A ORIGEM DA DELAÇÃO PREMIADA NO BRASIL

Os primeiros registros da delação no direito brasileiro podem ser verificados nas ordenações Filipinas (1603-1867), um livro específico sobre delação premiada, tratando-se de crimes de falsificação de moedas.

Na Itália começou a ser adotada a delação premiada na década de 70 no combate de atos de terrorismo. Porém o maior destaque ocorreu com a operação (operazione manipulite), para tentar acabar com os criminosos da máfia Italiana. A delação premiada desde então passou a ser contemplada no código penal italiano, e também em algumas legislações: como por exemplo a Lei nº 82 de 15 de março de 1991; resultado da conversão do decreto Lei nº 8, de 15 de janeiro de 1991. (GUIDI, 2006, p.102)

No direito Italiano Existem três tipos de colaboradores: o arrependido que abandona a organização criminosa, se entrega e fornece as informações sobre atividades criminosas; o dissociado que confessa os crimes, e colabora para impedir a realização de novos crimes conexos; e o colaborador que ajuda no fornecimento de elementos de provas para o esclarecimento de possíveis autores e dos fatos. Na Itália a colaboração premiada acontece antes da sentença condenatória. Dentre outros países que adotarão a delação premiada no seu ordenamento jurídico. (Silva, 2013, p. 04)

No Brasil a delação premiada passa a fazer parte do nosso ordenamento jurídico com a lei nº 8.072/90 Lei dos crimes hediondos, a partir de então a delação premiada passou a integrar inúmeras legislações a saber: em 2013 a presidente da República Dilma

Rousseff, homologou a lei de colaboração premiada para utilização em crime de organização criminosa, na lei nº 12.850/2013.

Apresentação do Projeto de Lei n. 4372/2016, apresentada pelo Deputado Wadih Damous (PT-RJ), que: "Altera e acrescenta dispositivo à Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013 que "Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências""

A colaboração premiada está prevista em diversas leis brasileiras código penal como na lei nº 8.072/90- Lei dos crimes hediondos e equiparados; Lei nº 12.850/2013- Lei das organizações criminosas, Lei 7.492/86- crimes contra o sistema financeiro nacional, Lei nº 8.137/90- crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, Lei nº 9.613/98- Lei da lavagem de dinheiro, Lei nº 9.807/99- Lei de proteção a testemunha, Lei nº 12.529/2011- Lei dos crimes econômicos, Lei nº 11.343/06- Lei de drogas.

2.COLABORAÇÃO PREMIADA E DELAÇÃO PREMIADA

A colaboração premiada é o meio o instituto penal pelo qual o réu ou acusado é investigado, ele colabora com os órgãos responsáveis pela persecução, investigação criminal e dando informações eficazes para que esses possam obter provas para o ato delitivo em que está sendo investigado ou acusado. (TJDFT, 2017).

A colaboração premiada é prevista no artigo 14 da Lei 12.850/2013. E o que difere ela da Delação premiada? Na colaboração premiada o colaborador ele dar informações sobre o ato delitivo e confessa a sua participação. Na delação premiada é diferente ele apenas delata os comparsas do crime, mas ele não confessa o crime praticado.

Esses dois modelos de colaboração foram muito noticiado no Brasil com o surgimento das denúncias dos esquemas do mensalão e da Lava Jato quando investigados da polícia federal decidiram participar de uma delação premiada e relatar a participação de empresários e políticos com organizações criminosas firmaram acordo com o Ministério público delatando os para conseguir alguma vantagem perante o órgão persecutório.

2.1 A DELAÇÃO PREMIADA NA OPERAÇÃO LAVA JATO

O caso Lava jato é uma investigação que teve como alvo dismantelar um esquema bilionário de desvio de dinheiro e corrupção na Petrobras. O caso tornou público em 2014,

mas tudo começou em 2008, com o empresário Hermes Magnus. Ao procurar investigadores para a sua empresa Magnus se enroscou com um esquema de lavagem de dinheiro. Corretamente ele fez a denúncia à polícia federal que identificou quatro grupos criminosos, um desses grupos era liberado por Alberto Youssef, que já tinha sido preso no escândalo do Banestado. (Mendes, 2021, p. 03)

Desde então as investigações cresceram muito e hoje envolve políticos em um gigantesco desvio de dinheiro dos cofres da Petrobras, por sinal o nome lava jato foi dado porque algumas das quadrilhas usavam postos de combustível para lavar o dinheiro o nome pegou e é usado até hoje.

O que a Petrobras tem a ver com isso? ao interceptar ligações de Alberto Youssef, a polícia federal e o Ministério público descobriram uma singela doação de um carro importado (Land Rover Evoque), para Paulo Roberto Costa ex-diretor da Petrobras uma coisa leva a outra e depois de alguns meses a operação Lava jato escancarou o maior escândalo de corrupção no Brasil. Tanto Paulo Roberto quanto Youssef assinaram acordos, que permitem reduções de pena em troca de novos fatos que ajudassem nas investigações na delação premiada.

3.(IN) EFICÁCIA DA DELAÇÃO PREMIADA

A delação premiada é um início de provas, uma prova que deve ser levada em consideração ou não. A eficácia só vai ser aferida durante o devido processo legal, ou seja, se verifica se tudo que o delator disse, verifica se também os documentos que ele trouxe se eles vão se confirmar no decorrer do processo. Por isso o Supremo Tribunal Federal decidiu que a extensão vai ser aferida ao final na sentença, para ver se tudo o que foi dito pelo relator, pelo colaborador realmente se confirmou.

Comprovando a eficácia e a importância da delação premiada o presente artigo traz exemplos com repercussão nacional, que graças às delações premiadas tiveram punições. Destacamos as operações do "Mensalão, Lava Jato, Caixa de Pandora e Benestado". Todas organizações criminosas com intuito de onerar máquinas públicas praticando lavagem de dinheiro corrupção e etc. ambas tiveram os desdobramentos e êxito nas investigações através das delações premiadas.

Tecnicamente falando a delação é uma modalidade de colaboração, pela qual é realizada por um criminoso. Para que haja colaboração é necessário que o réu confesse o crime, então um infrator que colabora com as investigações, esta colaboração pode se dar por intermédio de uma delação ou não ordinariamente, a colaboração vem acompanhada de uma relação de colaboradores. Nada mais é do que uma acusação secreta, a revelação de uma informação até então desconhecida, a delação é premiada quando ela acontece

em troca de alguma vantagem, nesse mundo é uma prática que acontece desde os primórdios da humanidade.

O delator pode conseguir um acordo com o Ministério Público e se um Juiz aprovar esse acordo o Magistrado pode reduzir a pena em até dois terços, inclusive substituir a pena de prisão por uma pena alternativa, ou até aplicar o perdão Judicial.

Detalhe importante: A lei permite que o delator e sua família tenha uma proteção da polícia. Vejamos o seguinte caso recente divulgado MPRJ:

Portal Oficial do Ministério Público do Rio de Janeiro: MPRJ Denuncia Juiz E Assessor Por Venda De Sentenças E Corrupção

“Segundo delação, o juiz titular da 11ª Vara de Fazenda Pública da Capital venderia sentenças e cobraria uma taxa para nomear peritos”

“Um juiz e um assessor tiveram a prisão solicitada à Justiça fluminense após serem acusados de venda de sentenças e denunciados por lavagem de dinheiro, associação criminosa e corrupção. A denúncia foi feita pelo Ministério Público do Rio de Janeiro e envolve o juiz João Luiz Amorim Franco e seu assessor, Marcos Vinicius Farah Noronha, que é concursado no Tribunal de Justiça fluminense. O ponto de partida das investigações foi um acordo de colaboração premiada do perito Charles Fonseca William. Segundo a delação, o juiz titular da 11ª Vara de Fazenda Pública da Capital venderia sentenças e cobraria uma taxa em forma de propina para nomear peritos que trabalhariam para a Vara. A denúncia e as investigações apontam também que o magistrado recebia cerca de 10% do salário de cada perito nomeado, como uma espécie de “rachadinha” no judiciário. Agora, o MPRJ quer a prisão do magistrado e do assessor, que negam envolvimento nos supostos crimes. Se a denúncia for acolhida, ambos podem ser aposentados compulsoriamente ou exonerados em definitivo de suas funções. Ao G1, a defesa de João Amorim afirmou que “ser tudo fruto de descabida e ilegal perseguição da corregedoria, já tendo o conselho nacional de justiça instaurado procedimento disciplinar contra o corregedor”. Os acusados negam envolvimento em ilegalidades”.

Diante do caso citado acima, podemos ter a ampla visão que por intermédio de um acordo de delação premiada foi possível desvendar uma grande investigação de lavagem de dinheiro aos cofres públicos da grande cidade do Rio de Janeiro.

Vejamos o segundo caso também ocorrido na cidade do Rio de Janeiro, divulgado pelo MPRJ:

“Justiça fecha acordo de delação premiada e Dario Messer terá que devolver R\$ 1 bi”.

“Réu de processos da Lava Jato no Rio por esquemas nacionais e transnacionais de lavagem de dinheiro, o ‘doleiro dos doleiros’ está em prisão domiciliar, concedida devido à pandemia. Ele teve mandado de prisão decretado em maio de 2018, na Operação “Câmbio, Desligo”.

A Justiça do Rio de Janeiro homologou nesta quarta-feira, 12, um acordo de delação premiada com o “doleiro dos doleiros” Dario Messer, réu de processos da Operação Lava Jato no Rio por esquemas nacionais e transnacionais de lavagem de dinheiro e outros crimes. Ele precisará renunciar aos cofres públicos mais de 99% do seu patrimônio, estimado em cerca de R\$ 1 bilhão. Os bens incluem imóveis de alto padrão e valores no Brasil e no exterior, além de obras de arte e um patrimônio no Paraguai ligado a atividades agropecuárias e imobiliárias, que deverão fundamentar um pedido de cooperação com as autoridades do país vizinho para sua partilha.

O acordo foi feito por iniciativa do Ministério Público Federal (MPF) e da Polícia Federal (PF). Na avaliação da Força-tarefa da Lava Jato, a delação permitirá a coleta de provas para investigações em andamento, tendo já fornecido depoimentos juntados aos autos de processos decorrentes de três investigações sobre esquemas que teve o colaborador como figura-chave: “Câmbio, desligo”, sobre lavagem de dinheiro a partir do Uruguai e que movimentou mais de US\$ 1,6 bilhão; “Marakata”, sobre transações de dólar-cabo para lavar dinheiro em contrabando de esmeraldas; e “Patrón”, sobre o braço no Paraguai da organização transnacional de lavagem de dinheiro liderada por Messer.

Em abril, Dario Messer teve concedido pelo Superior Tribunal de Justiça o direito a prisão domiciliar. A decisão, feita pelo juiz Reynaldo Soares da Fonseca, considerou que Messer, de 61 anos, hipertenso e fumante, pertence ao grupo de risco para a Covid-19. Em março, ele passou por procedimento que removeu lesões compatíveis com melanoma. O doleiro está detido em casa com tornozeleira eletrônica. Ele teve mandado de prisão decretado em maio de 2018,

na Operação "Câmbio, Desligo". Foragido, ele foi capturado em julho de 2019. "

No caso citado acima, foi concedido pelo Supremo Tribunal de Justiça Federal do Rio de Janeiro, o acordo de colaboração premiada de Dário Messer, conhecido como o doleiro dos doleiros é réu na operação lava jato. A delação prevê a devolução aos cofres públicos de R\$ 1 bilhão e foi concedido o direito a prisão domiciliar.

Se a denúncia for acolhida, ambos podem ser aposentados compulsoriamente ou exonerados em definitivo de suas funções.

Os defensores da delação premiada dizem que é moralmente positiva, que a mesma dá ao acusado uma oportunidade de se redimir perante a sociedade, de corrigir os danos que já causou. Um dos defensores da delação premiada é "Alexandre de Moraes", o Ministro do TSE, acredita que o instrumento pode trazer benefícios para a investigação, porém, o delator não pode ser visto como o salvador da pátria;

Alexandre de Moraes Ministro do Supremo Tribunal Federal diz que:

"Se não serviu nada, não terá diminuição de pena. Serviu, mas não foi uma Brastemp, terá o perdão de um terço da pena. Ajudou muito, desbaratou a organização criminosa, perdão de dois terços da pena", disse Moraes.

O ministro, no entanto, reiterou que ninguém pode ser condenado com base só na delação premiada. "O delator tem interesse em delatar, ele quer benefícios, então ele que prove, ele que aponte provas", disse.

Os críticos da delação premiada dizem que ela é questionável, porque acaba incentivando o acusado a delatar o máximo de gente possível para conseguir um bom apoio, o que gera a possibilidade de emitir e acabar acusando uma pessoa inocente.

Os contra as delações premiadas acreditam que estimula a traição o que além de antiético exponha o delator a represálias.

Eugênio Raúl Zaffaroni (2013) crítico das delações premiadas diz que:

"A impunidade de agentes encobertos e dos chamados 'arrepentidos' constitui uma séria lesão à eticidade do Estado, ou seja, ao princípio que forma parte essencial do Estado de Direito: [...] o Estado está se valendo da cooperação de um delinquente,

comprada ao preço da sua impunidade para 'fazer justiça', o que o Direito Penal liberal repugna desde os tempos de Beccaria".[2]

Em contrapartida o Ministério Público oferece a estes colaboradores uma redução da pena, podendo chegar em algumas hipóteses até mesmo a isenção da pena, em relação a eles que colaboraram. Caso o delator opte pela colaboração premiada ele vai apresentar ao Procurador da República as informações que ele possa ter e que seja capaz de levar a inclinação dos demais envolvidos. Com isso se houver ali um acordo entre a acusação e a defesa de colaboração premiada, sendo nada mais que um contrato firmado entre as partes no qual são estabelecidos os direitos e deveres de cada uma delas. Normalmente o investigado, o colaborador vai ter como benefício da sua colaboração uma redução no tamanho da sua pena ou às vezes o cumprimento da pena no regime mais brando.

A lei 13.964/19 veio com alterações em relação à colaboração premiada o pacote anticrime. Havia diversas normativas espalhadas por um bom tempo a respeito de colaboração, surgiu a lei 12.850/2013 e ela não só criou, mas também aumentou o instituto da colaboração premiada, porém ainda ficou vago, em relação à sua regulamentação, para suprir essa regulamentação cada órgão ministerial criou sua própria regulamentação, que depois mais ou menos se unificou com o CNMP (Conselho Nacional Do Ministério Público), uma regulamentação basicamente única, mais ainda era um procedimento administrativo.

Então essa regulamentação não necessariamente deveria ser cumprida pelos promotores, isso acabou gerando um problema de divergência, quando iria tratar de uma colaboração em uma cidade que tratava com o promotor era uma coisa quando era tratado dentro do Estadual, por exemplo era completamente diferente.

O pacote anticrime trouxe para a legislação processual a questão da normativa, a última normativa que tínhamos era a do Conselho Nacional do Ministério Público. Ela basicamente foi incorporada a nossa legislação é a lei 12.850/2013, através do pacote anticrime. Uma das principais alterações foi o sigilo, ele começa no momento em que tem o recebimento da proposta de colaboração. Criou-se uma novidade porque essa proposta de colaboração pode ser indeferida sumariamente, então de imediato pode indeferir esse sigilo, o sigilo vai nascer no momento da proposta, se esta proposta não for indeferida sumariamente. (Sannini, 2020).

O que é esse Sigilo da Delação Premiada? Este sigilo e quando começa a colaboração. A primeira coisa que se assina é um termo de confidencialidade, antes de começar qualquer tratativa a respeito, as partes ou seja, o réu é o advogado, o promotor e até o assessor do promotor, se ele vai ficar sabendo do assunto, assina um termo de confidencialidade, que é um termo básico que vai dizer que todo mundo tem a obrigação de manter sigilo sobre a negociação, trazendo consequências caso o sigilo venha a ser quebrado.

O andamento das negociações não implica a suspensão das investigações, exceto, se fizer parte do acordo a não realização de medidas cautelares pelo poder público. Se a autoridade pública não aceitar o acordo, nenhuma das provas apresentadas poderá ser usada para outra finalidade. O Ministério Público poderá deixar de pedir a prisão do colaborador se o acordo referir, crime que não haja inquérito ou de investigação. Não poderá haver no acordo cláusulas que violem regras de cumprimento de pena e progressão de regime.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, onde as partes, o colaborador é quem está interessado naquela colaboração, vão negociar a respeito de um elemento, e a partir do elemento ser um negócio jurídico processual, automaticamente vai dar a essa colaboração as mesmas tratativas que o direito civil dá ao negócio jurídico. Então tem que ser sem nenhuma possibilidade de coação.

Acredita-se, que a delação vai puxar muitas normas do direito civil para dentro desse negócio jurídico processual. O recebimento da proposta não gera automaticamente a suspensão do processo, o processo decorre em separado da proposta até porque na maioria dos casos, os outros corréus do processo não podem ficar sabendo que vai haver uma colaboração premiada, para que não haja uma coação do colaborador.

Não existe suspensão automática, porém, essa suspensão pode ser acordada e pode haver uma suspensão. O celebrante que pode ser o Ministério Público ou a Polícia, não pode usar nada do que foi trazido com aquele acordo de colaboração premiada, se o acordo não foi feito no final, então vai ter uma negociação.

A colaboração premiada em si tem uma série de reuniões, não é uma audiência, tem várias fases, através dessas fases tem todo o jogo de negociação, ao final se chega a um acordo ou não, se chegar a um acordo tudo que o colaborador trouxe para aquela colaboração vai ser usado, se não chegar a um acordo logicamente tudo o que foi trazido para aquela colaboração não pode ser utilizado, inclusive se discute eticamente, se estrategicamente o colaborador poderia tentar uma colaboração premiada, porém com o objetivo apenas de fazer com que certos documentos não possam ser utilizados posteriormente.

A colaboração premiada pode ser dividida em duas espécies: a primeira e a colaboração unilateral que é aquela colaboração livre que pode acontecer mesmo no curso de um processo na presença de um juiz, quando alguém por exemplo, em seu interrogatório confessar e atribuir a alguém a prática de um delito, e ainda contribuir para a revelação da empreitada delituosa, o juiz diante daqueles elementos poderá aplicar uma

redução de pena de maneira unilateral sem a participação do Ministério Público, em termos de acordos de ajustes em terreno documentado, essa portanto é a colaboração unilateral.

A segunda espécie de colaboração é a bilateral que é quando há legitimidade para se firmar o acordo, a tratativa prévia a colaboração premiada para se negociar previamente a documentação, em um acordo de participação do Ministério Público ou do Delegado de Polícia junto com o réu e seu advogado, então a previsão é que haja registro das tratativas que antecedem a assinatura de acordo de colaboração premiada. Na colaboração bilateral é vedado que o juiz esteja presente é vedado o juiz participar das tratativas das negociações.

O juiz tem competência de aferir se o ajuste está de acordo com os termos de ordenamento positivo para homologar, mas ele não pode participar das tratativas, quando se tratar de colaboração bilateral.

REFERENCIAS

FILHO, J.F.S. **Delação Premiada**. UNAERP. Disponível em <https://www.unaerp.br/revista-cientifica-integrada/edicoes-anteriores/volume-3-edicao-4/2976-rci-delacao-premiada-06-2018/file>. Acesso em 07 de setembro de 2022.

GUIMARÃES, R.R.C. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/78454/a-in-observancia-de-limites-legais-para-concessao-de-beneficios-nos-acordos-de-colaboracao-premiada>. Acesso em 12 de setembro de 2022.

HUMBERT, H.L.G. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/91249/a-in-constitucionalidade-da-delacao-premiada> > VICTORINE GLEICE SOUZA PINHEIRO. **PUBLICADO EM 15/06/2021**. Acesso em 10 de setembro de 2022.

MATTOS, M.R.G. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/86860/colaboracao-premiada-sem-prova-de-corroboracao-nao-se-presta-para-justificar-o-recebimento-da-acao-de-improbidade-administrativa>. > Anelise Rocha Assumpção. Publicado em 05/11/2021. Acesso em 10 de setembro de 2022.

MATTOS, D.C. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/90549/breve-historico-dos-uso-de-reus-colaboradores-contra-a-mafia>. Publicado em 24/05/2021. Acesso em 12 de setembro de 2022.

MEDEIROS, F.M. **Delação premiada e leis diversas**. JUSBRASIL. Disponível em <https://jusbrasil.com.br/artigos/100000/diversas#:~:text=DELA%C3%A7%C3%A3o%20PREMIADA%3A%20QUANDO%20O%20ACUSADO,LEI%20APLIC%C3%A1VEL%20E%20DO%20ACORDO>. Acesso em 07 de setembro de 2022.

MENDONÇA, A.P.G. Disponível em <[HTTPS://WWW.EMERJ.TJRJ.JUS.BR/PAGINAS/TRABALHOS_CONCLUSAO/2SEMESTRE2014/TRABALHOS_22014/ANAPAULAGADELHAMENDONCA.PDF](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2014/trabalhos_22014/anapaulagadelhamendonca.pdf)>. Acesso em 08 de setembro de 2022.

MESQUITA, F.S. Disponível em <[HTTPS://JUS.COM.BR/ARTIGOS/87580/JUSTICA-PENAL-NEGOCIADA](https://jus.com.br/artigos/87580/justica-penal-negociada)>. Publicado em 28/12/2020. Acesso em 12 de setembro de 2022.

BRASIL. Por Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. (Publicado a 8 anos). Disponível em <[HTTPS://WWW.TJDFT.JUS.BR/INSTITUCIONAL/IMPrensa/CAMPANHAS-E-PRODUTOS/DIREITO-FACIL/EDICAO-SEMANAL/DELACAO-PREMIADA](https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/delacao-premiada)>. Acesso em 07 de setembro de 2022.

BRASIL. Por TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITORIOS. **COLABORAÇÃO PREMIADA.** Disponível em <[HTTPS://WWW.TJDFT.JUS.BR/INSTITUCIONAL/IMPrensa/CAMPANHAS-E-PRODUTOS/DIREITO-FACIL/EDICAO-SEMANAL/COLABORACAO-PREMIADA](https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/colaboracao-premiada)>. Acesso em 03 de dezembro de 2022.

VIEIRA, N.J.N. **Colação Premiada ou Delação Premiada? Endenta já!** POLITIZE Disponível em <<https://www.politize.com.br/colaboracao-premiada/>>. **(PUBLICADO EM 04/03/2022)**. Acesso em 08 de setembro de 2022.

SILVA, R.N.P. **ORIGEM DA DEALÇÃO PREMIADA E SUAS INFLUENCIAS NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO** Disponível em <<https://rafael-paranagua.jusbrasil.com.br/artigos/112140126/origem-da-delacao-premiada-e-suas-influencias-no-ordenamento-juridico-brasileiro>> Acesso em 03 de dezembro de 2022.

BRASIL. Por MINISTERIO PUBLICO DO RIO DE JANEIRO. Disponível em <<https://www.mprj.mp.br/visualizar?noticiaId=121103>> Acesso em 03 de dezembro de 2022.

PRESCRIÇÃO VIRTUAL: RECONHECIMENTO ANTECIPADO DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA EM VIRTUDE DA AUSÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR.

CAMILLA LYDIA GONÇALVES FIGUEIRÊDO¹⁶⁸:
graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, Servidora Pública Estadual em Pernambuco. Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Católica Dom Bosco.

DIEGO JOSÉ LÔBO DE OLIVEIRA¹⁶⁹

(coautor)

RESUMO: O presente trabalho teve como objetivo estudar a prescrição virtual e seu reconhecimento, já que existe uma grande divergência doutrinária e jurisprudencial. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, que envolveu a utilização de manuais, livros, artigos, jurisprudências e legislações referentes ao assunto abordado. Foi realizado um estudo acerca da prescrição da pretensão punitiva, seus fundamentos e espécies. Por fim a prescrição virtual, cujo conceito foi apresentado, além de ser feita análise minuciosa dos argumentos encontrados na doutrina e jurisprudência utilizados por aqueles que defendem e por aqueles que a desconsideram. Percebe-se que os argumentos utilizados pelos defensores da prescrição virtual, dentre eles o interesse de agir, são mais bem fundamentados e fazem mais sentido. Ademais, o reconhecimento da prescrição virtual tem como consequência inúmeras vantagens como a celeridade processual, combate à morosidade da justiça e maior quantidade de sentenças mais justas.

PALAVRA CHAVE: 1. Prescrição. 2. Reconhecimento. 3. Interesse. 4. Vantagens.

INTRODUÇÃO

Operadores do direito têm enfrentado grandes problemas com o acúmulo processual, posto que há um excesso de formalidades legais na norma processual, o que faz com que os processos levem anos para que cheguem a uma conclusão. Porém, grande parte deles tem chegado a um mesmo fim: a prescrição. Em face deste problema, surgiu uma possível saída que reduziria a quantidade de processos fadados à prescrição, possibilitando uma maior atenção aos processos que têm grande possibilidade de serem

¹⁶⁸ Contato: cammillalfigueiredo@yahoo.com.br

¹⁶⁹ Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, Servidor Pública Estadual em Pernambuco. Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Católica Dom Bosco. Professor de Direito Penal II da Faculdade Escrivor Osman da Costa Lins.

solucionados, gerando, inclusive, um aumento da confiança na justiça nacional; esta solução seria a prescrição virtual¹⁷⁰ ou reconhecimento antecipado da prescrição retroativa, instituto capaz de ditar o caminho que a justiça nacional deverá seguir.

Para tanto, faz-se necessário especificar o conceito e as espécies de prescrição da pretensão punitiva existentes no nosso ordenamento jurídico, bem como a prescrição virtual e a possibilidade de seu reconhecimento, estudando seu conceito e seus objetivos, e conseqüentemente a argumentação utilizada por aqueles que a defendem e por aqueles que não a reconhecem na doutrina e na jurisprudência nacional.

Para o desenvolvimento da pesquisa proposta, usar-se-á a modalidade de pesquisa bibliográfica, analisando a doutrina, a jurisprudência e a legislação que são pertinentes ao assunto, com o objetivo de se chegar a uma conclusão acerca do reconhecimento desta polêmica modalidade de prescrição. Esta modalidade de pesquisa faz-se mais adequada, tendo em vista que se trata de uma divergência eminentemente doutrinária e jurisprudencial, o que implicará numa leitura crítica sobre a doutrina nacional e internacional a respeito do tema, bem como sobre julgados e suas fundamentações.

1 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA: CONCEITO E ESPÉCIES

Prescrição é a perda do direito de punir do Estado em virtude do decurso do tempo, quando o poder público se acha inerte na repressão do delito (BRUNO, 1967, p.209), levando à perda do direito de punir.

No momento em que ocorre determinado delito, surge a pretensão punitiva do Estado, que deverá ser exercida dentro de um prazo estabelecido em lei, que varia de acordo com o fato delituoso e, passado este prazo, ocorrerá a prescrição da pretensão punitiva.

A prescrição retroativa e a intercorrente, que serão logo mais estudadas, são espécies da prescrição da pretensão punitiva e são disciplinadas pelo vigente Código Penal.

Antes de transitar em julgado a sentença condenatória, o Estado possui a pretensão punitiva. A prescrição desta pretensão significa a perda do direito de punir alguém, ou seja, obter uma decisão acerca de um delito imputado a uma determinada pessoa em razão da passagem de um determinado prazo legal, que neste caso vai da prática do fato delituoso até o trânsito em julgado da sentença final condenatória.

Com a prescrição da pretensão punitiva, ao autor do fato não mais poderá ser imposta aplicação de pena ou medida de segurança relativa aquele mesmo fato delituoso, podendo ser o

¹⁷⁰ Cumpre salientar que o sentido da palavra "virtual" do instituto estudado não guarda nenhuma relação com o mundo cibernético ou com as comunicações realizadas via *internet*. Na verdade, a doutrina denomina prescrição virtual tendo em vista a utilização de uma perspectiva da pena futuramente imposta ao acusado.

delinqüente responsabilizado pelos danos causados, não implicará responsabilidade ou culpabilidade e não refletirá nos seus antecedentes ou marcará futura reincidência, visto que, para fins penais, equiparase à absolvição, não subsistindo os efeitos secundários da condenação.

A prescrição da pretensão punitiva poderá ocorrer nas diversas fases da persecução penal compreendidas entre o fato criminoso e a sentença final. Quando da ocorrência de um delito, a autoridade policial terá um prazo para instaurar o inquérito policial e, transcorrido tal prazo, ocorrerá a prescrição. Da mesma forma ocorrerá caso o Ministério Público não inicie a ação penal em tempo hábil. Iniciada a ação penal, correrá novamente prazo prescricional que deverá ser observado, sob pena de perda do direito de punir (JESUS, 1995, p.29).

O prazo da prescrição da pretensão punitiva consta no corpo do art. 109 do Código Penal Brasileiro. O disposto no artigo citado servirá de base para o cálculo da prescrição da pretensão punitiva e da pretensão executória, utilizando-se a pena aplicada para esta e, em regra, o máximo da pena possivelmente aplicada para aquela.

A contagem dos prazos prescricional deve levar em conta a regra do art. 10 do Código Penal, o qual explica que será considerado o dia do começo, "computando-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum", não sendo interrompidos por férias ou feriados, não se levando em consideração a hora do delito, pois o cômputo da prescrição despreza as frações de dia, conforme preceitua o art. 11 do mesmo código.

O artigo 111 do Código Penal traz consigo os termos iniciais do prazo prescricional como sendo o dia em que o crime se consumou; no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa; nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência; e nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.

Porém, como bem explicam Zaffaroni e Pierangeli, o artigo mencionado acima não resolve totalmente a problemática da prescrição da pretensão punitiva. O autor expõe que:

[...]nos crimes materiais, a prescrição da pretensão punitiva começa a fluir do dia em que o resultado se produziu; nos crimes formais e de mera conduta, em que o tipo descreve conduta e resultado, ou apenas a primeira, satisfazendo-se com a exteriorização da atividade delituosa, o prazo prescricional inicia-se a partir da data do início da atividade ou da omissão; nos crimes omissivos puros ou próprios¹⁷¹, conta-se o prazo a partir da data da conduta negativa, enquanto nos crimes omissivos impuros ou impróprios¹⁷², da data do resultado; nos crimes qualificados pelo resultado, computa-se o prazo a partir do resultado

¹⁷¹ São chamadas omissões próprias ou tipos de omissão própria aqueles em que o autor pode ser qualquer pessoa que se encontre na situação típica, como, por exemplo, o artigo 135 do CP define um tipo de omissão própria. Esses tipos de omissão própria caracterizam-se por não ter um tipo ativo equivalente e são raros no CP.

¹⁷² Chamam-se omissões impróprias ou tipos de omissão imprópria aqueles em que o autor só pode ser quem se encontra dentro de um determinado círculo, que faz com que a situação típica seja equivalente à de um tipo ativo. Os tipos de omissão imprópria têm um tipo ativo equivalente e a posição em que se deve achar o autor se denomina posição de garantidor. A omissão é regulada pelo art. 13, § 2º do Código Penal.

lesivo qualificador. Nos crimes habituais, consuma-se “com o primeiro ato”, mas, além do dolo, exige-se a habitualidade como elemento do *animus* do autor (Jescheck). No crime continuado, a prescrição conta-se a partir da data de cada uma das ações formadoras da unidade da continuidade. Nos crimes conexos, a extinção da punibilidade de um deles em nada influi na agravação da pena resultante da conexão (ZAFFARONI e PIERANGELI, 1997, p.760).

Em relação aos crimes habituais, a posição acima citada não é pacífica na doutrina. Damásio de Jesus (1995, p.61), entendem que no caso dos crimes habituais o prazo prescricional tem início a partir do último ato praticado, parecendo esta a posição mais acertada, pois, mesmo que parte dos atos anteriores já bastasse para caracterizar o fato delituoso, a reiteração faz com que se considerem todos os atos anteriores integrados nos posteriores.

A prescrição da pretensão punitiva tem como espécies a prescrição intercorrente e a retroativa, que da mesma forma põem fim ao *jus puniendi*, entretanto, utilizando a pena concretizada na sentença.

A denominada prescrição intercorrente é uma espécie de prescrição da pretensão punitiva e está disciplinada pelo art. 110, §1º do Código Penal e atinge a pretensão punitiva do Estado, gerando, portanto, efeitos idênticos à prescrição prevista no art. 109 do mesmo código.

A diferença básica entre a prescrição do art. 109 e a prescrição do art. 110, § 1º, ambos do CP, é que esta baseia o cálculo do prazo prescricional na pena concretizada na sentença recorrível, enquanto que aquela baseia o cálculo na pena em abstrato.

Esta espécie de prescrição leva em conta a pena concretizada, mesmo que a sentença não tenha transitado em julgado e não havendo recurso da acusação, visto que a pena não mais poderá ser majorada, em virtude do princípio da proibição da *reformatio in pejus*, servindo a sentença, portanto, como base para o cálculo do prazo prescricional. Neste mesmo sentido esta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que trouxe na Súmula 146 expôs que “a prescrição da ação penal¹⁷³ regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso de acusação”.

Conforme lembra Guilherme de Souza Nucci, “o lapso para a contagem tem início na data da sentença e segue até o trânsito em julgado desta para a defesa” (2006, p. 555).

Havendo recurso de acusação que vise a majoração da pena, não há que se falar em prescrição intercorrente, visto que existe a possibilidade do aumento da sanção aplicada, não podendo esta espécie de prescrição ser alegada antes do julgamento que nega provimento ao recurso, preceituando a lei que a prescrição intercorrente se concretizará com o improvimento do recurso de acusação (MESQUITA JÚNIOR, 1997, p.35).

¹⁷³ É bom não esquecer que o STF em sua Súmula 146 chamou a “prescrição da pretensão punitiva” de “prescrição da ação”, não sendo uma forma apropriada para os dias atuais, como já fora explicado anteriormente.

No que diz respeito à prescrição retroativa, com a Súmula 146 do STF, já mencionada, passou-se a calcular a prescrição da pretensão punitiva sobre os prazos anteriores à sentença condenatória, quando não houver recurso da acusação, instituindo-se a prescrição retroativa.

Com a chegada da Lei 7.209/1984, que deu nova redação ao art. 110, §§ 1º e 2º do Código Penal, que regulavam a prescrição retroativa, ganhando maior amplitude, uma vez que ficou determinada, como se podia verificar no texto do art. 110, § 2º do CP, que a prescrição da pretensão punitiva baseada na pena em concreto poderia ter por termo inicial data anterior à do recebimento da queixa ou denúncia, seguindo o que já era colocado pela jurisprudência nacional, nos moldes da Súmula 146 do Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que, no ano de 2010, foi sancionada a Lei nº 12.234/2010, sensível modificação ao disposto no Art. 110 do Código Penal, que trouxe a possibilidade de reconhecimento da prescrição retroativa, impedindo, apenas, o seu reconhecimento com base em período anterior à denúncia ou queixa, senão vejamos:

Art. 110 - ..

§ 1º - A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, **não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.** (grifo nosso)

Da mesma forma como ocorre com a prescrição intercorrente, estando pendente recurso de acusação que vise o aumento da pena aplicada, não será possível a prescrição baseada na pena concretizada até que o referido recurso seja julgado, no entanto, em caso de improvimento do recurso de acusação, ocorrerá a prescrição retroativa no caso de escoamento do prazo prescricional baseado na pena entre os termos interruptivos ainda permitidos em lei (MIRABETE, 2002, p.417).

Com a Lei 7.209/84, na exposição de motivos da nova parte geral, o item 99 esclarece o que se pretendia dizer com a expressão “ou depois de improvido o recurso de acusação” do art. 110, § 1º do Código Penal, *in verbis*:

99. Estatui o art. 110 que, uma vez transitada em julgado a sentença condenatória, a prescrição regula-se pela pena aplicada, verificando-se os prazos fixados no art. 109, os quais são aumentados de um terço, se o condenado é reincidente. O § 1º dispõe que a prescrição se regula pela pena aplicada, se transitada em julgado a sentença para a acusação ou improvido o recurso desta. Ainda que a norma pareça desnecessária, preferiu-se explicá-la no texto, para dirimir de vez dúvida alusiva à prescrição pela pena aplicada, não obstante o recurso da acusação, se este não foi provido. A ausência de tal norma tem estimulado a interposição de recursos destinados a evitar tão-somente a prescrição. Manteve-se, por outro lado, a regra segundo a qual, transitada em julgado a sentença para a acusação, haja ou não recurso da defesa, a prescrição se regula pela pena concretizada na sentença.

Tal entendimento é importante, visto que se assim não fosse, seria estimulada a interposição de recurso com o pretexto de ser aumentada a pena, quando na verdade o que se pretendia era

dificultar a prescrição. No entanto, vale salientar que o provimento do recurso de acusação impede o reconhecimento da prescrição retroativa (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1997, p.770).

Interposto recurso de defesa e não interposto ou improvido recurso da acusação, aquele não impedirá o reconhecimento da prescrição retroativa em virtude do princípio da proibição da *reformatio in pejus*.

Desta forma, prescrição retroativa terá como termo inicial o recebimento da denúncia ou queixa, além de outras que poderão marcar o início do lapso temporal, uma vez que esta modalidade de prescrição estará sujeita às causas interruptivas previstas no art. 117 do CP.

2 PRESCRIÇÃO RETROATIVA ANTECIPADA

Após estudar os conceitos e espécies de prescrição da pretensão punitiva, será estudada a seguir uma modalidade de prescrição que tem origem no Brasil e tem como finalidade principal reduzir o número de processos que movimentam a máquina administrativa de maneira inútil, levando a uma justiça morosa, o que para alguns é uma verdadeira injustiça.

2.1 CONCEITO E OBJETIVOS

A prescrição retroativa antecipada, que também é conhecida como prescrição virtual ou prescrição da pena em perspectiva, que terá como base, não a pena máxima prevista para determinado delito, mas sim a possível pena aplicada no caso concreto, levando-se em consideração os critérios objetivos da aplicação da pena e o interesse de agir do autor da ação penal em relação a um processo que fatalmente caminhará para a prescrição.

O reconhecimento antecipado da prescrição retroativa é uma saída encontrada por alguns doutrinadores e demais operadores do direito para o entrave causado pelo grande acúmulo de processos no poder judiciário, no entanto, esta modalidade de prescrição tem gerado grande polêmica entre a doutrina e a jurisprudência.

A prescrição virtual consiste no reconhecimento em razão do lapso de tempo decorrido desde o *dies a quo* do prazo prescricional até a suposta condenação, baseada na pena supostamente aplicada, fazendo-se uma perspectiva desta para, baseado nesta perspectiva e percebendo que se o acusado for condenado, em determinadas situações é possível se ter uma noção da pena aplicada, verificar-se-á que o direito de punir, que o Estado ainda não perdeu se fosse levada em consideração a pena máxima, fatalmente seria perdido em virtude da prescrição retroativa, ou seja, haveria um gasto desnecessário para o andamento de um processo que tem um só destino: a extinção da punibilidade.

Além disso, vale salientar que devido a um grande número de processos que tem como fim a prescrição e continuam com seu andamento processual normalmente, os processos mais recentes acabam por terem prioridade secundária, para que se possa tentar fazer valer o direito de punir do Estado em relação aos processos mais antigos, levando cada vez mais a um maior número de processos em que ocorre a prescrição da pretensão punitiva.

Nas lições de Fernando Capez:

Concebe-se que a prescrição virtual é aquela reconhecida antecipadamente, com base na provável pena concreta, que será fixada pelo juiz, no momento futuro da condenação. Fundamenta-se no princípio da economia processual, uma vez que de nada adianta movimentar inutilmente a máquina jurisdicional com processos que já nascem fadados ao insucesso, nos quais, após condenar o réu, reconhece-se que o Estado não tinha mais o direito de puni-lo, devido à prescrição retroativa. Essa modalidade de prescrição, portanto, está atrelada ao instituto da prescrição retroativa. (CAPEZ, 2011, p. 569)

É óbvio que nem toda situação possibilitará a análise e, conseqüentemente a perspectiva da pena aplicada, em virtude da complexidade que cada caso poderá alcançar, no entanto, há inúmeros casos que não seria um trabalho impossível o estudo sobre a possível pena aplicada.

Desta forma, o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa, que tem como base a pena em perspectiva, perdeu grande parte de sua razão de existir, pois teria como condão impedir o nascedouro de processos incapazes de gerar condenação, mas ainda detém grande utilidade, sobretudo nos casos em que é possível prever a pena diante dos dados objetivos já existentes sobre o autor ou autores do fato, sobre a vítima ou vítimas e o delito em si, tendo o representante estatal para a aplicação da reprimenda total ciência de não poderá aplicar a sanção de forma indistinta.

Os que se colocam contra a prescrição retroativa antecipada alegam, em síntese, que a aceitação desta modalidade fere diversos princípios, dentre eles a obrigatoriedade da ação penal, a presunção de inocência e o devido processo legal, além de não ser prevista em lei.

Por outro lado, aqueles que são a favor da prescrição virtual se apoiam no princípios da economia processual, no interesse de agir e nos critérios objetivos de fixação da pena.

Um dos argumentos utilizados pelos que se posicionam contra a prescrição virtual é a violação ao princípio da presunção de inocência.

De acordo com Fernando da Costa Tourinho Filho, este princípio "nada mais representa que o coroamento do *due process of law*" (2001, p.17). Este princípio consiste no raciocínio que enquanto não houver sido condenado, presumir-se-á sempre que o réu é inocente. Há violação deste princípio no momento em que, por exemplo, o acusado é preso sem que a restrição de sua liberdade seja de caráter cautelar, por implicar a antecipação da pena.

A doutrina que se coloca contrária ao reconhecimento antecipado da prescrição retroativa ganhou força com a edição da Súmula 438 do STJ: "É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independente da existência ou sorte do Processo penal".

Esta parte da doutrina explica que se houver o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa, o acusado não terá a chance de provar sua inocência, além de, ao fazer uma perspectiva da

pena futuramente aplicada, ocorre uma presunção de culpabilidade em relação ao réu, violando o mencionado princípio do estado de inocência que foi acima explicado, em outras palavras,

a prescrição em perspectiva implicaria, inevitavelmente, a formação de juízo condenatório apriorístico, ou seja, sem construção adequada da (in)formação probatória, pois, se instruído o feito, convencido o juiz pela condenação, a sentença a ser prolatada seria de mérito, com fixação da pena e, se fosse a hipótese, com a extinção da punibilidade (NASSIF, 2003, p.81-82).

Outro argumento utilizado é a violação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, que se define como o dever do Ministério Público de promover a ação penal pública, sendo defeso a utilização de critérios de ordem política ou da conveniência e oportunidade para denunciar, desde que estejam presentes todas as condições para o oferecimento da denúncia (LIMA, 2002, p.136).

Em outras palavras, sendo o fato definido como crime, existentes todos os elementos que constituem o delito, existindo um mínimo de provas e atendidos os pressupostos processuais, conforme o art. 42 do Código de Processo Penal, o Ministério Público não poderá deixar de oferecer denúncia.

Com grande propriedade Afranio Silva Jardim explicou o princípio da obrigatoriedade da ação penal, a seguir:

...não há nada de liberal na autorização ao membro do Ministério Público para decidir, no caso concreto, se invoca ou não a aplicação do direito penal. não faz qualquer sentido, em uma sociedade democrática, outorgar tal poder a um órgão público. A aplicação inarredável da norma penal cogente, realizado o seu suporte fático, não pode ser afastada pelo agente público à luz de critérios pessoais ou políticos (JARDIM *apud* LIMA, 2002, p.137).

Nada impede que este princípio seja amenizado, autorizando-se o Ministério Público, em algumas situações, que desista da ação penal, levando à extinção do processo sem julgamento do mérito (TOURINHO FILHO, 2001, p.85).

O princípio da obrigatoriedade da ação penal, segundo referida doutrina, é violada no momento em que o autor da ação penal deixa de oferecer denúncia em virtude da prescrição virtual, pois a exordial penal não pode deixar de ser oferecida por mera questão de conveniência, além do mais, deixar de propor a ação penal baseado na justa causa seria colaborar para que a justiça criminal ficasse desacreditada (GAYA, 1996, p.67).

A prescrição virtual também violaria o princípio do devido processo legal, também conhecido como princípio do *due process of law*, trazido pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso LIV, dispondo que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". No âmbito processual, é garantido a todos à plenitude de defesa, à publicidade e motivação das

decisões, ao duplo grau de jurisdição, à revisão criminal e à imutabilidade das decisões favoráveis transitadas em julgado (CAPEZ, 2003, p.31).

A violação ao princípio do devido processo legal ocorreria no momento em que ao réu não seria dada o contraditório, além de impedir o andamento normal do processo penal, realizado em todas as suas etapas, que terminaria com a sentença final, que poderia ser absolutória ou condenatória, podendo esta última gerar o *status* de condenado e fixar a pena em concreto.

É possível verificar alguns julgados que entendem ser inaplicável o reconhecimento da prescrição virtual, a saber:

PENAL E PROCESSO PENAL. PRESCRIÇÃO VIRTUAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. VERBETE SUMULAR N. 438/STJ. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Não viola o princípio da colegialidade o julgamento monocrático proferido pelo relator, nos termos do art. 557, § 1º, do CPC c.c. 3º do CPP e art. 38 da Lei 8.038/90, quando a decisão recorrida estiverem manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

2. Este Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal são firmes na compreensão de que falta amparo legal à denominada prescrição em perspectiva, antecipada ou virtual, fundada em condenação apenas hipotética. Inteligência do enunciado 438 da Súmula desta Corte. Repercussão geral reconhecida.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no AREsp 70792 PI 2011/0243724-3, Relator(a): Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), Órgão Julgador: STJ/T6 - SEXTA TURMA, Publicação: DJe 22/02/2012)

No mesmo sentido, colacionamos decisão do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO ANTECIPADA. INADMISSIBILIDADE. ARTIGO 28 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E SÚMULA 696 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HIPÓTESE DE ATRIBUIÇÃO ORIGINÁRIA DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO À SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. ORDEM DENEGADA. 1. O Supremo Tribunal Federal tem rechaçado a aplicação do instituto da prescrição antecipada reconhecida antes mesmo do oferecimento da denúncia.

2. Na hipótese de o juiz discordar da manifestação do Ministério Público que deixa de propor a suspensão condicional do processo, aplica-se, por analogia, o art. 28 do Código de Processo Penal. 3. Todavia, em se tratando de atribuição originária do Procurador-Geral de Justiça, v.g., quando houver competência originária dos tribunais, o juiz deve acatar a manifestação do chefe do Ministério Público. 4. Tendo em vista que a suspensão condicional do processo tem natureza de transação processual, não existe direito público subjetivo do paciente à aplicação do art. 89 da Lei 9.099/95. 5. Ordem denegada.(HC 83458, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Primeira Turma, julgado em 18/11/2003, DJ 06-02-2004 PP-00038 EMENT VOL-02138-05 PP-00960)

Desta forma, temos que o STF e o STJ se colocam contrários à aplicação da prescrição virtual, sobretudo pela falta de amparo legal em nosso ordenamento.

Ocorre que, a despeito do disposto na Súmula nº 438 do STJ, é possível verificar a aplicação da prescrição virtual nos Tribunais Brasileiros, como medida de justiça necessária ao reconhecimento de situações onde se percebe quão improdutiva será a continuidade do processo no caso concreto. Vejamos algumas decisões:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PRESCRIÇÃO PELA PENA PROJETADA. POSSIBILIDADE . Mantida a decisão que julga extinta a punibilidade do réu quando se antevê o reconhecimento da prescrição em caso de eventual condenação. SÚMULA 438 DO STJ. Verbete que não está dotado de eficácia vinculante. RECURSO IMPROVIDO. (TJRS. Recurso em sentido estrito n. 70041838418, Relator: Des. Luis Gonzaga da Silva Moura, 5ª Câmara Criminal, em 01/06/2011)

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL - ART. 171, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - PRESCRIÇÃO VIRTUAL - PEDIDO DE REFORMA DA DECISÃO A QUO A FIM DE QUE ESTA SEJA ANULADA E QUE SEJAM DEVOLVIDOS OS AUTOS PARA O JUÍZO DE 1ª INSTÂNCIA PARA QUE TENHA PROSEGUIMENTO COM A PROLAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA - IMPROVIMENTO - POSSIBILIDADE DE ANTECIPAÇÃO DA PRESCRIÇÃO - RECURSO IMPROVIDO

Em análise detida dos autos, entendo que não assiste razão ao membro do "parquet". O magistrado *a quo* agiu corretamente em

declarar extinta a punibilidade levando em consideração a ocorrência da prescrição virtual, pois o recorrido estava sendo acusado da prática de um crime de estelionato praticado em 13 de janeiro de 2000, logo, caso fosse julgada procedente tal acusação, haja vista aquele ser primário, possuir bons antecedentes e transcorridos quase 10 anos da prática do delito, a pena seria imposta no mínimo legal acarretando a perda da pretensão punitiva do Estado. Em casos excepcionais, há possibilidade de aplicação da prescrição virtual, antecipando os efeitos da prescrição, com base em pena provável. (TJMS, RSE 7470 MS 2010.007470-7, Relator(a): Des. João Batista da Costa Marques, Órgão Julgador: 1ª Turma Criminal, Publicação: 12/05/2010)

No último julgado colacionado acima, o representante do *Parquet* se insurgiu contra decisão que declarou a extinção da punibilidade, por aplicação da prescrição virtual, ocorrida entre o recebimento da denúncia e a sentença que declarou a extinção da punibilidade. Na decisão, o Magistrado percebeu que, mesmo sentenciando naquela data, a pretensão punitiva já estaria extinta pela prescrição retroativa, na medida em que o processo se arrastou por longos 10 (dez) anos. Desta forma, não faria sentido algum manter processo com uma sobrevida totalmente infrutífera.

Tal entendimento somente foi possível em razão dos critérios objetivos de aplicação da pena. O Juiz, no momento de fixação da pena deverá seguir a orientação do art. 68 do Código Penal, o qual explica que o cálculo da pena deverá ser feito em três etapas, fixando-se a pena-base atendendo-se o critério do art. 59 do mesmo código, devendo em seguida considerar as circunstâncias atenuantes e agravantes e, por último, as causas de diminuição e aumento.

A pena-base é o *quantum* encontrado pelo Juiz baseado nas circunstâncias judiciais, aquelas apontadas no *caput* do art. 59 do Código Penal, que são a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, sem levar em conta as circunstâncias legais genéricas, que são as atenuantes e as agravantes, e as causas de aumento ou diminuição (HUNGRIA *apud* JESUS, 2002, p.587). As circunstâncias judiciais são assim chamadas por serem frutos de uma análise subjetiva do magistrado, no entanto, a subjetividade não deve ser confundida com arbitrariedade, uma vez que os elementos devem ser bem esclarecidos. A pena-base deverá ser fundamentada sob pena de nulidade, sendo indispensável a apreciação e a fundamentação das circunstâncias judiciais sempre que for aplicada acima do mínimo legal (DELMANTO, 2002, p.113).

Quando forem favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, a pena-base deverá ser fixada no mínimo legal (DELMANTO, 2002, p.115).

Encontrada a pena-base, o Juiz passa a analisar as circunstâncias atenuantes e agravantes, que também são chamadas de causas legais, que estão previstas nos artigos 61, 62, 65 e 66 do Código Penal, devendo seguir regras de aplicação de tais circunstâncias.

O Código Penal foi bem claro quando dispôs no *caput* dos artigos 61 e 65 do Código Penal que as circunstâncias ali elencadas sempre agravam, no caso do art. 61, ou sempre atenuam, no caso

do art. 65, com a ressalva de que se a hipótese que agrava a pena constituir ou qualificar a pena, não agravando portanto.

No que se refere às hipóteses que agravam a pena, estas não podem elevá-la acima do máximo cominado ao delito, assim como as hipóteses que atenuam a pena não podem diminuí-la abaixo do mínimo cominado ao crime (MIRABETE, 2002, p.311). As agravantes não podem ser consideradas se já incidiram na pena como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal (DELMANTO, 2002, p.122).

As circunstâncias agravantes são somente aquelas previstas em lei nos artigos já mencionados. Já as circunstâncias atenuantes, além daquelas previstas em lei, há uma atenuante genérica prevista no art. 66 do Código Penal, o qual explica que “a pena poderá ser atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ao crime, embota não prevista em lei.”

A última fase para fixação da pena é a aplicação das causas de diminuição e aumento de pena, que se encontram dispersos no Código Penal e se identificam por exporem que a pena será aumentada ou diminuída de alguma fração da pena. Havendo diversas causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, o Juiz poderá aplicar somente uma, prevalecendo a que mais diminuir ou aumentar, conforme dispõe o art. 68 do Código Penal.

As causas de aumento ou diminuição são fatores de acréscimo ou redução da pena, expressas em quantidades fixas ou em limites e são calculadas pelas circunstâncias da própria causa de aumento ou diminuição. Quando a causa de aumento for prevista em quantidade ou limites variáveis, a aplicação acima do mínimo deverá ser fundamentada, em consonância com o art. 93, inciso IX da Constituição Federal.

Ao contrário das atenuantes e agravantes, as causas de diminuição poderão reduzir a pena abaixo do mínimo legal e as causas de aumento poderão elevar a pena acima do máximo cominado ao delito.

Explicada a individualização da pena, pode-se verificar que o Juiz não está livre para impor a sanção que entender, pois ele deve seguir regras bastante objetivas pára a fixação da pena. Mesmo quando lhe é facultada a subjetividade, na primeira fase do cálculo da pena, a aplicação de pena-base superior ao mínimo deverá ser bem fundamentada. Além disso, para que o autor do fato delituoso seja condenado a uma pena próxima à máxima cominada ao crime, é necessário uma série de situações e condições desfavoráveis a ele.

Por conta de todos os critérios exigidos para o cálculo da pena, em grande parte dos casos, de acordo com os defensores da prescrição virtual, é possível fazer uma perspectiva da pena que será aplicada ao réu, salvo alguns casos de maior complexidade e nos casos de *mutatio libelli*.

Dependendo do caso, vislumbrando a existência de condições judiciais favoráveis, atenuantes e a ocorrência de causas de diminuição de pena, não haveria dificuldade em se chegar à conclusão de que a pena aplicada seria a mínima cominada ao delito e, portanto, seria possível a utilização da pena futuramente aplicada para o cálculo da prescrição da pretensão punitiva.

Outro argumento muito utilizado pelos que são a favor do reconhecimento antecipado da prescrição retroativa é a ausência do interesse de agir do Estado em dar início a um processo que fatalmente terá sua punibilidade extinta em virtude da prescrição retroativa.

Antes de explicar o que seria o interesse de agir, vale salientar que os estudos sobre as condições da ação, as quais são analisadas mais a fundo pelos civilistas, guardadas as devidas peculiaridades, são totalmente aplicados ao direito processual penal, com a adoção na legislação pátria, amoldando-se com a exigência de um maior controle do processo penal, uma vez que é a liberdade individual que está em jogo.

De acordo com Liebman, a ausência de uma das condições da ação, neste caso o interesse de agir, "implica a inexistência da própria ação" (*apud* FREIRE, 2001, p.76).

O interesse de agir não se encontra previsto na legislação processual penal, justificando-se sua ausência no fato de que, por ser intuitivo, no processo penal sempre haverá interesse de agir, já que somente através do processo que é possível a aplicação da sanção penal (LIMA, 2002, p.115).

O interesse de agir, que também é conhecido como interesse processual, não se confunde com interesse de direito material ou interesse primário, que o demandante pretende fazer valer em juízo, pode ser definido como a "utilidade de provimento jurisdicional pretendido" (CÂMARA, 2003, p.126).

A explicação de Alexandre Freitas Câmara acerca deste assunto se encaixa com a visão dos defensores da prescrição virtual no que diz respeito ao interesse de agir quando ensinou que

O Estado não pode exercer suas atividades senão quando esta atuação se mostre absolutamente necessária. Assim, sendo pleiteado em juízo provimento que não traga ao demandante nenhuma utilidade (ou seja, faltando ao demandante interesse de agir), o processo deverá ser encerrado sem que se tenham provimento de mérito, visto que o Estado estaria exercendo atividade desnecessária ao julgar a procedência (ou improcedência) da demanda ajuizada. Tal atividade inútil estaria sendo realizada em prejuízo daqueles que realmente precisam da atuação estatal, o que lhes causaria dano (que adviria, por exemplo, do acúmulo de processos desnecessários em juízo ou tribunal). Por esta razão, inexistindo interesse de agir, deverá o processo ser extinto sem resolução do mérito (CÂMARA, 2003, p.126).

O ensinamento do processualista acima nos mostra a consequência de se admitir processos que são carentes das condições de ação, mais especificamente do interesse de agir, que resultaria, como exemplificado, no acúmulo processual, dificultando a análise dos processos que realmente merecem a atenção do poder judiciário.

O interesse de agir descansa na idoneidade do pedido, ou seja, a pretensão deverá ser apresentada como merecedora de julgamento, devendo o titular da ação "formular um pedido idôneo,

arrimado em elementos que convençam o Magistrado da seriedade do que se pede” (TOURINHO FILHO, 2001, p.138).

O interesse de agir se desdobra na necessidade de utilização das vias processuais, na utilidade da persecução penal aos fins que se presta e na adequação que reside no processo penal condenatório e no pedido de aplicação da pena. Um exemplo de não necessidade seria o recebimento da denúncia relativo a um delito que já teve extinta sua punibilidade. Um exemplo da ausência de utilidade seria o oferecimento da denúncia quando, pela análise da suposta pena a ser imposta, no caso de eventualmente comprovada a culpabilidade do acusado, já é possível prever a ocorrência da prescrição retroativa (CAPEZ, 2003, p.105).

Em virtude da ausência do interesse de agir, esta corrente entende que a ação promovida para julgar delito que tem por fim a prescrição retroativa, carece das condições da ação, devendo ser julgado sem julgamento do mérito, o que resultará numa considerável redução dos processos que são desnecessários, viabilizando um aumento da qualidade da prestação jurisdicional, que passará a ser rápida e, conseqüentemente, mais justa.

Outro argumento utilizado é a busca pela economia processual, princípio que defende a escolha da opção menos onerosa para as partes, sem violar o princípio do devido processo legal, possibilitando a escolha da forma que cause menos encargos (MIRABETE, 1997, p.51).

O processo é instrumento, não se podendo exigir um dispêndio além dos limites aceitáveis com relação aos bens que estão em plena disputa. A economia processual consiste na busca de uma maior eficiência na aplicação do direito, com o menor gasto de atos processuais possível (CAPEZ, 2003, p.24).

É justamente a busca por uma opção menos dispendiosa que os defensores da prescrição virtual defendem com seu reconhecimento, evitando gastos desnecessários, sendo esta opção a mais econômica para as partes, que no caso são a acusação e a defesa, preservando a imagem da justiça pública, que teria a oportunidade de dar atenção a processos úteis em detrimento daqueles que fatalmente seriam atingidos pela prescrição.

Estes são os argumentos utilizados pelos defensores da prescrição virtual, argumentos estes que parecem possuir melhor embasamento teórico, além de estarem apoiados em um melhor direito, merecendo a atenção dos operadores do direito.

Não podemos deixar de citar, como argumento válido ao reconhecimento da prescrição virtual a necessidade social de uma prestação jurisdicional mais célere, o que é concretizado com a edição de Metas pelos órgãos reguladores, notadamente o Conselho Nacional de Justiça, que edita metas, cobra eficiência da prestação jurisdicional.

Desta forma, o reconhecimento antecipado da prescrição virtual, ainda que no decorrer do processo, acaba por desafogar o Poder Judiciário, permitindo que dê maior celeridade a processos que merecem maior atenção, permitindo ao Estado que alcance sua pretensão punitiva em mais processos. Vejamos decisão neste sentido:

EMENTA: FURTO QUALIFICADO - art. 155, § 4o, inciso I do Código Penal

- Acolhida a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento da defesa por desrespeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa - Aplicação da chamada prescrição antecipada ou virtual ou projetada ou em perspectiva.

- Possibilidade- Verificando desde logo que a *persecutio criminis* carece de utilidade processual, parece uma das condições da ação, decretável *ab initio* - Réu primário e com bons antecedentes - Lapso temporal prescricional já decorrido desde o recebimento da denúncia - Inescapável a ocorrência futura da prescrição retroativa - Mérito prejudicado. Recurso provido.

(TJSP, Processo: 283337320068260576 SP, Relator(a): Edison Brandão, Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal, Publicação: 21/12/2010)

Neste mesmo sentido, o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo assim julgou:

De nenhum efeito a persecução penal com dispêndio de tempo e desgaste do prestígio da Justiça Pública, se, considerando-se a pena em perspectiva, diante das circunstâncias do caso concreto, se antevê o reconhecimento da prescrição retroativa na eventualidade de futura condenação. Falta, na hipótese, o interesse teleológico de agir, a justificar a concessão ex officio de habeas corpus para trancar a ação penal.

(4ª Câmara Criminal – HC 204.272-1 – Rel. Juiz Sergio Carvalhoza – Acórdão de 26.02.1991 – RT 669/315).

Portanto, imperioso perceber que, quando um processo criminal está caminhando para ter sua punibilidade extinta pela prescrição retroativa, ou seja, a persecução criminal está fadada ao insucesso, manter o processamento para não aceitar a prescrição virtual é aumentar a sensação de impunidade e desconforto enfrentado pela sociedade diuturnamente.

Por outro lado, sendo possível perceber no decorrer do processo que a prescrição irá ocorrer, reconhecê-la trará economia estatal e aos jurisdicionados, proporcionando a otimização de recursos públicos, consequentemente permitindo um melhor investimento na aplicação adequada de sanções aos que violarem as normas penais incriminadoras.

CONCLUSÃO

Inicialmente, o estudo foi voltado para uma forma específica de extinção da punibilidade, que é a prescrição da pretensão punitiva, analisando suas espécies, principalmente a prescrição retroativa e

a prescrição virtual, que se trata do reconhecimento antecipado da prescrição retroativa, que tira do Estado o *jus puniendi*.

Viu-se que a doutrina e a jurisprudência se dividem no que diz respeito ao reconhecimento antecipado da prescrição retroativa, sendo utilizados diversos argumentos que foram anteriormente explicados.

Colocados e explicados os argumentos, os que defendem a prescrição virtual parecem ser mais sólidos e melhor apoiados no bom direito uma vez que as argumentações contra o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa são facilmente postas abaixo.

Argumentou-se que o reconhecimento antecipado da prescrição feria o princípio da presunção de inocência, no momento em que presumia a culpa do mesmo. Difícil sustentar esta teoria na medida em que um dos efeitos da prescrição da pretensão punitiva é a retirada do *jus puniendi* do Estado, como já dito, não gerando qualquer consequência para o réu, voltando este à condição de primário, como se nunca houvesse praticado crime algum.

A parte da doutrina que é contra a prescrição retroativa antecipada argumenta que seu reconhecimento fere o princípio do devido processo legal, pelo fato de não ser prevista legalmente, o que é alegado pela parte da jurisprudência que não aceita sua aplicação. Estes argumentos são derrubados, pois o principal argumento da prescrição virtual é a falta condição da ação, que não permite o início da ação que não poderá ter resultado positivo para o autor, no caso o Ministério Público.

Além disso, o art. 3º do Código de Processo Penal permite a interpretação extensiva e analógica da lei processual, sendo possível a carência da ação penal pela ausência do interesse de agir.

Ademais, os critérios objetivos de aplicação da pena, que permitem a perspectiva da pena a ser aplicada, aliada ao princípio da economia processual e o interesse de agir parecem argumentos fortes o bastante para autorizarem o reconhecimento da prescrição virtual, o que serviria para evitar o acúmulo processual, tornando a justiça mais célere e, conseqüentemente, mais justa.

REFERÊNCIAS

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Parte Geral**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. 376p.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil: v. I**. 9.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____, Fernando. **Curso de Direito Penal**. v. 1. 15ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CRUZ, Carla; RIBEIRO, Uirá. **Metodologia Científica: Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Axcel Books, 2003.

DELMANTO, Celso et al. **Código Penal Comentado**. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da Ação: enfoque sobre o interesse de agir**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GAYA, Soraya Taveira. **Prescrição Penal Retroativa e o Ministério Público**. Ciência Jurídica. Salvador, v.10, n. 67, p. 263-269, jan./fev./1996.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: Parte Geral**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____, Damásio E. de. **Prescrição Penal**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

LIMA, Marcellus Polastri. **Ministério Público e Persecução Criminal**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 1997.

MESQUITA JUNIOR, Sidio Rosa. **Prescrição Penal - Coleção Temas Jurídicos Volume 1**. São Paulo: Atlas. 1997.

NASSIF, Aramis. Prescrição Pela Pena *In* Concreto e Projetada: Violações Constitucionais. *Revista Jurídica*, São Paulo, v.1, n. 310, p.74-83, agosto/2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral Parte Especial**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

O CONCEITO DE DIREITO: A ORIGEM E APLICAÇÃO DAS REGRAS JURÍDICAS E A INFLUÊNCIA DA MORAL NO DIREITO, ESTUDOS EM HART

JOÃO HÉLIO REALE DA CRUZ¹⁷⁴:

Mestre em Direito. Especialista em Direito Público e Eleitoral. Bacharel em Direito - UESC. Professor da Universidade do Estado da Bahia

RESUMO: O conceito de direito encontra-se tema que requer a devida atenção no campo dos estudos da teoria do direito, dentre os autores que tratam do tema, Herbert L. A. Hart tem sido destacado pela precisão acadêmica e teórica, trazendo importante contribuição para a discussão do tema. O trabalho tem por objetivo apresentar o conceito de direito de Hart, com observações trazidas por Ronald Dworkin em seus debates sobre o tema. A pesquisa bibliográfica foi o tipo metodológico escolhido. O estudo do conceito de direito, a partir de Hart, alarga a compreensão dos fenômenos jurídicos relacionados à origem das regras de direito e sua aplicação.

Introdução

Herbert Lionel Adolphus Hart nasceu em 18 de julho de 1907 em Harrogate, Reino Unido, tendo lecionado teoria do direito na Universidade de Oxford, falecendo em 19 de dezembro de 1992 em Oxford, Reino Unido.

Dentre os seus escritos, "*The concept of Law*", publicado pela *Oxford University Press* em 1961, teve uma segunda edição em 1994. O livro exerceu grande influência na teoria do direito ao redor do mundo, inspirando importantes debates acerca dos temas abordados.

O texto sobre o qual se baseia o presente trabalho foi traduzido para o português por A. Ribeiro Mendes, publicado pela Fundação Calouste Gulbenkian de Lisboa, Portugal, com o título "O conceito de Direito".

Hart no primeiro capítulo do livro "O conceito de Direito" trata de questões apontadas por ele como persistentes, servindo como uma introdução ao seu trabalho. Aqui começa a lançar as bases do que desenvolverá nos capítulos seguintes, perquirindo sobre o direito, focando em "três questões recorrentes", a primeira envolvendo a facultatividade/obrigatoriedade das regras. A segunda questão trata de como as regras

¹⁷⁴ Contato: jhreale@yahoo.com.br

morais impõem obrigações e sua relação com o direito e a terceira questão é mais geral, perquirindo sobre o próprio direito.

Na sua abordagem o autor ressalta que as regras morais impõem obrigações e trazem implicações na liberdade de ação do indivíduo, comparando-se ao sistema jurídico.

Hart ressalta que “todos os sistemas jurídicos internos reproduzem a substância de certas exigências morais fundamentais”¹⁷⁵

Ressalta, o autor, o ponto de vista de que a essência do direito está relacionada à sua congruência com “os princípios da moral e da justiça”, sobrelevando-se à ideia de integração do direito por “ordens e ameaças”.

Ao tratar das regras jurídicas, Hart separa-as de outras regras e admite que “mesmo dentro do direito” há regras estabelecidas pela legislação e outras que surgem de nenhum ato intencional, podendo as regras ser imperativas ou não.

Hart aborda sobre a aplicação das regras e aponta para o fato de que os principais casos a serem decididos pelos tribunais, ou os casos mais preocupantes, não encontram apenas um resultado “nem nas leis, nem nos precedentes”, havendo sempre um espaço para uma escolha, em outras palavras diz “o juiz tem de escolher entre sentidos alternativos a dar às palavras de uma lei ou entre interpretações conflitantes do que um precedente significa”.¹⁷⁶

Aqui abre-se um espaço para a afirmação da discricionariedade judicial, considerando que nos casos difíceis há mais de uma resposta e assim o juiz deve escolher qual a resposta que será aplicada ao caso. Dworkin faz duras objeções a esta questão, uma vez que entende que há sempre uma resposta correta¹⁷⁷, o que afastaria a ideia de discricionariedade, pois essa ideia não se coaduna com a democracia.

Ao longo do texto as questões centrais tratadas no conceito de direito de Hart, serão expostas de forma a permitir compreender como a produção e aplicação do direito tem sido fundamentada na sociedade ocidental.

1 Leis, comandos e ordens

No segundo capítulo, Hart trata sobre leis, comandos e ordens, começando a tratar da doutrina desenvolvida por Austin dirigindo-lhe a crítica.

¹⁷⁵ Hart, p. 12

¹⁷⁶ Hart, p. 17

¹⁷⁷ Dworkin, p. 430

Uma primeira questão trazida neste capítulo é sobre a base das ordens, mormente a ameaça ou a coação. A partir daí discute sobre a questão da obediência à autoridade, seria apenas com base nas ameaças, como no caso de um assalto, em que o assaltante faz uma ameaça à vítima e esta pode lhe obedecer? As ordens então só seriam cumpridas se houvesse uma ameaça?

Hart começa demonstrando que a ameaça não está necessariamente na base das ordens, para tanto utiliza o exemplo de Cristo e seus discípulos, demonstrando que Cristo comandava os seus discípulos e que a ideia de comando está relacionada a autoridade e não ao medo. Assim, a obediência ao comando pode tomar como base o respeito à autoridade e não a ameaça.

O autor afirma que as leis devem ter caráter geral, para que seja atingido o propósito do legislador, o que se consegue no sistema jurídico pela promulgação.

Assim, o autor trata também da questão da ordem baseada em ameaça, demonstrando que em se tratando do caráter geral da lei e considerando sua aplicação a “largo número de pessoas” as ameaças somente teriam efeito se a própria população estivesse preparada para obedecer voluntariamente, sem contar o medo da ameaça, e também preparada para colaborar na execução das ameaças sobre os que não obedecessem.

Quando trata da diversidade das leis no capítulo terceiro, Hart escreve que as regras que determinam os ilícitos impõem uma abstenção de certa conduta às pessoas, independentemente dos seus desejos.

Há leis que tratam da organização e funcionamento de repartições públicas, como os tribunais, mas que não impõem ao juiz como deve julgar, tendo o juiz sobre si não muitas disposições sobre o que deve ou não fazer, mas há possibilidade de suas decisões serem revogadas ou anuladas por um tribunal superior.

Demonstra-se aqui que embora haja liberdade na atuação do sujeito, sua conduta está passível de restrição, sejam nas relações privadas, no caso mais especificamente das infrações, o indivíduo que não se abstém de uma conduta criminosa sofrerá a pena.

Nas relações de direito público, como no caso da atuação de um juiz em relação ao tribunal, não há muitas restrições ao juiz quanto ao seu poder de decidir, mas as leis que organizam o Judiciário tratam da competência e de outras questões sobre as quais os juízes devem estar atentos. No caso de atuação em desconformidade com estas normas a sanção será a revogação ou anulação da decisão pelo tribunal que lhe é superior.

A questão da necessária existência de sanção para cada regra é tratada aqui por Hart, quando afirma que “a existência da própria regra sem sanções não poderia ser afirmada de forma inteligível, mesmo como regra não jurídica.”¹⁷⁸

Negar-se eficácia ao ato realizado em desacordo com a regra também constitui uma forma de sanção, na medida em que frustra a expectativa de validade de um negócio.

Uma questão também discutida neste capítulo refere-se ao costume enquanto fonte de direito. Para Hart, “o costume é direito apenas se faz parte de uma categoria de costumes que é reconhecida como direito num sistema jurídico particular”.¹⁷⁹

O costume operaria se não houvesse contrariedade ao direito legislado ou estabelecido pelos tribunais.

Quando trata da relação entre soberano e súdito no capítulo quatro, Hart analisa a doutrina que pressupõe a existência de um soberano em qualquer espécie de sociedade, sendo que há uma relação de obediência habitual do súdito em relação ao soberano e que este a ninguém presta obediência.

Hart preocupa-se eminentemente com dois aspectos dessa doutrina, a ideia de “hábito de obediência” e a “posição ocupada pelo soberano acima do direito”.

Ao tratar da obediência Hart aponta que ela “sugere muitas vezes deferência para com a autoridade e não apenas acatamento de ordens baseadas em ameaças.”¹⁸⁰

A questão da obediência habitual, para Hart, não dá “conta da continuidade” de “qualquer sistema jurídico normal, quando um legislador sucede a outro”.

Hart adverte que a aceitação de uma regra não garante sua existência, pois em uma revolução a regra pode deixar de ser aceita.

A forma de prática social quanto a aceitação de uma regra pode garantir a continuidade da autoridade do legislador. Diferenciando-se de mero hábito de obediência.

O soberano seria limitado, de alguma forma, em sua atuação legislativa? Esta é uma questão discutida por Hart na parte final do capítulo quatro, quando trata das limitações ao Poder Legislativo.

¹⁷⁸ Hart, p. 43

¹⁷⁹ Idem, p. 53

¹⁸⁰ Hart, p. 60

A doutrina da soberania afirma que só pode haver limitações jurídicas ao Legislativo se acima dele houver outro legislador e neste caso não seria soberano.

O soberano, segundo essa doutrina, não encontraria limites jurídicos. Hart chama a atenção para o fato de que a teoria refere-se a limites jurídicos e não a qualquer limite. Assim, o soberano poderia encontrar outros tipos de limites, como a opinião pública à qual faria concessões, por uma vinculação moral em respeitá-la, ou mesmo o temor de uma revolta popular, ou ainda suas convicções morais poderiam figurar como limites, que não são limites jurídicos, ressalta Hart.

A existência de um soberano ilimitado não seria condição para a existência do direito, uma vez que há situações em que o Legislativo encontra limitações, como por exemplo nos países que adotam constituições escritas, quando estas podem limitar quanto à forma de legislar e estabelecendo matérias de competência legislativa, o que significa uma limitação substantiva.

Em relação a teoria que considera o eleitorado como soberano, numa democracia o Poder Legislativo não seria ilimitado, pois os eleitores limitariam o exercício desse Poder.

Tratando da questão relativa à obrigação, no capítulo cinco, Hart afirma que a existência de regras sociais transmudam alguns tipos de comportamento em padrões e a aplicação das regras é realizada quando o caso se adéqua ao padrão.

O que define a regra enquanto impositora de obrigações é a busca geral de conformidade com ela de maneira insistente mediante uma grande pressão social sobre os desviantes, tendo em vista o fato do apoio à regra se dar pela crença de que se trata de regra necessária à manutenção da vida social ou de outro aspecto muito relevante.

Quem vivencia a regra e a aplica em seu cotidiano, analisa o fenômeno da sua obrigatoriedade sob o ponto de vista interno, enquanto aquele que se põe como observador sem aceitar as regras verifica a regularidade dos comportamentos, o que deve ser levado em consideração pela teoria jurídica, pois pode reproduzir aproximadamente a forma por que as regras funcionam.

Na segunda parte do capítulo cinco, Hart estabelece a diferença entre regras primárias e regras secundárias.

As regras primárias de obrigação refere-se a uma estrutura social baseada no costume, devendo conter "restrições ao livre uso da violência, ao furto e à fraude"¹⁸¹,

¹⁸¹ Hart, p. 101

ressaltando que são padrões de comportamento sempre presentes em sociedades primitivas, que não formarão um sistema, mas manterão um conjunto de padrões separados, padecendo de alguns defeitos como a incerteza, o caráter estático das regras e a ineficácia da pressão social.

Para corrigir os defeitos apontados as regras primárias de obrigação devem ser complementadas com regras secundárias, marcando a passagem para o mundo jurídico, pois o direito se caracteriza pela união de regras primárias de obrigação com regras secundárias.

Contra a incerteza deve-se introduzir uma regra de reconhecimento, tendo que esta regra deve ser apoiada pela pressão social do grupo que a estabelece.

A regra de reconhecimento tem como referência característica geral que detém uma regra primária, considerando a sua origem, por exemplo, mas indo para além da autoridade que lhe originou, incluindo a ideia de um sistema ao qual pertence a regra, baseando-se no costume ou nos precedentes judiciais.

Contra a qualidade estática do regime de regras primárias, introduz-se a ideia de "regras de alteração", possibilitando a um indivíduo ou grupo introduzir novas regras primárias e eliminar regras antigas.

Contra a ineficácia da pressão social difusa, as regras secundárias darão "poder aos indivíduos para proferir determinações dotadas de autoridade respeitantes à questão sobre se, numa ocasião concreta, foi violada uma regra primária". Seria o caso das "regras de julgamento" que definem também o processo que deve ser utilizado no julgamento, atribuem poderes judiciais e autoridade às decisões.

2 Fundamentos do sistema jurídico

O capítulo seis trata sobre os fundamentos de um sistema jurídico afirmando que existem "duas condições mínimas necessárias e suficientes a existência de um sistema jurídico", as regras de comportamento válidas consoante os critérios últimos de validade do sistema devem ser obedecidas. A outra condição diz respeito ao fato de que as regras de reconhecimento, de alteração e de julgamento devem ser efetivamente aceitas "como padrões públicos e comuns de comportamento oficial pelos seus funcionários".¹⁸²

Quando trata do formalismo e do ceticismo sobre as regras, no capítulo sete, Hart trata dos meios pelos quais os padrões de comportamento são comunicados, ressaltando os precedentes e a própria legislação, mas adverte que estes se revelam como

¹⁸² Hart, p. 128

indeterminados em certo ponto na sua aplicação, tendo em vista que possuem “textura aberta”, sendo este um aspecto geral da linguagem humana.

Para Hart, a “textura aberta”, em relação à interpretação da lei ou precedentes, é um aspecto da condição humana, consoante afirma “os legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer.”¹⁸³

Hart entende que os sistemas jurídicos chegam um compromisso entre duas “necessidades sociais”, a de que as regras devem ser certas, para aplicação como maior segurança pelos próprios indivíduos, sem a orientação oficial e a necessidade de deixar em aberto alguns pontos para posterior decisão oficial diante de um caso concreto, mediante uma escolha também oficial e informada.

Abre-se espaço aqui para o exercício do poder discricionário a que se refere o autor em diversos momentos no texto, contra o que Dworkin desferiu severas críticas, tratadas pelo próprio Hart no pós-escrito, que compõe a última parte do livro “O conceito de direito”.

O autor afirma que os formalistas ou conceitualistas buscam minimizar essa necessidade de escolha.

Hart afirma que:

Em qualquer sistema jurídico, deixa-se em aberto um vasto e importante domínio para o exercício do poder discricionário pelos tribunais e por outros funcionários, ao tornarem precisos padrões que eram inicialmente vagos, ao resolverem as incertezas das leis ou ao desenvolverem e qualificarem as regras comunicadas, apenas de forma imperfeita, pelos precedentes dotados de autoridade.¹⁸⁴

Esta afirmação tem uma ressonância muito forte na doutrina do direito, tendo encontrado alguns opositores como Dworkin, conforme já se referiu. No Brasil um dos doutrinadores que apresenta objeção à discricionariedade judicial é Streck, que em seu livro “O que é isto – decido conforme a minha consciência?”, lavanda argumentos filosóficos e jurídicos contra a discricionariedade judicial.¹⁸⁵

¹⁸³ Idem, p. 141

¹⁸⁴ Hart, p. 149

¹⁸⁵ Cf. Streck, 2012.

A questão da discricionariedade tratada por Hart não envolve uma autorização para que o juiz possa dizer qualquer coisa, segundo o que se pode notar nas páginas 155/161, o juiz tem uma esfera de atuação, os tribunais consideram as regras jurídicas como padrões a seguir na decisão, mesmo aquelas que possuem textura aberta.

Hart aponta que os juízes,

são parte de um sistema cujas regras são suficientemente determinadas na parte central para fornecer padrões de decisão judicial correcta. Estes padrões são considerados pelos tribunais como algo que não pode ser desrespeitado livremente por eles no exercício da autoridade para proferir essas decisões, que não podem ser contestadas dentro do sistema.¹⁸⁶

Compreende-se então que há elementos que fixam aos julgadores os padrões mínimos que devem observar ao tomar suas decisões, observando a logicidade do sistema jurídico, seja pelas disposições legislativas, seja pelos precedentes.

No capítulo oito Hart trata sobre justiça e moral retomando um dos temas discutidos no capítulo um, no tocante à conexão necessária entre direito e moral, considerando-a como “um ponto central em qualquer tentativa de análise ou de elucidação da noção de direito”.¹⁸⁷

A ideia de justiça surge como um elemento fundamental na crítica das soluções jurídicas, levando em conta os indivíduos têm direito a uma relativa posição de igualdade ou desigualdade entre si.

O autor divide em duas partes a ideia de justiça, a primeira tratando de uma face uniforme ou constante resumindo em “tratar da mesma maneira os casos semelhantes” e outra parte que se refere a um critério mutável para determinar quando os casos são semelhantes ou não, tendo em vista uma certa finalidade.

Assim, as circunstâncias ou situações seriam consideradas no momento em que se estivesse a analisar casos a partir de suas semelhanças ou diferenças, para aplicação das regras tendo por base a ideia de justiça como um aporte moral ao direito.

Uma das finalidades do direito levaria em conta assim a aplicação das regras tendo como objetivo a manutenção ou reestabelecimento da igualdade ou equilíbrio. Dessa

¹⁸⁶ Idem, p. 159

¹⁸⁷ Idem, p. 170

forma, o autor de um furto deveria devolver a *res furtiva* restabelecendo o *status quo* moral, o equilíbrio ou a igualdade rompida pela sua atividade.

Essa questão toca às demais questões jurídicas, que em sua *ratio* busca-se restaurar a igualdade.

No que toca a essa questão da igualdade, Hart traz uma discussão sobre o momento em que é preciso sacrificar o princípio de “tratar da mesma maneira os casos semelhantes” em prol do bem-estar geral da sociedade, tomando como exemplo a atribuição de responsabilidade civil objetiva, pois aqui o agente é responsabilizado independentemente de sua intenção, mas a justificativa para tanto é o “interesse da sociedade”, tornando mais fácil impor a responsabilidade a quem exerce atividade de alto risco.

Nota-se também que em muitas situações o direito estaria atendendo determinados setores da sociedade em prejuízo de outros, tendo como objetivo tratar as situações de desigualdade em um sentido mais amplo no ambiente social.

Quando aborda sobre obrigação moral e jurídica, Hart afirma ser a justiça “um segmento da moral que se ocupa primariamente, não com a conduta individual, mas com os modos por que são tratadas classes de indivíduos.”¹⁸⁸

Hart apresenta quatro características fundamentais que serviriam para distinguir a moral das regras jurídicas e de outras regras sociais, sendo a primeira delas a “importância”, sendo as regras morais que se deve manter devido a sua grande importância, que inclui o sacrifício de interesses pessoais; exercício de “formas sérias de pressão social”, com vistas a garantir o cumprimento dos padrões morais, bem como sua comunicação; reconhecimento geral de que sem os referidos padrões poderiam ocorrer alterações de grande impacto na vida de cada um.

Outra característica fundamental das regras morais é a sua “imunidade à alteração deliberada”, pois os padrões morais não podem ser “criados, alterados ou eliminados” da mesma forma como ocorrem com as regras jurídicas. A moral neste ponto assemelha-se às tradições sociais que não podem ser alteradas por um ato da vontade humana, ressaltando os casos em que uma prática passa a ser proibida pelo direito, o que pode fazê-la cessar, considerando que estaria sujeita a punição.

A terceira característica das regras morais é o “caráter voluntário dos delitos morais”, pois no campo das regras morais, quando alguém que viola uma regra ou um princípio

¹⁸⁸ Hart, p. 182

moral e prova que não o fez de forma intencional, mas precaveu-se de todas as maneiras para evitá-lo, exclui-se a censura moral.

As regras morais trazem uma quarta característica fundamental que é “a forma de pressão moral” que pode consistir em apelos ao respeito pelas regras morais, enquanto algo que tem uma relevância em si, ressaltando que estes apelos podem vir acompanhados de ameaças ou podem comportar outras reações hostis, mas não deixam de ser um apelo à consciência.

Assim, a reunião destas quatro características, segundo Hart, seria suficiente para identificar e distinguir as regras morais das demais regras, sendo estes critérios formais, sem alusão a conteúdos que sejam expressos nos padrões para que sejam considerados morais ou não.

No capítulo nove que trata sobre direito e moral, Hart aborda algumas questões atinentes ao direito natural apontando o seu conteúdo mínimo, trazendo inicialmente que a sobrevivência seria uma finalidade a partir da qual o direito e a moral deveriam incluir um conteúdo específico que levassem os homens à obediência das regras voluntariamente.

Outra questão apresentada neste capítulo é sobre validade jurídica e valor moral, acentuando que o sistema jurídico deve basear-se num valor moral próprio, ao invés de ter como fundamento “mero poder do homem sobre o homem; revela também que há uma influência moral sobre o direito, sendo o seu acesso pela via da legislação ou paulatinamente pelo processo judicial, asseverando que “as leis podem ser uma mera carapaça jurídica e exigir pelos seus termos expressos que sejam preenchidas com recurso a princípios morais.”¹⁸⁹

A moral influencia na criação das regras jurídicas, mormente quando se considera a necessidade de interpretação para que a lei seja aplicada.

A partir das reflexões sobre a moral e o direito, Hart discute sobre qual conceito de direito seria melhor adotar, sendo que um conceito mais amplo traria que o direito compreende “todas as regras que são válidas de harmonia com os testes formais de um sistema de regras primárias e secundárias, mesmo se algumas delas ofendessem a própria moral de uma sociedade”.¹⁹⁰ Um conceito mais restrito excluiria do direito as regras que ofendessem a moral.

A adoção do conceito mais amplo de direito, para Hart, possibilita incluir análises sobre aspectos específicos das leis moralmente iníquas, abrindo espaço para identificar as

¹⁸⁹ Hart, p. 220

¹⁹⁰ Idem, p. 225

regras afirmando que se constituem em direito, mas agregando a elas a qualidade de iníquas. Enquanto um conceito restrito impossibilita essa análise.

No capítulo dez, perquire-se a natureza do direito internacional. Seria efetivamente um direito?

Esta questão é levantada tendo em vista a “ausência” de coercitividade das suas regras, ausência de poder legislativo internacional, tribunais com jurisdição obrigatória e um sistema de sanções organizadas.

Algumas teorias são trazidas pelo autor no texto, ressaltando a que trata da autolimitação, a partir da qual os Estados em razão da sua soberania “só podem estar sujeitos ou vinculados por regras que impuserem a si próprios.”¹⁹¹ O que para Hart é parte de uma inspiração em dogmas abstratos sem levar em conta os fatos.

Segundo Hart, “não há regra fundamental que atribua critérios gerais de validade às regras de direito internacional”, sendo que as regras que vigoram de fato e são aplicáveis, “não se constituem um sistema, mas um conjunto de regras, entre as quais estão as regras que atribuem força vinculativa aos tratados”.¹⁹²

Hart entende que o direito internacional apresenta um grau de analogia com o direito interno, mas passa por estágio de transição para aceitação de formas que o levarão à uma maior proximidade do direito interno.

Considerações finais

Em “O conceito de direito” Hart revisita questões da teoria do direito, fazendo uma crítica a teoria que baseava o direito em ameaças e ordens. A argumentação de Hart demonstra o papel da moral em relação ao estabelecimento de regras e qual a sua relação com o direito.

A ideia de regras primárias e regras secundárias é importante no sentido de possibilitar uma melhor compreensão sobre a estrutura de um sistema jurídico, demonstrando a necessidade das regras de reconhecimento, de alteração e de julgamento para atender à complexidade da regulação social através do direito.

Em diversas partes do texto Hart trata do poder discricionário, mas o tema encontra um espaço mais relevante quanto ele explica sobre a ideia de que a regra possui textura

¹⁹¹ Idem, p. 240-241

¹⁹² Idem, p 252

aberta, deixando espaço para o exercício do poder discricionário pelo aplicador. Tema que tem encontrado diversas objeções, sobretudo de Dworkin, para quem numa democracia não há espaço para a discricionariedade judicial.

As questões atinentes à justiça, ao direito e à moral permeiam “O conceito de direito”, trazendo esclarecimentos sobre as formas como a moral influencia na formação das regras jurídicas e como as regras morais se diferenciam de outras regras.

O texto abre espaço para reflexões e discussões que permitem uma melhor compreensão dos fenômenos jurídicos relacionados à origem das regras de direito e sua aplicação.

O pós-escrito responde a objeções apresentadas pelos críticos, sobretudo a Ronald Dworkin, cujas objeções encontram-se expostas em grande parte no livro “Levando os Direitos a Sério”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

O HOMEM COMO ALGORITMO, CONSEQUÊNCIAS E JURISDIÇÃO APLICADA

MARIA CRISTINA ALMEIDA PINHEIRO DE LEMOS¹⁹³:

Graduada em Direito, Pós graduada e mestranda pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo -Fadisp

RESUMO: O presente artigo científico tem como objetivo conceituar e levantar o debate sobre a epistemologia do esgotamento humano como resultado da distorção de suas funções no campo dos direitos trabalhistas para que se adeque às demandas de forma semelhante ao funcionamento dos algoritmos no mundo digital, enfocando sobre suas consequências psicossomáticas, o que motiva o ajuizamento das Ações Indenizatórias. Para tanto, aborda-se o paradigma da normalização do trabalho exaustivo e da neutralização do aplauso excessivo à produtividade, além das faculdades medianas e uma jornada de trabalho humanizada.

PALAVRAS CHAVE: Homem como Algoritmo – Cansaço – Doenças Psicossomáticas – Burnout – Capitalismo – Direitos Trabalhistas – Ações Indenizatórias – Exaustão – Produtividade.

ABSTRACT: This scientific article aims to conceptualize and raise the debate about cultural diversity, in the light of Law and its new ways of meeting the demands that arise from the so-called Multiculturalism, starting from the examination of the reverberations of this coexistence of plural cultural expressions within the same legal atmosphere without this becoming a factor of social conflict. Therefore, the emergence of New Rights as the most expressive legal reverberation of Multiculturalism is approached, which comes as an objective, normative and effective response to the demands of a society based on diversity inserted in a democratic state of law.

KEY WORDS: Multiculturalism – Reverberations – Diversity – Differences – New Rights – Examples – Neurights – Bioethics – Data Protection.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 O HOMEM COMO ALGORITMO. 3 CONSEQUÊNCIAS. 3.1 Doenças Psicossomáticas. 3.2 Jurisdição Aplicada. 4 CONCLUSÃO. 5 BIBLIOGRAFIA.

1.INTRODUÇÃO

A fim de sedimentar alicerces para a trajetória do Mestrado em curso, apresenta-se à Faculdade Autônoma De Direito De São Paulo este artigo científico, com o objetivo de

¹⁹³ Contato: maricris-11@hotmail.com

enriquecer os valiosos debates acadêmicos a respeito da massificação da produtividade humana à semelhança do funcionamento dos algoritmos no mundo digital, bem como suas consequências no mundo jurídico.

A exploração do labor individual é uma herança social desde os primórdios da industrialização, a partir do momento em que o homem passou a ser concebido como meio de produção.

Entretanto, tal e qual a própria máquina, a produtividade humana também necessita de condições propícias ao seu desempenho. Neste ponto, há de discernir-se o funcionamento de um neurônio ao de um fusível, posto que, igualando-os tem-se por cabal o curto circuito do primeiro.

Isto é, no âmbito dos objetivos que norteiam o cidadão médio, vislumbra-se uma sociedade culturalmente pautada na produtividade, cultivando a ideia de que a materialização de metas e objetivos materiais devem nortear a todo momento não apenas a ação, mas também o pensamento humano, a todo instante.

Sob este prisma, a pitoresca imagem do trabalhador a apertar parafusos incessantemente passa a permear também não apenas sua função mecânica, mas também suas faculdades motrizes mais intrínsecas, de modo que a mentalidade de trabalho, produtividade e resultados se torna latente também no campo mental e emocional, transformando o Homem em um algoritmo mais ou menos consciente.

Com isso, tem-se uma sociedade cansada, haja vista que o meio de trabalho faz uma sucção da energia laboral física e psíquica dos trabalhadores. Dessa forma, muito pouco sobra para o desenvolvimento de uma qualidade de vida condigna pautada na verdadeira essência humana, resultando em um indivíduo furtado de tempo e habilidades mínimas à contemplação, fadado ao colapso.

“Por falta de repouso nossa civilização caminha para uma nova barbárie. Em nenhuma outra época os ativos, isto é, os inquietos, valeram tanto. Assim, pertence às correções necessárias a serem tomadas quanto ao caráter da humanidade fortalecer em grande medida o elemento contemplativo” (NIETZCHE, 1967).

A etimologia da palavra algoritmo, no presente debate, desvela um significado para além de mero conjunto de regras operacionais definidas e ordenadas destinadas à solução de problemas no campo dos aplicativos e programas digitais (FERREIRA, 2001)

Erige-se da equiparação do trabalhador a um algoritmo uma espécie de violência neuronal (HAN, 2015), o que torna o século XXI um palco mais expressivo para as doenças neuronais, tais como: depressão, Síndrome de Burnout e outros.

A partir dessa visão, busca-se averiguar quais as origens e sobretudo as consequências sociais desse movimento de massificação das faculdades psicológicas em prol de resultados exigidos pelo mundo capitalista; sobretudo, busca-se tecer uma atmosfera de abrangência do ordenamento jurídico sobre tais questões.

Assim, tendo como nodo central o cognitivo humanizado de que a sociedade enquanto ente tem como rosa dos ventos o fator humano e não o fator meramente produtivo, conclui-se que a visão do Homem como Algoritmo precisa ser enfrentada, pautando-se o enfrentamento nas doenças psicossomáticas advindas dessa dinâmica, com respaldo na jurisprudência que já vem se posicionando sobre o assunto.

2.0 HOMEM COMO ALGORITMO

A algoritmização do homem trata-se de um fenômeno que vem avassalando as relações de trabalho, ao exigir do trabalhador um ritmo de produtividade semelhante ao comportamento computacional.

À luz da Tecnologia da Informação, o algoritmo se trata de um conjunto de ferramentas sequenciais programadas para executar e atingir determinado objetivo, perpassando um mesmo caminho operacional. Nesse sistema, não há espaço para cogitação ou reflexão, cada função algorítmica é clara e inequívoca; ainda que infinitas as combinações numéricas, para todas o resultado é previsível e exato depois de um número "x" de etapas. Aqui, toda instrução é básica, a realização computadorizada e o resultado, eficaz (HOROWITZ; SAHNI; RAJASEKARAN, 2007).

Ligada à quintessência do Sistema Capitalista, está a exacerbação da produtividade no trabalho, aumentando sua tensão nos mais diferentes matizes com a finalidade de superar-se metas de lucro. Assim, o ritmo acentuado de trabalho que extrapola o expediente, subjuga o trabalhador, em seu momento, livre ao *frisson* mental regido pela lógica da hipérbole produtiva (ALVES, 2011).

O eixo lógico da algoritmização do homem não poderia ser outro, senão o materialismo incessante que abate a condição humana em seu aspecto mais sutil. A massificação da maneira de pensar e agir, sobretudo na gana de atender-se às demandas do maquinário social do mundo moderno, culmina na contaminação do sentimento humano pelo ritmo desenfreado de trabalho.

"A maneira como os homens produzem seus meios de existência depende, antes de mais nada, da natureza dos meios de existência já encontrados e que eles precisam reproduzir. Não se deve considerar esse modo de produção sob esse único ponto de vista, ou seja, enquanto reprodução da existência física dos indivíduos. Ao contrário, ele representa, já, um modo determinado da

atividade desses indivíduos, uma maneira determinada de manifestar sua vida, um modo de vida determinado. A maneira como os indivíduos manifestam sua vida reflete exatamente o que eles são. O que eles são coincide, pois, com sua produção, isto é, tanto com o que eles produzem quanto com a maneira como produzem. O que os indivíduos são depende, portanto, das condições materiais da sua produção. (MARX e ENGLES, 2007).

Dessa forma de pensar, surge uma naturalização do frenesi laboral a permear todas as camadas da vida individual, de modo que a atividade contemplativa se mostra uma espécie de afronta ao natural, distanciando a coletividade do verdadeiro conceito do que é ou não de fato “humano” dentro do mercado de trabalho.

Sob esse enfoque, para se falar na aplicação do Direito à massificação do ser humano, necessário se faz um conceito sobre o “humano” que ultrapasse sua concepção de indivíduos enquanto números (HOBBSAWM, 2000), porquanto neste artigo busca-se abordar o Direito que emana da mazela configurada no tratamento computadorizado dado ao indivíduo em seu meio de trabalho.

A indagação a respeito do conceito do ser humano permeia o questionamento individual e coletivo desde os primórdios, quando o homem já se questionava sobre quem ele é.

A toda sabença, o homem diferencia-se do animal e da máquina, permeado por um conjunto de faculdades emocionais, mentais e espirituais que lhe proporciona uma experiência de vida marcada pela consciência e livre arbítrio

Sob esse prisma, o autor renascentista Mirandolla já explorava o conceito de que o ser humano é um ser dual, ora se comporta como um animal, ora se comporta como um ser divino e, acima de tudo, tem livre arbítrio para escolher.

“Eu não te dei nem um lugar determinado, nem um aspecto próprio, nem qualquer prerrogativa só tua, para que obtenhas e conserve os aspectos e as prerrogativas que desejares, segundo a tua vontade e os teus motivos. A natureza dos astros está contida dentro das leis por mim escritas. Mas tu determinarás a tua sem estar constricto a nenhuma barreira, segundo o teu arbítrio, a cujo o poder eu te entreguei, coloquei-te no meio do mundo. Não te fiz celeste nem terreno, mortal nem imortal, para que, como livre e soberano artifice, tu mesmo te esculpiste, te plasmasse na forma que tiveres, escolhido. Tu poderás degenerar nas coisas inferiores, que são brutas, e poderás, segundo o teu querer, regenerar-te nas coisas superiores, que são divinas”. (MIRANDOLLA, 1487).

O dilema do ser humano é atemporal e, inobstante as inúmeras reflexões sobre a conceituação de ser humano e a atual ideia de que o homem é mero operador computacional, constante e inquestionável é a faculdade do homem de realizar escolhas e

travar batalhas à luz de um senso de justiça mais ou menos intrínseco à própria natureza humana.

Da desumanização dos meios de produção que posicionam o homem como colecionável numérico dentro do organograma de um binômio de produtividade e resultados, desperta-se aquilo que ainda não resta completamente soterrado: o senso crítico.

Outro fator a ser sopesado é a falta de reconhecimento ou até mesmo remuneração condigna pelo trabalho executado e as metas atingidas. Para além, pode decorrer de exigências excessivas, pressão desmedida ou estar em um ambiente hostil, permeado por discussões, críticas inadequadas, etc. (GOLDENCROSS, 2021).

3. CONSEQUÊNCIAS

A principal reverberação da algoritmização da vida humana, não poderia ser outra senão uma espécie de superaquecimento das faculdades psicológicas, as quais são levadas as zonas limítrofes por força do atual sistema de cobrança presente nos ambientes de trabalho.

Cada geração histórica traz consigo uma mazela chave que compromete o idílio de paz naturalmente idealizado no inconsciente humano. Invulgar é citar-se a época das guerras civilizatórias, bem como o assolamento de civilizações inteiras em decorrência de pragas bacteriológicas/virais.

Nessa esteira, enfrenta o mundo hodierno um diferente calcanhar de Aquiles, configurado nas doenças neuronais, tais como a depressão, transtorno de déficit de atenção com síndrome de hiperatividade (TDAH), Transtorno de personalidade limítrofe (TPL) ou a Síndrome de Burnout (SB).

“Não são infecções, mas enfartos, provocados não pela negatividade de algo imunologicamente diverso, mas pelo excesso de positividade. Assim, eles escapam a qualquer técnica imunológica, que tem a função de afastar a negatividade daquilo que é estranho. O século passado foi uma época imunológica. Trata-se de uma época na qual se estabeleceu uma divisão nítida entre dentro e fora, amigo e inimigo ou entre próprio e estranho” (HAN, 2015)

Dessa violência neuronal perpetrada pelo ritmo alucinado de trabalho e cobrança por produtividade que se estende à vida pessoal do indivíduo, conferindo-lhe uma perpétua necessidade de continuamente produzir e apresentar resultados, dá-se azo a uma gama de enfermidades do corpo, com origem na psique, politizando demandas que antes não eram sequer cogitadas ou justificáveis no pleito por direitos trabalhistas.

3.1 Doenças Psicossomáticas

Derivado dos termos gregos *psiqué* (psique) e *soma* (corpo), as doenças psicossomáticas encerram o conceito daquelas enfermidades que tem como fato gerador algum descompasso mental ou emocional, culminando em sintomas físicos e/ou que se reverberam na vida prática do paciente.

Hodiernamente, a sobrecarga de trabalho gera no homem médio e produtivo um acúmulo de pressões e resíduos emocionais que se instalam no campo mental, pulsando a todo instante sua gama de sentimentos e pensamentos, delineando um comportamento temerário e longe do harmonioso.

O excesso de stress, cansaço físico e mental, acúmulo de preocupações e cobrança excessiva por metas e expectativa de cumprimento de objetivos em curto prazo, por vezes desprovido das ferramentas e ambiente favorável, transforma o ser humano em um forte candidato ao descontrole.

“Quando o conflito intrapsíquico torna-se persistente e intenso, a emoção decorrente gera um estado de tensão, que buscará um escoamento por acesso emocional e somático, tenderá a se expressar com o intuito de aliviar a tensão e favorecer a manutenção da homeostase psíquica; o conteúdo do conflito nem sempre se mostra de maneira muito clara e pode não estar presente de forma manifesta, explícita, na consciência.” (CAMPOS; RODRIGUES, 2005).

A despeito:

“A pesquisadora Anadergh Barbosa Branco, coordenadora do Laboratório de Saúde do Trabalhador da Faculdade de Ciências da Saúde da UnB, afirma que a depressão é o problema que mais afeta os trabalhadores. Ela afirma que a mudança tecnológica, feita de uma forma muito rápida no Brasil, causou um impacto considerável, acrescentando que “além disso, temos um problema, principalmente nos últimos dez anos, que é o aumento da violência social, que vem interferindo de uma forma muito acentuada no trabalho” (TEIXEIRA, 2007).

Logo, as doenças psicossomáticas são mazelas orgânicas que estão em um processo de somatização, isto é, de conversão de um incômodo mais ou menos agudo existente no campo neuronal para uma consequência funcional. Estas doenças podem ser: a má digestão, complicações na respiração, a função ligada à pele e insônia, etc. (FERRAZ, 2010)

Pela perfunctória análise da literatura médica, a depressão é um distúrbio emocional que produz distorções na maneira de ver o mundo e experimentar a vida. Os sintomas giram em torno das alterações de humor, resultando em apatia, falta de esperança e de diminuição da vitalidade.

Outros reflexos ocasionados pela depressão são a insegurança, o isolamento social e familiar e a perda de interesse e prazer por coisas que antes a impulsionava. Em cenários mais graves, a depressão traz consigo a perda de memória, apetite e concentração; registra-se também, nesse rol, a insônia.

No rol das doenças psicossomáticas oriundas da algoritimização do homem, também vale citar a Síndrome de Burnout, por vezes referenciada como Síndrome do Esgotamento Profissional.

*“O *burnout* pode ser definido como uma reação à tensão emocional crônica gerada a partir do contato direto e excessivo com outros seres humanos, particularmente, quando estes estão preocupados ou com problemas, em situações de trabalho que exigem tensão emocional e atenção constante e grandes responsabilidades” (MASLACH; JACKSON, 1981)*

Por fim, cita-se a ansiedade como consequência de ambientes de trabalho intoxicados pela distorção da função humana em numerários de produção. Em alguns a ansiedade advém do excesso de atividades, em decorrência de uma jornada laboral muito longa.

Observa-se que o fator desencadeante do extenso rol de doenças psicossomáticas está relacionado com uma preocupação excessiva do trabalhador, estresse e insegurança em função de, simplesmente, não funcionar como um algoritmo computadorizado.

3.2 Jurisdição Aplicada

O exame das repercussões jurídicas das doenças psicossomáticas advindas do ambiente do trabalho revestem-se da constitucionalidade que protege a questão relativa à saúde do trabalhador, o qual se trata de direito absolutamente indisponível.

A saúde do trabalhador é uma garantia constitucional, envernizado por normas de proteção de cunho geral e especial, sobejando indiscutível a seriedade e necessidade de averiguar se no meio ambiente do trabalho o trabalhador está ou não submetido a violência psíquica que pode dar origem e/ou agravar um quadro psíquico.

Neste ponto, cumpre mencionar que “os direitos não existem no abstrato, mas somente onde as pessoas os exigem, ou possa supor-se que elas estão conscientes de sua falta” (HOBBSAWM, 2000).

Sedimentado o cognitivo de que os Direitos decorrentes da violência/negligência psicológica experimentada no ambiente de trabalho justificam necessidade de resposta

jurisdicional ao maquinismo exacerbado do homem, tem-se hoje, diversos julgados favoráveis à temática:

“DOENÇA OCUPACIONAL - SÍNDROME DE BURNOUT - INDENIZAÇÃO. Diagnosticada no curso do contrato de trabalho a Síndrome de Burnout (síndrome do "esgotamento profissional") que levou ao afastamento previdenciário do autor, no curso do aviso prévio, por um ano e quatro meses, por doença ocupacional equiparada a acidente do trabalho, é devida a reintegração ao emprego e ainda a indenização de cunho moral, nos termos dos arts. 118 da Lei nº 8.213/91, segunda parte do item II da Súmula 378 do TST e artigos 186 e 927 do CCB e art. 5º, incisos V e X da Constituição Federal.” (TRT-3 - RO: 00110126220175030048 MG 0011012-62.2017.5.03.0048, Relator: Des.Antonio Gomes de Vasconcelos, Data de Julgamento: 04/03/2021, Decima Primeira Turma, Data de Publicação: 05/03/2021.)

SÍNDROME DE BURNOUT. NEXO CAUSAL ENTRE A DOENÇA E A JORNADA EXAUSTIVA. DANO MORAL CONFIGURADO. Comprovado, mediante laudo pericial e prova testemunhal, que o reclamante adquiriu a patologia identificada como a síndrome de burnout em razão da jornada exaustiva e regime de plantões implementados ao longo do curso contratual de longa duração, é devida a indenização pelos danos morais causados, ainda que não verificada a incapacidade ou redução da capacidade para o trabalho. Negado provimento ao recurso da reclamada. (TRT-4 - ROT: 00210152120175040122, Data de Julgamento: 23/09/2021, 2ª Turma).

TRT-PR-09-09-2011 EPISÓDIO DEPRESSIVO GRAVE. SÍNDROME DE BURNOUT. NEXO DE CAUSALIDADE COM O TRABALHO CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Hipótese em que constam nos autos atestados médicos e declarações firmadas por psiquiatra que revelam que a reclamante sofreu tratamento especializado por quadro de transtorno depressivo grave, com diminuição do desempenho profissional, esgotamento emocional, despersonalização e perda de produtividade ("síndrome de burnout"), e que a sua saúde física e mental estava sendo abalada no local de trabalho. O INSS reconheceu, por meio de parecer técnico médico pericial, o nexo causal entre a atividade da autora e a doença apresentada, justificando a concessão do benefício como acidentário, com CID F322, que corresponde a episódio depressivo grave sem sintomas psicóticos. É fato notório que a categoria em questão é vitimada pela "síndrome de burnout", justamente em razão dos métodos de gestão assediosos, das situações com que lidam os trabalhadores, da excessiva cobrança quanto ao cumprimento de tarefas, aliada a uma jornada de trabalho exaustiva, o que sugere, inclusive, inversão do ônus da prova, no caso, despicando. Recurso ordinário da autora a que se dá provimento para reconhecer a responsabilidade civil da ré pela doença que a acomete e condenar a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais. (TRT-9 29260200914907 PR 29260-2009-14-9-0-7, Relator: RICARDO TADEU MARQUES DA FONSECA, 2A. TURMA, Data de Publicação: 09/09/2011).

Destarte, partindo do princípio de que o direito não socorre aos que dormem, tem-se registrado uma corrente favorável à re-humanização dos ambientes de trabalho acometidos pela onda de algoritmização da vida por intermédio da função pedagógica que emana do instituto da responsabilidade civil, amparada na hipótese em tela, nas garantias constitucionais dos trabalhadores brasileiros.

4 CONCLUSÃO

Conclui-se que o nexos causal entre doenças psicossomáticas e o fenômeno do Homem como Algoritmo é patente. Os ambientes de trabalho não oxigenados pela humanização que o Legislador Constituinte declina vem acarretando uma série de enfermidades trabalhistas, nas quais o prumo jurisdicional já exerce comando, sobretudo por intermédio da pedagogia intrínseca à penalidade indenizatória.

A conscientização sobre esta temática visa a prevenção e adoção de medidas que preservem não apenas a saúde do trabalhador, mas as relações de trabalho em si, posto que, por vezes, tornam-se demasiado líquidos os contratos de trabalho, que persistem mesmo com os mecanismos de estabilidade provisória concedidos ao trabalhador que retorna após seu afastamento por doença, em decorrência da alta rotatividade derivadas das mazelas ali experimentadas.

“Essa estabilidade provisória veio em resposta a um comportamento comum das empresas em promover a dispensa do empregado acidentado, logo após a alta concedida pela Previdência Social. E o motivo dessa atitude é facilmente identificado: o trabalhador acidentado que retorna ao serviço após o período de afastamento encontra-se inseguro, receoso, fora do ritmo de trabalho dos demais colegas, de forma semelhante ao motorista que volta a dirigir após um acidente de trânsito. Quando se trata de doença ocupacional, há, também, o medo de que o retorno ao ambiente faça reaparecer a enfermidade. Naturalmente, diante desse quadro de apreensões, o trabalhador oferece baixa produtividade, erra mais e, por conseqüência, exige acompanhamento mais rigoroso da chefia. Enfim, durante um bom tempo não será um empregado “desejável” (OLIVEIRA 2001, 1785).

Deste modo, a preocupação hodierna em se tratar o ser humano como ser humano supera a redundância, posto que vem sendo tratado como algoritmo de uma matriz social pautada em produtividade a qualquer preço.

5 BIBLIOGRAFIA

ALVES, Giovanni. **Trabalho e subjetividade: o espírito do toyotismo na era do capitalismo manipulatório**. São Paulo: Boitempo, 2011.

CAMPOS, E. M. P; RODRIGUES, A. L. **Mecanismo de formação dos sintomas em psicossomática**. Mudanças – Psicologia da Saúde, v.13, n.2, p. 271-471. 2005.

FERRAZ, F. C. **A somatização no campo da psicopatologia não-neurótica**. SBPH. Rio de Janeiro, v.13, n. 2. 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

GOLDENCROSS, Redação. **Afinal, como lidar com a ansiedade no trabalho? Descubra!** 2021. Disponível em: < <https://blog.goldencross.com.br/ansiedade-no-trabalho/#:~:text=Por%20que%20a%20ansiedade%20se,delegadas%20para%20uma%20mesma%20pessoa.>> acesso em 19 mar 2022.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade do Cansaço**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

HOBSBAWM, Eric. **Mundos do Trabalho**. Tradução de Waldea Barcellos e Sandra Bedran. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

HOROWITZ, E.; SAHNI, S.; RAJASEKARAN, S. **Computer algorithms. Summit, NJ: Silicon Press**, 2007.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã**. Tradução de Luis Claudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MALACH, C. & JACKSON, S. E. **Maslach Burnout Inventory**. 2 ed., Palo Alto: Consulting Psychologists.

MIRANDOLA, Giovanni Pico della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. 1ª Edição. Editora: Edições 70. Lisboa, 2006.

NIETZSCHE, F. **Menschliches, Allzumenschliches I** – Kritische Gesamtausgabe, 4ª seção, vol. 2. Berlim, 1967, p. 236.

OLIVEIRA, S.G. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 3. ed. São Paulo: LTr,2001.

TEIXEIRA, Sueli. **A depressão no meio ambiente do trabalho e sua caracterização como doença do trabalho**. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.46, n.76, p.27-44, jul./dez.2007.

A CORRELAÇÃO ENTRE A RECORRIBILIDADE E A MOTIVAÇÃO NA PERSPECTIVA DOS PRONUNCIAMENTOS JUDICIAIS DE PRIMEIRO GRAU

REINALDO PAULO SALES JUNIOR¹⁹⁴:

Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestrando em Direito Processual Civil pela mesma instituição. Serventuário do Tribunal de Justiça de São Paulo.

CAIO LEÃO CÂMARA FELGA¹⁹⁵

(coautor)

RESUMO: O presente trabalho propõe estudar os pronunciamentos judiciais de primeiro grau no contexto das inovações trazidas pelo CPC/2015, discorrendo os conceitos, a estrutura e os meios de impugnação disponíveis. Com base nestas premissas, considerando a motivação como ponto comum entre as decisões interlocutórias e as sentenças, se analisará sua importância no modelo constitucional de processo, alcançando suas implicações na consciência das partes de modo a optar pela interposição de recurso ou se conformar com o pronunciamento judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Pronunciamentos judiciais. Motivação. Recorribilidade. Conformação.

ABSTRACT: This paper proposes to study the first degree judicial pronouncements in the context of the innovations brought by the CPC/2015, discussing the concepts, structure and means of challenge available. Based on these premises, considering the motivation as a common point between interlocutory decisions and sentences, it will be analyzed its importance in the constitutional model of process, reaching its implications in the conscience of the parties so as to opt for the filing of an appeal or to conform with the judicial pronouncement.

KEYWORDS: Judicial pronouncements. Motivation. Appealability. Conformity.

¹⁹⁴ Contato: reisaesjr@hotmail.com

¹⁹⁵ Procurador do Estado de São Paulo. Mestrando em Direito Processual Civil e bacharel em Direito, ambos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Membro do Grupo de Pesquisa "Tradições, Transformações e Perspectivas Avançadas" (TPPA/CNPQ) liderado pelo Professor Doutor William Santos Ferreira.

1. INTRODUÇÃO

A compreensão dos meios de impugnação dos pronunciamentos judiciais impacta diretamente o comportamento dos sujeitos processuais. Partes, terceiros e até mesmo os juízes precisam entender o momento de produção dos pronunciamentos, as formas de irresignação e o tempo de insurgência, mormente pelas novidades trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015.

Transcorridos pouco mais de 6 anos da entrada em vigor da nova lei processual, a doutrina precisa continuar se aprofundando em cada um dos institutos envolvidos e suas alterações, ainda que tenham sido dados os primeiros passos para solucionar problemas do hodierno sistema processual civil.

O principal motivo que fomenta este trabalho é o impacto que a fundamentação judicial, de forma completa, pode refletir na recorribilidade dos pronunciamentos judiciais, em especial tanto para verificar a possibilidade de redução de recursos como aprimorar o julgamento destes.

Para tanto, parte-se da necessidade de conceituar os pronunciamentos judiciais decisórios, a fim de entender como a fundamentação é característica comum presente nas sentenças e decisões interlocutórias. Em seguida, o artigo aborda a importância da motivação para respaldar a atividade cognitiva judicial que permite a intromissão na esfera privada, pelo que não basta existir um fundamento, mas é necessária sua demonstração em cada caso concreto. Posteriormente, o estudo faz uma análise crítica da motivação sob a ótica do modelo constitucional de processo, mormente para verificar a necessidade de completude da fundamentação. O trabalho então adentra em aspectos relacionados aos meios de impugnação, com o intuito de entender como a fundamentação e a recorribilidade se comunicam, tanto possibilitando aos jurisdicionados encontrar eventuais motivos de desacertos dos pronunciamentos decisórios, como permitir que o órgão recursal encontre os argumentos para manutenção ou reforma da decisão impugnada. Ao final, busca-se aferir aspectos da motivação que possa proporcionar convencimento das partes com o próprio acerto da decisão.

Com tais considerações, será possível discorrer a importância da motivação no Estado Democrático de Direito com base no tratamento dado pelo sistema jurídico brasileiro e, em razão de seus efeitos endoprocessuais e extraprocessuais, as implicações da motivação na recorribilidade.

2. PRONUNCIAMENTOS JUDICIAIS

No decorrer da marcha processual o juiz de primeiro grau pratica uma série de atos processuais, dos quais os pronunciamentos (despachos, decisões interlocutórias e

sentenças) são espécies. Entre os demais atos, pode-se citar a direção da audiência, ordenação e direção do andamento processual, colheita de provas, inspeção judicial¹⁹⁶.

O art. 162 do Código de Processo Civil de 1973, por sua vez, apontava estes pronunciamentos como sendo os atos do juiz, como se excluísse os demais atos do magistrado, equívoco terminológico que o art. 203 do Código de Processo Civil de 2015 solucionou ao enquadrar as sentenças, as decisões interlocutórias e os despachos como espécies de pronunciamentos judiciais, trazendo conceitos para sentença e decisão interlocutória baseados no conteúdo do ato e na sua finalidade e uma definição por exclusão dos despachos¹⁹⁷.

Com efeito, em sua redação original, o CPC/1973 conceituava a sentença como ato pelo qual o juiz, decidindo ou não o mérito, punha termo ao processo. Neste aspecto, o efeito do pronunciamento do juiz era o fator mais importante para o legislador. A decisão interlocutória, por outro lado, era tida como o ato pelo qual o juiz resolvia questão incidente no curso do processo. O despacho não se enquadraria nos dois primeiros conceitos, tendo sua definição por exclusão.

Ocorre que os processos sincréticos sinalizaram a necessidade de alteração do conceito original de sentença, pelo que a Lei nº 11.232/2005 passou a tratar a sentença como o ato pelo qual o magistrado implicaria algumas das situações estabelecidas nos arts. 267 (extinguiu o processo sem resolução do mérito) e 269 (resolvia o mérito) do CPC/1973¹⁹⁸, trazendo o enfoque conceitual ao conteúdo do pronunciamento judicial, ainda que permanecesse o efeito de extinguir o processo nas hipóteses em que não havia

¹⁹⁶ LIEBMAN, Enrico Tulio. Manual de direito processual civil; tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3ª ed. - São Paulo: Malheiros, 2005, p. 305.

¹⁹⁷ CPC/2015: "Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. § 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução. § 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º. § 3º São despachos todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte".

¹⁹⁸ CPC/1973: "Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. § 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei. (Redação dada pelo Lei nº 11.232, de 2005) § 2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente. § 3º São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma".

resolução do mérito, o que trouxe ao debate a possibilidade de sentenças parciais com a interposição de apelações em diferentes momentos procedimentais¹⁹⁹.

O CPC/2015 expressamente ressalvou eventuais previsões distintas nos procedimentos especiais e conceituou a sentença em seu art. 203, § 1º, como o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 ou 487, põe fim à fase cognitiva do processo de conhecimento, bem como extingue a execução. Assim, o atual conceito do legislador leva em consideração tanto o conteúdo do pronunciamento, como também o efeito ou finalidade do ato judicial.

Com base nestas premissas, a sentença seria o ato final do processo pelo qual o juiz extingue o feito com ou sem resolução de mérito, sendo impugnável por meio do recurso apelação (art. 1.009, CPC/2015), sem qualquer distinção quanto à resolução ou não do mérito, razão pela qual a apelação poderá ser embasada em vícios de forma e julgamento, inclusive cumulando fundamentos relativos a tais vícios.

É na análise dos requisitos da sentença previstos no art. 489 do CPC que vemos a principal inovação do CPC/2015 em relação aos pronunciamentos judiciais. Não propriamente em relação aos requisitos em si, pois vinham igualmente listas no art. 458 do CPC/1973, ou mesmo pelo dever de fundamentação, mas em relação aos parágrafos que não possuem correspondência em relação a lei adjetiva anterior e impõe observâncias mínimas no momento da fundamentação.

Quanto aos requisitos,, verifica-se que a sentença, enquanto discurso, apresenta uma estrutura fechada consoante escólio de Michele Taruffo²⁰⁰, de modo que a legislação define a necessidade de possuir relatório, fundamentação e dispositivo. Cumpre ressaltar relevante posição na doutrina de que tais requisitos não são exclusivos da sentença, mas

199 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 10. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 818.

200 TARUFFO, Michele. A motivação da sentença civil; tradução Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. 1ª ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 55.

de qualquer decisão judicial²⁰¹⁻²⁰², pelo que o dever de fundamentar não pode se restringir à sentença.

O relatório prepara o juiz para decidir por meio de um histórico das principais ocorrências da marcha processual²⁰³. Na fundamentação, que se aprofundará mais adiante, o magistrado analisa as questões de fato e de direito, fazendo constar a resolução das questões principais no dispositivo. Por último, no dispositivo da sentença se exterioriza a conclusão do magistrado, resolvendo as questões que as partes lhe apresentam²⁰⁴.

Cumprido destacar que os demais pronunciamentos judiciais com caráter decisório, serão caracterizados como decisões interlocutórias. Assim, ainda que com conteúdo dos arts. 485 e 487 do CPC/2015, não ocorrendo o fim de uma fase processual, como na hipótese da rejeição do pedido exclusivamente em relação a um dos litisconsortes passivos com determinação de dilação probatória quanto aos demais, não há sentença na perspectiva legislativa.

Com base na sua previsão processual, o agravo de instrumento é um recurso para impugnar determinadas decisões interlocutórias²⁰⁵. O emprego da expressão *determinadas* indica que nem todas as decisões interlocutórias podem ser objeto do recurso de agravo de instrumento, mas apenas aquelas que estejam enquadradas no rol,

201 Neste sentido, Fredie Didier Junior: “o art. 489 do CPC dispõe sobre os elementos essenciais da sentença, isto é, as ‘partes que devem integrar a estrutura da sentença, a saber: o relatório, os fundamentos ou motivação e o dispositivo ou conclusão.’ Embora se refira à sentença, esses são elementos essenciais a todo tipo de decisão judicial. Sentença aí é gênero”. (DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil v. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11 ed. - Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 319).

202 BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – v. 2: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos. 11. ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 152.

203 ALVIM, Eduardo Arruda, GRANADO, Daniel Willian, FERREIRA, Eduardo Aranha. Op. cit., p. 730.

204 BUENO, Cassio Scarpinella. Op. Cit., p. 155.

205 Neste sentido conceitua Cassio Scarpinella Bueno: “O agravo de instrumento é o recurso apropriado para o contraste de determinadas decisões interlocutórias” (BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – v. 2: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos. 11. ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2022.). Ao conceituar o recurso, Anselmo Prieto Alvarez, dispõe: “Mais precisamente falando como preceitua o caput do art. 1.015 do CPC, o agravo de instrumento é o recurso existente no sistema processual civil à disposição do prejudicado, como instrumento de impugnação de certas decisões interlocutórias **proferidas pelo juízo de primeiro grau de jurisdição durante o trâmite do processo**”. (ALVAREZ, Anselmo Prieto. Op. cit., 2021).

caracterizado por uma das hipóteses descritas nos incisos ou parágrafo único do art. 1.015 do CPC/2015.

Por sua vez, quando a decisão interlocutória não se enquadrar no rol em questão, não será possível a interposição do recurso de agravo de instrumento, mas sua recorribilidade será diferida²⁰⁶ para eventual preliminar de recurso apelação ou contrarrazões, de modo que não serão imediatamente acobertadas pela preclusão (art. 1.009, §1º, CPC/2015)²⁰⁷. Verifica-se que o intuito era tratar o rol do art. 1.015 do CPC/2015 como taxativo, de modo a impedir o manejo do aludido recurso contra as demais decisões interlocutórias, sendo que hodiernamente, em razão do Recurso Especial Repetitivo nº 1.704.520, decidiu-se que o referido rol possui uma espécie singular de taxatividade mitigada por uma cláusula adicional de cabimento, que se revelou como a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

Também de forma residual, o § 3º do art. 203 conceitua como despacho os demais pronunciamentos do juiz, sejam praticados de ofício ou a requerimento da parte. Depreende-se, destarte, que o despacho não possui conteúdo decisório²⁰⁸, de modo que não gera prejuízo às partes.

3. A MOTIVAÇÃO NOS PRONUNCIAMENTOS JUDICIAIS

Conforme já exposto, os requisitos previstos no art. 489 do CPC, em especial, a fundamentação não se restringe a sentença, mas é característica de todo pronunciamento judicial decisório, pelo que, em primeiro grau, decisões interlocutórias e sentenças devem vir devidamente fundamentadas.

Os pronunciamentos judiciais decisórios são frutos do exercício da cognição judicial pelo magistrado, que, segundo Kazuo Watanabe, é prevalentemente um ato de

²⁰⁶ LEMOS, Vinicius Silva. A não preclusão das decisões interlocutórias e a liberdade decisória do juízo de primeiro grau. Revista de Processo. vol. 257/2016. p. 237- 254, Jul/2016, v. eletrônica. DTR\2016\21691.

²⁰⁷ **Conforme escólio de Fredier Didier Junior: “quando o §1º do art. 1.009 diz que estas decisões não precluem, o que está a afirmar é que não cabe agravo de instrumento contra elas. Sua impugnação há de ser feita na apelação (ou nas contrarrazões); se não for feita neste momento, haverá, evidentemente, preclusão”** (DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. Curso de direito processual civil v. 3: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13 ed. reform. - Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 165).

²⁰⁸ **Segundo Cassio Scarpinella Bueno: “O § 3º do art. 203 também define os despachos por exclusão, entendendo-os como os demais pronunciamentos, o que impõe a conclusão de que só podem ser os que não têm conteúdo decisório, independentemente de eles serem praticados de ofício ou em resposta a algum requerimento”.** (BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – v. 1: Teoria Geral do Direito Processual Civil: Parte Geral do Código de Processo Civil. 12. ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 312)

inteligência, no qual o juiz deve considerar, analisar e valorar as alegações e as provas que lhe são trazidas pelos sujeitos processuais, ou seja, as questões de fato e de direito constantes no processo, de modo que o julgamento do objeto litigioso do processo é o resultado desta atividade intelectual²⁰⁹.

A cognição possuiria caráter prevalentemente lógico justamente por corresponder a uma atividade intelectual²¹⁰, sendo que, didaticamente, se procura reduzir a atividade do juiz a um silogismo por meio do qual a regra jurídica abstrata constituiria a premissa maior, os fatos, por sua vez, a premissa menor e o provimento do juiz a conclusão²¹¹.

Por certo há elementos mais complexos nesta realidade cognitiva que não podem ser expressos nesta simples estrutura, tanto que Michele Taruffo destaca que a despeito do longo período de reconhecimento na doutrina europeia, especialmente na alemã e na italiana, seus próprios defensores destacavam limitações diante da complexidade do raciocínio no magistrado, tanto que se instituiu a percepção de que há a concatenação de silogismos (polissilogismo), de modo que as diversas conclusões constituiriam as premissas do silogismo final²¹²⁻²¹³. Cumpre ressaltar que o aludido autor defende que o silogismo está mais atrelado a uma teoria da motivação do que a cognição judicial propriamente dita²¹⁴.

209 WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67.

210 Piero Calamandrei aponta que “o sinal mais importante e mais típico da ‘racionalização’ da função jurisdicional é a motivação” (CALAMANDREI, Piero. *Processo e democracia: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México*; tradução Mauro Fonseca Andrade. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, 67).

211 Kazuo Watanabe pontua que esta redução ocorre didaticamente, porém a operação do juiz é mais complexa do que este esquema teórico (WATANABE, Kazuo. *Op. Cit.*, p. 67-68).

212 TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. *Op. cit.*, p 148.

213 Valendo-se da estrutura do silogismo, sem se esquecer das complexidades que compõe a atividade do juiz, Moacyr Amaral Santos aduzia: “é verdade, entretanto, que rarissimamente a sentença se contém num único silogismo. De ordinário o juiz terá de desenvolver um trabalho lógico complexo, formulando silogismos vários, das conclusões de um se servindo para formular outros, de modo a chegar à conclusão final. E não só de silogismos se valerá o juiz para chegar à decisão, mas dos mais variados processos lógicos terá de utilizar-se. Assim, por exemplo, da analogia terá de valer-se, muitas vezes, na aplicação do direito, quando a lei for omissa quanto à situação de fato posta em juízo. Daí dizer-se que a sentença é produto de um trabalho lógico do juiz, ou, conforme ensinamento de Couture, que é um ato lógico, resultante da crítica que o juiz faz dos fatos e do direito, para chegar a uma conclusão” SANTOS, Moacyr Amaral, 1902-1983. *Primeiras linhas de direito processual civil / Moacyr Amaral Santos*. vol. 3; 18. ed. atualizada por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 10).

214 Segundo o escólio de Michele Taruffo: “a doutrina em questão resulta ambígua na medida em que não é claro se se trata de uma teoria da decisão, da motivação ou de ambas as coisas. Essa, todavia, é

Doravante, não obstante a discussão sobre o uso da estrutura do silogismo como teoria da motivação ou teoria do juízo, segundo Kazuo Watanabe o esquema do silogismo final e os aspectos mais relevantes para a justificação lógica da conclusão precisam ficar expressos na “motivação”, de modo que esta se apresentaria como um discurso destinado a justificar racionalmente o ato motivado²¹⁵⁻²¹⁶. Outrossim, discorre que todo ato de intromissão na esfera jurídica das pessoas deve se submeter ao princípio da justificação necessária no duplo momento (material e formal) ²¹⁷.

Isso ocorre porque, segundo Barbosa Moreira, no Estado de Direito todos os poderes devem se sujeitar à lei, de modo que qualquer intromissão na esfera dos particulares deve vir acompanhada de sua justificação, o que caracteriza o Estado de Direito como o “Estado que se justifica”. Neste aspecto, a intromissão estará materialmente justificada pela existência de um fundamento, sendo formalmente justificada pela exposição, declaração ou demonstração do fundamento²¹⁸.

Enquanto discurso destinado a justificar racionalmente o ato motivado, Taruffo²¹⁹ esclarece que a motivação não é a gravação do raciocínio que o juiz realizou para chegar a sua decisão. Caso assim o fosse, a motivação representaria a simples transcrição do que o magistrado pensou quando admitiu as provas, valorou e delas deduziu seu pronunciamento decisório. Assim, diferencia-se o raciocínio com o qual o juiz chega a uma decisão e o raciocínio com que justifica sua decisão. O primeiro, de natureza heurística, avança de acordo com a verificação das hipóteses, incluindo inferências abduativas de modo a se articular em uma sequência de eleições até chegar a decisão final, enquanto a

equivocada se apresentada como uma teoria do juízo, tendo em conta que não é possível demonstrar que o raciocínio decisório tem uma estrutura silogística, ao passo que é possível demonstrar que tem estrutura diferente. Se, ao invés, apresenta-se como uma teoria da motivação, é incompleta, dado que que estrutura dedutiva é apenas um componente da motivação” (TARUFFO, Michele. A motivação da sentença civil. Op. cit., p 152/153).

215 WATANABE, Kazuo. Op. Cit., p. 77.

216 No mesmo sentido, no escólio de Michele Taruffo, tem-se que o dever de motivação serve como uma orientação do ordenamento quanto à necessidade de racionalização da decisão judicial: “Por lo que se refiere a la motivación, parece evidente que el ordenamiento se orienta hacia una concepción racional de la decisión judicial cuando impone a los jueces la obligación de motivar su propias decisiones” e “La motivación es, entonces, un discurso justificativo constituido por argumentos racionales” (TARUFFO, Michele. Verdad, prueba y motivación em la decisión sobre los hechos. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013, p. 95 e 103)

217 WATANABE, Kazuo. Op. Cit., p. 122-127.

218 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado Democrático de Direito. In: Temas de Direito Processual: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988. 2 ed., p. 287.

219 TARUFFO, Michele. Verdad, prueba y motivación em la decisión sobre los hechos. Op. Cit., p. 106.

motivação pressupõe a decisão e é orientada a mostrar que existem argumentos lógicos para sustentá-la²²⁰.

3.1. A MOTIVAÇÃO DOS PRONUNCIAMENTOS JUDICIAIS NAS PERSPECTIVA DO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

O art. 1º do CPC/2015²²¹ expressamente prevê que o processo civil não pode ser interpretado com dissonância das normas fundamentais estabelecidas na Constituição Federal, entre as quais destaca que todas as decisões devem ser fundamentadas (art. 11, CPC/2015²²²). De fato, o dever de fundamentar, observado na perspectiva do processo constitucional é cada vez mais marcante no processo civil, mormente por vir expressamente previsto no inciso IX do art. 93 da Constituição de 1988. Contudo, mesmo que ainda não tivesse expressa no texto constitucional pátrio, o dever de motivar continuaria a corresponder com um direito fundamental dos jurisdicionados, pois corolário do princípio do juiz natural²²³, ou mesmo da garantia do devido processo legal e manifestação do Estado de Direito, pelo que a motivação consiste no conteúdo mínimo do devido processo legal²²⁴.

A segunda guerra mundial foi determinante para que as novas Constituições, especialmente as europeias, passassem a tratar garantias relacionadas à função jurisdicional e ao processo como direitos fundamentais do indivíduo, protegendo-as na perspectiva do sistema de direitos humanos. Nesta acepção, o modelo constitucional do processo recebe proeminência, pois cristaliza a ideia de processo como uma garantia fundamental constitucional²²⁵.

Com efeito, o modelo constitucional do processo reconhece o princípio da supremacia da Constituição, com suas garantias aos cidadãos, servindo para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito. Neste sistema, destaca-se a garantia do

²²⁰ Idem, p. 106.

²²¹ CPC/2015: “Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil , observando-se as disposições deste Código”.

²²² CPC/2015: “Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

²²³ WATANABE, Kazuo. Op. Cit., p. 73.

²²⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p. 322.

²²⁵ FRANCO, Marcelo Veiga. Dimensão dinâmica do contraditório, fundamentação decisória e conotação ética do processo justo: breve reflexão sobre o art. 489, § 1.º, IV, do novo CPC. Revista de Processo. vol. 247/2015, p. 105-136, Set/2015, v. eletrônica. DTR\2015\13183

contraditório, com base no voto do Ministro Gilmar Mendes no Mandado de Segurança nº 24.268/MG226, julgado em 05/02/2004, para o qual traz a ideia de informação, manifestação e de ver seus argumentos considerados pelo juiz, do qual deriva o dever do órgão julgador de fundamentar as decisões.

As partes trazem suas alegações e provas com o intuito de influenciar o juiz, de modo que a resposta dada pelo órgão julgador deve se atentar às razões expostas pelas partes, seja para acolhimento ou para rejeição.

Na ótica da valoração das provas, ensina João Batista Lopes²²⁷ que se deve observar o critério da persuasão racional e não o da livre convicção do juiz, de modo que o magistrado não possui liberdade absoluta na instrução, mas sim que deve observar critérios técnicos de racionalidade e lógica, bem como postulados de outras ciências, afastando-se de *decidir segundo suas impressões pessoais*. Para tanto, o CPC/2015 impõe requisitos rigorosos para que uma decisão se considere fundamentada.

Não se pode admitir que a cognição judicial esteja assentada em questões subjetivas não explicitadas, pelo que se torna imprescindível que cada momento da decisão esteja devidamente motivado, fazendo compreender a interpretação das normas, a apuração dos fatos, a qualificação jurídica dos fatos, bem como as consequências jurídicas da decisão²²⁸.

226 Relevante o seguinte trecho do voto: "(...) daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5.º, LV, da CF, contém os seguintes direitos: 1. Direito de informação (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; 2. Direito de manifestação (Recht auf Äusserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; 3. Direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas (cf. PIEROTH; SCHLINK. Grundrechte – Staatsrecht II. Heidelberg, 1988. p. 281; BATTIS; GUSY. Einführung in das Staatsrecht. Heidelberg, 1991. p. 363-364; Ver, também, DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. Grundgesetz-Kommentar. Art. 103, vol. IV, n. 85-99). Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (Recht auf Berücksichtigung), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (Beachtungspflicht), pode-se afirmar que ele envolve não só o dever de tomar conhecimento (Kenntnisnahmepflicht), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (Erwägungspflicht) (Cf. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. Grundgesetz-Kommentar. Art. 103, vol. IV, n. 97)". (BRASIL. STF. MS 24.268. Tribunal Pleno. j. 05.02.2004. Rel. Min. Ellen Gracie. Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes. DJe 17.09.2004. Trechos do voto do Min. Gilmar Mendes).

227 LOPES, João Batista. Prova científica: conceito e valoração. Revista de Processo. vol. 327/2022. p. 165 – 173, Jan/2018, v. eletrônica. DTR\2022\6261

228 *Defendendo a necessidade de justificação sobre todos os componentes estruturais da decisão, Michele Taruffo leciona que (...) existe a necessidade de motivação a respeito da interpretação das normas*

Verifica-se, portanto, a relevância da extensão do dever de motivação, na medida que a fundamentação deve preencher determinados requisitos que tornam possível o controle dos fundamentos racionais da decisão, o que permite a manifestação do pleno contraditório, pois a exposição das escolhas que levaram à decisão passa pelas arguições das partes, pelo que a motivação será parâmetro de aferição da submissão do juízo ao contraditório e do cumprimento do dever de debate a ele correlato²²⁹.

Assim, partindo da decisão e de todas as consequências que dela possa derivar, a motivação exige completude, de modo que cada questão ali resolvida (na decisão) deve vir devidamente fundamentada. Sem dúvidas, o §1º do art. 489 do CPC/2015 fortalece as preocupações atinentes à motivação, sendo que sua aplicação não pode se restringir às sentenças²³⁰, notadamente pela possibilidade (cada vez mais patente no sistema) de interferência na esfera individual por decisões interlocutórias.

Doravante, no modelo constitucional de processo, os embargos de declaração, recurso ainda não mencionado neste trabalho, cabível para corrigir erro material, esclarecer obscuridade, eliminar contradição e suprimir omissão, ganha importante missão.

Ao regular seu cabimento, a preocupação do legislador ordinário em descrever hipóteses de omissão não pode ser ignorada. Os incisos do parágrafo único do art. 1.022 informam que há omissão quando o magistrado deixar de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou de incidente de assunção de competência aplicável ao caso ou quando ocorrer em alguma conduta descrita no §1º do art. 489. Em outras palavras, a omissão não ocorre apenas quando o órgão julgador deixar de apreciar um dos pedidos das partes, mas principalmente quando a decisão não é adequadamente fundamentada.

aplicadas, da verificação dos fatos, da qualificação jurídica do caso e da declaração das consequências jurídicas derivadas da decisão. Sob este perfil, é 'completa' a motivação que fornece uma justificação adequada de cada um desses momentos em que se articula a decisão, entendida em seu sentido amplo de solução das questões controvertidas: então, a decisão é o parâmetro da motivação (...)" (TARUFFO, Michele. A motivação da sentença civil. Op. cit., p. 152/153).

229 SILVEIRA, Daniela Gonsalves da. Direito ao contraditório, dever de fundamentação e direito à publicidade no novo Código de Processo Civil Brasileiro. Revista de Processo. vol. 327/2022. p. 69-87, Out/2015, v. eletrônica. DTR\2015\15857

230 Neste sentido Cassio Scarpinella Bueno: "O curioso é que aquele dispositivo não diz o que uma sentença – e, de resto, *qualquer outra decisão jurisdicional*, no que o dispositivo, diferentemente do *caput*, é expresso – precisa conter para se considerar *fundamentada*. Descreve-se o que se considera uma decisão *não fundamentada*" (BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – v. 2: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos. 11. ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2022, v. eletrônica, p. 152).

Desde já, é importante ressaltar que a motivação deve possuir o mínimo necessário para controle das razões com as quais o magistrado exerceu seu poder decisório, justificando as escolhas realizadas pelo juiz para chegar a uma decisão final. Se algumas destas escolhas não restarem motivadas, não será possível este controle, o que, segundo Michele Taruffo, nos permite reconhecer um princípio da completude da motivação, de modo que a justificação do ato decisório deve conter todas as escolhas feitas pelo magistrado²³¹.

O §1º do art. 489 do CPC/2015 ainda que não o declare expressamente, reforça no âmbito infraconstitucional o princípio da completude da motivação, trazendo balizas mínimas para que aludido princípio seja observado.

Aqui destaca-se duas funções essenciais da fundamentação: endoprocessual e extraprocessual. Com base na distinção proposta por Michele Taruffo²³², a primeira de caráter endoprocessual, correlaciona-se ao caso concreto pela percepção de processo justo para as partes, facilitando a conexão entre a sentença e sua impugnação. Por sua vez, a função extraprocessual decorrente da própria ideia de fundamentação como garantia fundamental da administração da justiça, irrenunciável no Estado democrático moderno, traz a motivação como mecanismo capaz de assegurar o controle do povo sobre a atividade jurisdicional (controle externo difuso).

Tem-se, portanto, um controle generalizado e difuso sobre o modo como o magistrado administra a justiça, de forma a estabelecer que a possibilidade de aferir a correção de um julgado não é um privilégio apenas das partes diretamente interessadas, mas se estende a todos os membros da sociedade, o que fortalece a confiança na tutela jurisdicional e a própria coesão social e solidez nas instituições, o que é essencial no Estado de Direito²³³. Afinal de contas, o recurso ao Direito se contrapõe ao emprego da violência, já que se deixa de fazer justiça pelas próprias mãos em substituição à confiança que se deposita nas instituições judiciárias²³⁴.

A função extraprocessual, ao garantir o controle do exercício do poder judicial para além do contexto processual, advém da própria concepção democrática do poder, pelo qual o exercício do poder deve ser controlado de fora²³⁵, submetendo o exercício da função jurisdicional ao Estado de Direito, ou, em outros termos, ao sistema de fontes

231 TARUFFO, Michele. Verdad, prueba y motivación em la decisión sobre los hechos. *Op. Cit.*, p. 104.

232 TARUFFO, Michele. A motivação da sentença civil. *Op. cit.*, p. 20-21.

233 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. Cit.*, p. 288-289.

234 PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 167.

235 TARUFFO, Michele. Verdad, prueba y motivación em la decisión sobre los hechos. *Op. Cit.*, p. 104.

constitucionalmente estabelecidos. Além de, repita-se, permitir que a sociedade saiba como os juízes exercem o poder que foi conferido²³⁶.

Em razão desta dupla função, segundo Fredie Didier Junior²³⁷, valendo-se do escólio de Daniel Mitidiero, a decisão judicial caracteriza-se como duplo discurso, por um lado voltado para a solução do caso, no qual se dirige às partes, e, por outro lado, um discurso para a formação do precedente, dirigido à coletividade.

3.2. A MOTIVAÇÃO DOS PRONUNCIAMENTOS JUDICIAIS E OS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO

A garantia de um processo público não é suficiente para permitir que uma decisão seja correta e justa: é indispensável que as decisões judiciais apresentem explicações e fundamentos para as conclusões nelas adotadas.²³⁸

Daí o porquê de se afirmar que a justificação do Estado que se expressa por meio da fundamentação é garantia inerente ao Estado de Direito, motivo pelo qual, ainda que os recursos não sejam interpostos contra a fundamentação, as razões recursais se baseiam justamente na motivação da decisão²³⁹.

Com base no princípio da integridade de Ronald Dworkin aplicado aos pronunciamentos judiciais, Gisele Mazzoni Welsch²⁴⁰ defende que o sistema jurídico precisa garantir o julgamento em conformidade com a Constituição, proporcionando condições para se aferir este acerto.

Conforme lição de Moacyr Amaral Santos²⁴¹, a motivação ganha maior importância em face da recorribilidade da sentença, pois para obter sua reforma, o recorrente terá que atacá-la por incidir em erro de fato ou de direito, devendo demonstrar onde o equívoco se encontra. No lado oposto, ao apreciar o recurso, o órgão *ad quem* encontrará também na fundamentação da sentença os melhores argumentos para decidir

236 AROCA, Juan Montero; COLOMER, Juan Luis Gómez; VILAR, Silvia Barona; CUADRADO, María Pía Calderón. Derecho jurisdiccional Vol. 2: Proceso civil. 10ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch. 2001, p. 348-349.

237 DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p. 358.

238 ECHANDIA, Hernando Devis. Nociones Generales de Derecho Procesal Civil. Madrid: Aguilar, 1966, p. 66.

239 ALVIM, Eduardo Arruda, GRANADO, Daniel Willian, FERREIRA, Eduardo Aranha. Op. cit., p. 734.

240 WELSCH, Gisele Mazzoni. Legitimação democrática do poder judiciário no novo Código de Processo Civil. Coleção Liebman. Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini (coords.). 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 131-132.

241 SANTOS, Moacyr Amaral, 1902-1983. Primeiras linhas de direito processual civil / Moacyr Amaral Santos. vol. 3; 18. ed. atualizada por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 19

acerca do seu acerto ou da sua injustiça. Isso porque a resolução da sentença é o resultado das motivações que nela se explicam²⁴².

Piero Calamandrei²⁴³ defende que esta seria a função jurídica da motivação (em contraposição a função psicológica ou persuasiva), colocando as partes em condições de verificar o acerto das razões do juiz, de modo que a visualização de defeitos faz surgir os vários meios de impugnação. Daí o porquê de Eduardo J. Couture²⁴⁴ acentuar que uma decisão judicial imotivada priva as partes de poderem fiscalizar a atuação jurisdicional do magistrado.

Ao lado da importante função de fornecer argumentos às partes e ao órgão que apreciará eventual recurso, impende ressaltar que a motivação dos pronunciamentos judiciais constitui um importante instrumento de limitação do poder do Estado, de modo a impedir o arbítrio. Com efeito, a fundamentação que expresse o real convencimento judicial permite à parte controlar a racionalidade e correção da decisão, viabilizando o exercício da ampla defesa e facilitando a submissão do ato a um órgão jurisdicional superior²⁴⁵.

Importante o escólio de Barbosa Moreira²⁴⁶ ao analisar a obrigatoriedade e publicidade da motivação, de que é por meio desta que se possibilita verificar no caso concreto a imparcialidade do juiz, a legalidade da decisão e o direito que têm as partes de ser ouvidas e de ver examinadas pelo órgão julgador as questões que houverem suscitado.

Com efeito, somente com a análise dos motivos que apoiam a conclusão se pode verificar se o pronunciamento judicial é decorrente da apreciação objetiva da causa mediante posição de neutralidade do magistrado perante as partes. Outrossim, é por meio da motivação que se verifica a legalidade da decisão, de modo que as razões de decidir estejam em conformidade com a lei ou não. Em especial, Barbosa Moreira²⁴⁷ destaca que este exame da legalidade no processo decisório encontra maior relevância quando o julgador tem que concretizar conceitos jurídicos indeterminados, uma vez que, por se tratarem de conceitos com contornos vagos, impõe-se um dever maior de fundamentação ao juiz.

242 ECHANDIA, Hernando Devis. *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*. Op. Cit., p. 66.

243 CALAMANDREI, Piero. Op. cit., p. 68.

244 COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3. ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1958. p. 286.

245 WELSCH, Gisele Mazzoni. *Op. cit.*, p.140.

246 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. Cit., p. 286.

247 *Ibid.*, p. 286-287.

No tocante ao direito de as partes serem ouvidas e terem suas questões efetivamente apreciadas pelo órgão julgador, retorne-se a garantia do contraditório, enquanto dever de ser informado, direito de manifestação e de ver seus argumentos considerados pelo juiz, do qual justamente advém o dever do órgão julgador de fundamentar as decisões. Não se trata de meramente colocar em movimento o mecanismo judicial pelo direito de ação, mas de apresentar razões em juízo de modo efetivo, podendo-se reclamar sua consideração²⁴⁸.

Assim, a deficiência na fundamentação acarreta a impossibilidade de verificar a legalidade da decisão, como também de ver as razões expostas pelas partes devidamente consideradas, o que se apresenta como peripécia tanto à interposição do recurso como também ao órgão recursal que deverá apreciar as razões recursais com base na motivação do pronunciamento judicial impugnado.

3.3. A MOTIVAÇÃO DOS PRONUNCIAMENTOS JUDICIAIS E CONFORMAÇÃO DAS PARTES

Da mesma forma que a motivação se mostra como um mecanismo de controle da racionalidade do juiz, exerce, por outro lado, função argumentativa acerca da correção do pronunciamento judicial. Pois bem, as decisões judiciais não possuem como finalidade exclusiva a interposição de recurso, mas também responder os anseios das partes de forma adequada e satisfatória, inclusive, a efetivamente colocar termo ao litígio.

Mais do que garantir a eficácia prática do ordenamento jurídico²⁴⁹, a jurisdição enquanto poder, função e atividade estatal, impõe o dever de promover a pacificação social mediante a realização do direito justo por meio do processo²⁵⁰. O magistrado, portanto, ao exercer sua função, o faz de forma exitosa caso consiga colocar termo ao litígio, principalmente se convencer as partes de que a decisão proferida é a melhor para o caso concreto.

Barbosa Moreira²⁵¹, ao discorrer sobre a função extraprocessual da motivação, afirma ser insuficiente e exclusivamente técnica a percepção de que a necessidade de motivação visa, precipuamente, a conceder meios para impugnar a decisão, bem como ao

²⁴⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. Cit.*, p. 287.

²⁴⁹ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Op. cit.*, p. 19.

²⁵⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido. *Teoria geral do processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 155.

²⁵¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. Cit.*, p. 288.

juiz para investigar a ocorrência de erros ou vícios que porventura a tornem injusta e ilegal.

Reconhecendo-se que a motivação pode conceber até mesmo um controle externo difuso sobre a atividade jurisdicional, não se pode retirar da parte a possibilidade de realizar este controle de forma subjetiva para tão somente se resignar do desfecho processual.

Segundo Piero Calamandrei²⁵², a partir do momento em que a justiça teria descido do céu para terra, de modo que se passou a admitir que a resposta do magistrado é palavra humana e não fruto algo sobrenatural infalível, a exigência da motivação permitiu encontrar a justiça dos homens, de modo a demonstrar que a sentença é justa, persuadindo a parte sucumbente de que sua perda é o ponto necessário de chegada de um exercício racional e não puro arbítrio²⁵³.

Destaca ainda Chaïm Perelman²⁵⁴ que a motivação da decisão, ao fim e ao cabo, objetiva “essencialmente demonstrar o caráter sensato da solução, inserindo-a no sistema jurídico em vigor”.

Por esta razão, Michele Taruffo²⁵⁵ destaca que não há impedimentos para que haja aspectos retóricos-persuasivos no discurso do magistrado, embora tais aspectos sejam meramente secundários. Não é efetivamente o dever do magistrado persuadir as partes ou quais outros sujeitos, acerca da bondade de sua decisão, mas apresentar a motivação de modo que se justifique racionalmente a sua decisão.

Pois bem, é o conteúdo da motivação que pode persuadir a parte e não necessariamente o escopo do magistrado ao proferir a sentença.

Abordando uma finalidade psicológica de justificação e persuasão, Piero Calamandrei²⁵⁶ defende que a motivação possibilita que os litigantes encontrem os

252 CALAMANDREI, Piero. Op. cit., p. 67.

253 Igualmente, Eduardo J. Coutore, tratando da imposição da motivação como forma de comprovar que não há arbítrio no caso concreto, leciona: “La ley se lo impone como una manera de fiscalizar su actividad intelectual frente al caso, a los efectos de poderse comprobar que su decisión es un acto reflexivo, emanado de un estudio de las circunstancias particulares, y no un acto discrecional de su voluntad autoritaria. Una sentencia sin motivación priva a las partes del más elemental de sus poderes de fiscalización sobre los procesos reflexivos del magistrado. (COUTORE, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Op. Cit., p. 286).

254 PERELMAN, Chaïm. Op. Cit., p. 167.

255 TARUFFO, Michele. Verdad, prueba y motivación em la decisión sobre los hechos. Op. Cit., p. 103.

256 CALAMANDREI, Piero. Op. cit., p. 68.

argumentos que não haviam pensado anteriormente. Assim, diante da sucumbência em uma causa, permite-se conhecer o erro da tese anteriormente sustentada e verificar que a perda foi justa, sendo esta conclusão quase tão tranquilizadora quanto de se obter a razão quando se tem o convencimento de possuí-la.

Enquanto duplo discurso, ao se direcionar às partes, ainda que os jurisdicionados possam ter suas pretensões frustradas, a fundamentação possui valor argumentativo importante para conformação dos interessados ao conteúdo do pronunciamento decisório, haja vista que a análise das razões expostas pode e deve, sempre que possível, ensejar o reconhecimento do acerto judicial.

Em suma, o pronunciamento judicial decisório não nasce para o recurso, mas para a solução da controvérsia, sendo preferível que as partes concordem com a deliberação do magistrado, não por imposição arbitrária, mas justamente pela elucidação que a motivação pode proporcionar.

4 CONCLUSÃO

O reconhecimento do dever de motivar as decisões judiciais como norma fundamental na Constituição Federal de 1988 e no Código de Processo Civil de 2015 traz implicações importantíssimas acerca da administração da Justiça e do fortalecimento do Estado Democrático de Direito. Para além das opções legislativas na conceituação dos pronunciamentos judiciais, é a completa fundamentação que acarretará a satisfação das partes perante a atividade jurisdicional.

Com as novas definições legais, a sentença, composta por relatório, motivação e dispositivo, passa a ser definida com base no seu conteúdo e finalidade, correspondendo ao pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 ou 487 do CPC/2015, põe fim à fase cognitiva do processo de conhecimento, bem como extingue a execução, impugnável por meio de apelação. De forma residual, as decisões interlocutórias são os demais pronunciamentos decisórios que não põe fim a uma fase processual, podendo ser objeto de agravo de instrumento ou suscitada em sede de recurso de apelação ou em preliminar contrarrazões, caso não seja possível sua imediata recorribilidade. Os despachos, por sua vez, não possuem conteúdo decisório.

Na formação dos pronunciamentos decisórios, o juiz realiza importante atividade cognitiva, cujo resultado deverá ser exposto na motivação, que no modelo constitucional do processo é uma garantia fundamental dos jurisdicionados, imprescindível ao devido processo legal e ao contraditório.

Não se pode mais conceder um juiz totalmente livre, cuja resposta à pretensão apresentada ocorra de forma subjetiva sem qualquer compromisso em justificar a valoração dos fatos, a interpretação das normas, a qualificação jurídica dos fatos e as consequências da decisão, de modo que as imposições mínimas de fundamentação previstas na legislação processual civil, sob pena de as decisões serem consideradas omissas, são louváveis, e expressam um princípio da completude da motivação.

Tão somente com a completa motivação das decisões judiciais, suas funções endoprocessual e extraprocessual serão alcançadas, proporcionando processo justo às partes e controle externo difuso, respectivamente, a fim de transformar-se em um duplo discurso.

Nesta perspectiva, a motivação fornece os meios necessários para impugnação dos pronunciamentos judiciais, por consistir em argumento tanto para as partes, como para órgão judicial superior, sem olvidar da possibilidade de servir como instrumento de conformação dos jurisdicionados quando à devida prestação da tutela jurisdicional.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda, GRANADO, Daniel Willian, FERREIRA, Eduardo Aranha. **Direito processual civil**. 6. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

AROCA, Juan Montero; COLOMER, Juan Luis Gómez; VILAR, Silvia Barona; CUADRADO, María Pía Calderón. **Derecho jurisdiccional Vol. 2: Proceso civil**. 10ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch. 2001.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado Democrático de Direito**. In: *Temas de Direito Processual*: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988. 2 ed.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – v. 1: Teoria Geral do Direito Processual Civil: Parte Geral do Código de Processo Civil**. 12. ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2022.

_____. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – v. 2: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos**. 11. ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2022. Versão online ISBN 9786553620605.

CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México**; tradução Mauro Fonseca Andrade. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido.

Teoria geral do processo. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 155.

COUTORE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 3ª ed. (póstuma)** – Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil v. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** 11 ed. - Salvador: JusPODIVM, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. **Curso de direito processual civil v. 3: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal.** 13 ed. reform. - Salvador: JusPODIVM, 2016.

ECHANDIA, Hernando Devis. **Nociones Generales de Derecho Procesal Civil.** Madrid: Aguilar, 1966.

FRANCO, Marcelo Veiga. **Dimensão dinâmica do contraditório, fundamentação decisória e conotação ética do processo justo: breve reflexão sobre o art. 489, § 1.º, IV, do novo CPC.** Revista de Processo. vol. 247/2015, p. 105-136, Set/2015, v. eletrônica. DTR\2015\13183

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil.** 10. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

JAYME, Fernando Gonzaga, SOUZA, Alexandre Rodrigues de. **Tutela sumária no código de processo civil: apontamentos acerca da estabilização da tutela antecipada in Doutrinas Essenciais – No Processo Civil, vol. 3. São Paulo: Revista de Processo. vol. 275/2018, p. 231 – 253, Jan/2018, v. eletrônica. DTR\2018\7932.**

LEMOS, Vinicius Silva. **A não preclusão das decisões interlocutórias e a liberdade decisória do juízo de primeiro grau.** Revista de Processo. vol. 257/2016. p. 237- 254, Jul/2016, v. eletrônica. DTR\2016\21691

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de direito processual civil;** tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3ª ed. - São Paulo: Malheiros, 2005.

LOPES, João Batista. **Prova científica: conceito e valoração.** Revista de Processo. vol. 327/2022. p. 165-173, Jan/2018, v. eletrônica. DTR\2022\6261

_____. **Modelo constitucional de processo e lentidão da justiça.** Revista de Processo. vol. 248/2015. p. 19-37, Set/2019, v. eletrônica. DTR\2019\37529

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica: nova retórica.** Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SANTOS, Moacyr Amaral, 1902-1983. **Primeiras linhas de direito processual civil / Moacyr Amaral Santos.** vol. 2; 20. ed. rev. atualizada por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____, 1902-1983. **Primeiras linhas de direito processual civil / Moacyr Amaral Santos.** vol. 3; 18. ed. atualizada por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVEIRA, Daniela Gonsalves da. **Direito ao contraditório, dever de fundamentação e direito à publicidade no novo Código de Processo Civil Brasileiro.** Revista de Processo. vol. 327/2022. p. 69-87, Out/2015, v. eletrônica. DTR\2015\15857

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil;** tradução Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. 1ª ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____. **Verdad, prueba y motivación em la decisión sobre los hechos.** México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013.

VOGR, Fernanda Costa. **Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos.** 2ª ed. rev. Atual e ampl. – Salvador: Juspodivm, 2022.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil.** 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

WELSCH, Gisele Mazzoni. **Legitimação democrática do poder judiciário no novo Código de Processo Civil.** Coleção Liebman. Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini (coords.). 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA E A IMPARCIALIDADE SOCIAL DA MÁQUINA JUDICIÁRIA

RUYTHER CESAR OZORIO FUZARI²⁵⁷:

Bacharel em direito pela Universidade Brasil - Campus Fernandópolis

GUSTAVO ANTÔNIO NELSON BALDAN

(orientador)

RESUMO: Viver em sociedade nem sempre é uma tarefa fácil, pois nos deparamos com uma infinidade de diferenças, seja de pensamentos, estilos de vida, opiniões sobre diversos assuntos que talvez poderá chocar sua percepção de moralidade. As distinções fazem parte do ciclo existencial e cabe a cada um respeitar a individualidade do próximo. Na busca do conhecimento e evolução, podemos ser influenciados em nossas decisões, sendo até mesmo injustos em casos que deve ser imparcial. Diante disto, temos o Poder Judiciário, sinônimo de justiça, força, representa o equilíbrio, a equivalência e a equação entre a culpa e castigo. Entretanto, nota-se em muitos casos que geraram grande repercussão na busca de aplicar a lei e reestabelecer o equilíbrio social, rupturas dos preceitos legais e éticos na aplicabilidade da "justiça", fato este influenciado por preconceito, intolerância e ódio. O acesso irrestrito à Justiça ao qual é garantido pela Constituição Federal, não tem sido oferecido e ou aplicado de forma igualitária a todos os cidadãos. Obstruindo assim o Princípio da Isonomia e Direitos Humanos.

Palavras-chave: Preconceito. Desigualdade. Discriminação. Intolerância. Racismo.

ABSTRACT: Living in society is not always an easy task, as we are faced with an infinity of differences, whether in thoughts, lifestyles, opinions on various subjects that may shock your perception of morality. Distinctions are part of the existential cycle and it is up to each one to respect the individuality of others. In the pursuit of knowledge and evolution, we can be influenced in our decisions, even being unfair in cases that must be impartial. Given this, we have the Judiciary, synonymous with justice, strength, represents balance, equivalence and the equation between guilt and punishment. However, it is noted in many cases that they generated great repercussion in the search to apply the law and reestablish social balance, ruptures of legal and ethical precepts in the applicability of "justice", a fact that is influenced by prejudice, intolerance and hatred. The unrestricted access to justice,

²⁵⁷ Contato: ruyzion@gmail.com

which is guaranteed by the Federal Constitution, has not been offered or applied equally to all citizens. Thus obstructing the Principle of Isonomy and Human Rights.

Keywords: Preconception. Inequality. Discrimination. Intolerance. Racism.

1. DO DIREITO À IGUALDADE

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988, caput, estabelece: “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 [...]” A utopia almejada pela tão pujante Carta Magna, não foi o suficiente para conter a desigualdade, a criminalização do racismo, e a inviolabilidade dos direitos. Percebe-se que, a máquina judiciária representada por um sistema elitista, em que, a parte do processo que obtiver mais poder aquisitivo e influência, obterá melhores resultados, na modalidade criminal, podendo até ser imposta penas mais brandas ou, na melhor das hipóteses, ser absolvido. Em contrapartida, temos a classe de baixa renda, onde já sofre o preconceito por ser pobre, a grande maioria não possui escolaridade e desconhece seus direitos. Encontram dificuldade de acesso à defesa de qualidade e comumente é determinado pena rigorosa comparada aos mais abastados em casos semelhantes.

Demonstrando-se que há preconceitos diversos em sentenças judiciais tendo penas mais severas embasadas na condição física, patrimonial, orientação sexual, trabalho, crenças, entre outras. Tais atitudes realizadas pelos operadores do direito, postergam a primazia da Norma Constitucional, elencada no artigo 3º, constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O princípio da igualdade pressupõe que as pessoas colocadas em situações diferentes sejam tratadas de forma desigual: “Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”. (NERY JUNIOR, 1999, p. 42).

A proveniência do preconceito está nos valores, ideologias, interesses ou crenças de um grupo social. O preconceito parte da premissa visual de mundo pouco elaborada, repleta de ideias e certezas que não sobrevivem a um mínimo de reflexão ou exame crítico.

"Em qualquer país onde massas imensas são excluídas, é claro que cai abruptamente o acesso à Justiça e, em conexão com isso, a imparcialidade do judiciário", afirmou o jurista e professor da Universidade de Brasília (UnB), Marcelo Neves.

A atitude preconceituosa normalmente se baseia em estereótipos ou generalizações equivocadas a respeito de um determinado grupo social. Essa atitude geralmente vem carregada de uma grande antipatia em relação às pessoas que pertencem a esse grupo, resultando, muitas vezes, em atos de discriminação e agressões físicas ou verbais. O preconceito é transmitido culturalmente. Não é arriscado dizer, portanto, que indivíduos se tornam preconceituosos porque receberam influência do meio social no qual estão inseridos, onde o preconceito é aceito ou mesmo estimulado.

O preconceito muitas vezes resulta em atos de discriminação. Discriminar uma pessoa é tratá-la de forma injusta ou não aceitá-la em virtude de sua cor, origem, orientação sexual, credo, identidade de gênero etc. É comum que uma opinião preconceituosa seja formulada a partir de algum estereótipo, isto é, uma imagem generalizada e distorcida de um grupo social. O estereótipo funciona através de um mecanismo de imposição de "rótulos", geralmente negativos.

Partindo deste pressuposto, nota-se que o Estado juiz é um homem, como qualquer outro e, está sujeito a tomar suas decisões influenciadas pelo seu senso moral, às vezes, repleto de preconceito. O ato de vestir a reverente toga, deveria representar justiça, mas, se de fato haverá justiça no julgamento é outra história.

Desde 1989, alguns tipos de preconceito são considerados crime no Brasil. É o que diz a Lei n.º 7.716, conhecida popularmente como "lei do racismo": Art. 1.º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

2.A DESIGUALDADE NA HISTÓRIA

Ao analisar a história com senso crítico, podemos notar que, o histórico de atos de desigualdade e discriminação é algo que remonta eras. Há uma vasta bibliografia sobre o tema, onde autores de diversas épocas discorreram acerca do assunto, criando bases científicas para a racialização da humanidade. Com esta teoria, a humanidade poderia ser classificada em raças diferentes e desiguais em capacidade física, intelectual e moral.

Chegando à conclusão de que o homem branco ocidental estaria no topo da pirâmide da espécie, o que justificava seus privilégios.

Hoje, o racismo tácito é perpetuado pela instrumentalização do mito da democracia racial que protege o Estado "em um jogo que fechou a imagem do racismo dentro do setor privado". Diante disto, mesmo com a abolição da escravatura, o racismo não foi abolido no Brasil e continua sendo um problema recorrente na sociedade tanto no âmbito jurídico quanto na violação dos Direitos Humanos dessa população. Tendo em vista isso, é notório que ainda se faz presente a discriminação oriunda do racismo estrutural demonstrando ser algo rotineiro e prejudicial.

Embora muito se saiba sobre a história da teoria racial, pesquisas recentes têm chamado a atenção para outra dimensão histórica envolvendo o tema, particularmente a história social do racismo. De maneira mais geral, a emergência da classificação racial e do próprio racismo como fenômeno histórico tem sido objeto de investigação e reflexão por alguns pesquisadores.

Embora os objetos sejam comuns, existem diferentes explicações para o fenômeno. Nesse sentido, o reconhecimento da "emergência" e operacionalidade desses conceitos traça a primeira linha divisória entre os estudiosos. Reconhecendo os símbolos raciais e as práticas discriminatórias que foram construídos sobre eles desde a Idade Média e mesmo desde a antiguidade, alguns defendem a existência do "racismo antes da ideia de raça".

Historicamente, o sistema penal foi utilizado para promover um controle social, marginalizando grupos considerados "indesejados" por quem podia definir o que é crime e quem é o criminoso. No Brasil, foram várias as legislações que visavam criminalizar a população negra, como a Lei de Vadiagem, de 1941, que perseguia quem estivesse na rua sem uma ocupação clara justamente numa época de alta taxa de desemprego entre homens negros.

3.PERFIL DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA

Evolução da população prisional por cor/raça ⁽¹⁾
Brasil, 2005-2021

Ano	Negra ⁽²⁾		Branca		Amarela		Indígena		Outras	
	Ns. Absolutos	%	Ns. Absolutos	%	Ns. Absolutos	%	Ns. Absolutos	%	Ns. Absolutos	%
2005	91.843	58,4	62.574	39,8	1.046	0,7	279	0,2	1398	0,9
2006	135.426	56,7	97.422	40,8	1.587	0,7	602	0,3	3989	1,7
2007	199.842	58,1	137.436	39,9	2.234	0,6	539	0,2	4053	1,2
2008	217.160	56,8	147.438	38,5	2.733	0,7	511	0,1	14.685	3,8
2009	240.351	59,0	156.197	38,4	2.026	0,5	521	0,1	8.058	2,0
2010	252.796	59,8	156.535	37,0	2.006	0,5	748	0,2	10.686	2,5
2011	274.058	60,3	166.340	36,6	2.180	0,5	769	0,2	10.809	2,4
2012	294.999	60,7	173.463	35,7	2.314	0,5	847	0,2	13.996	2,9
2013	307.715	61,7	176.137	35,3	2.755	0,6	763	0,2	11.527	2,3
2014	312.625	61,7	188.695	37,2	3.312	0,7	666	0,1	1.608	0,3
2015	289.799	63,5	162.731	35,7	3.028	0,7	770	0,2	-	-
2016	340.611	63,6	188.741	35,2	3.111	0,6	654	0,1	2.627	0,5
2017	370.976	64,5	198.244	34,5	5.022	0,9	1.090	0,2	-	-
2018	399.657	66,0	198.804	32,9	5.522	0,9	1.201	0,2	-	-
2019	438.719	66,7	212.444	32,3	5.291	0,8	1.390	0,2	-	-
2020	397.816	66,3	195.085	32,5	5.864	1,0	1.167	0,2	-	-
2021	429.255	67,5	184.682	29,0	19.012	3,0	3.245	0,5	-	-
Variação (entre 2005-2021) - em %	367,4	-	195,1	-	1717,6	-	1063,1	-	-	-

Continua

Ano	Total presos com informações sobre cor/raça	Total de pessoas encarceradas	Razão entre total presos com cor/raça informado e total de pessoas encarceradas (em %)
2005	157.140	361.402	43,5
2006	239.026	401.236	59,6
2007	344.104	422.373	81,5
2008	382.527	451.429	84,7
2009	407.153	473.626	86,0
2010	422.771	496.251	85,2
2011	454.156	514.582	88,3
2012	485.619	548.003	88,6
2013	498.897	581.507	85,8
2014	506.906	622.202	81,5
2015	456.328	698.618	65,3
2016	535.744	722.120	74,2
2017	575.332	722.716	79,6
2018	605.184	744.216	81,3
2019	657.844	755.274	87,1
2020	599.932	759.518	79,0
2021	636.194	820.689	77,5
Variação (entre 2005-2021) - em %	-	-	-

Fonte: Ministério da Justiça e Segurança Pública/Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – SISDEPEN; Relatórios Estatísticos - Análises do Sistema Prisional Brasileiro. Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

(1) Foram consideradas pessoas encarceradas no Sistema Penitenciário Federal.

(2) Considera os valores informados para presos de cor preta e parda, de acordo com a classificação do IBGE.

O Brasil conta com uma das maiores populações prisionais do mundo, é necessário compreender quem são aqueles que estão sob custódia do Estado. Nos últimos anos, o

perfil da população encarcerada não tem se modificado. O que se vê, na realidade, é a intensificação do encarceramento de negros e jovens: 46,4% dos presos têm entre 18 e 29 anos e 67,5% são de cor/raça negra. Ao longo dos últimos anos, o percentual da população negra encarcerada tem aumentado, percentuando mais da metade dos que se encontram nesta condição. Se em 2011, 60,3% da população encarcerada era negra e 36,6% branca, em 2021, a proporção foi de 67,5% de presos negros para 29,0% de brancos.

A exemplo disso, a juíza Inês Marchalek Zarpelon, ao proferir a sentença, da 1ª Vara Criminal da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba no ano de 2020, utiliza o termo raça para justificar sua decisão em relação ao réu, Natan Viera da Paz, que é negro. Em um dos trechos da sentença ela afirma:

Sobre sua conduta social nada se sabe. Seguramente integrante do grupo criminoso, em razão da sua raça, agia de forma extremamente discreta os delitos e o seu comportamento, juntamente com os demais, causavam o desassossego e a desesperança da população, pelo que deve ser valorada negativamente.

A ação foi denunciada três vezes pelo Conselho Nacional de Justiça. Após a suspensão de dois processos, a Corregedoria Nacional de Justiça moveu o terceiro no mês de agosto de 2020. Em setembro do mesmo ano, a última decisão, feita pela Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Paraná, foi a de arquivar o processo aberto contra a juíza Zarpelon por unanimidade pelo relator Jose Augusto Gomes Aniceto, segundo o veredito, na sentença não havia nenhum indício de que o acusado havia sido condenado ou aumentado a pena em razão da cor de sua pele.

Outro caso ocorreu na cidade de Campinas, interior de São Paulo em que a juíza da 5ª Vara Criminal, Lissandra Reis Ceccon, condenou em julho de 2016, um réu a 30 anos de prisão pelo crime de latrocínio, destacando na sentença que o crime foi cometido por homem que não corresponde a perfil de criminoso. Sobre o réu condenado por latrocínio e tentativa de latrocínio, escreve: "O réu não possui o estereótipo padrão de bandido, possui pele, olhos e cabelos claros, não estando sujeito a ser facilmente confundido" (CARVALHO, 2020).

Neste caso o ministro do CNJ da época, Humberto Martins, afirmou que a frase dita pela juíza não configura violação aos deveres especificados na Lei Orgânica da Magistratura Nacional ou no Código de Ética da Magistratura, além de não haver a intenção de ofender ou de evidenciar qualquer atitude preconceituosa que seriam tidos como quebra de desvio ético ou conduta. Por fim, em agosto de 2019, o ministro determinou o arquivamento do caso.

Possivelmente há uma “naturalização” do racismo no sistema jurídico do país, que impede que as denúncias sejam levadas adiante. “Nós temos um judiciário extremamente racista, mas que não se enxerga como racista. Isso é muito grave. Contamos com um sistema judiciário racista e discriminatório, que vai desde a polícia, advogados, passando pelo Ministério Público, até os juízes. Essa estrutura pratica o racismo em bases cotidianas sem entender que estão fazendo isso. É uma banalização da violência racial e o judiciário não é diferente”, aponta Carvalho.

4.DA GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA

São inúmeros os casos de preconceito e discriminação que compõe o Judiciário Brasileiro. Um caso que repercutiu nos canais de notícias e redes sociais, foi o caso Mariana Ferrer, uma digital influencer, que também era promotor de uma casa noturna. Em uma das festas a qual produziu em dezembro de 2018, Mariana caiu no golpe do “Boa noite Cinderela” onde foi levada a uma sala da boate e violentada sexualmente, esta bebida batizada consiste em uma substância alucinógena, também comumente chamada de “droga de estupro”, seu atributo faz com que seja dificultosa sua identificação em exame toxicológico ou quase impossível, sua função é deixar a vítima desacordada, vulnerável para realizar o desejo sádico do algoz.

O caso tomou uma dimensão nacional, pois o até então principal suspeito André de Camargo Aranha, autor da ação delituosa ser um homem influente e de grande poder aquisitivo. Durante o julgamento, a vítima foi hostilizada, constrangida, desrespeitada e inquirida, onde por várias vezes não pode conter suas emoções e aos prantos pedia encarecidamente para que fosse levada a sério.

Mariana apenas exigiu que se cumprisse a lei, figurou no processo como vítima e não como acusada, mas foi imputada como tal pela defesa. Mesmo diante de provas, tais como material biológico e imagens de circuito interno de gravação da casa noturna não foram suficientes, inobstante tenha ocorrido a absolvição do imputado e restada afastada a narrativa da sedizente vítima. Será que de fato ele é inocente? Ou sua influência e dinheiro foram primordiais para garantir sua liberdade?

O caso tomou uma proporção descomunal, forçando que o Legislador gerasse uma norma. A Lei nº 14.245/21 ganhou o epíteto de Lei Mariana Ferrer. Onde a primazia em audiências de instrução e julgamento, em especial, nas que apure crimes sexuais é zelar pela integridade física e psicológica da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz garantir o cumprimento do disposto em artigo de lei.

Falar em justiça, que se venham acompanhadas as características que compõem a sua gênese, a saber, a equidade, a legitimidade e, sobretudo, a moralidade e todos os demais valores éticos. Como bem defende o professor e jurista Kazuo Watanabe, o acesso à justiça não se esgota no acesso ao Judiciário e nem no próprio universo do direito estatal, tampouco nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata, pois, de conceder o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, mas, em verdade, viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.

5. CONCLUSÃO

Com o desenvolvimento da espécie humana, formou-se grupos sociais que vão além das relações de parentesco comuns entre os animais: são grupos unidos por raça, religião, etnia, orientação sexual, partido político, por exemplo, que podem ter a tendência a hostilizar os que não fazem parte do mesmo.

O preconceito é um fenômeno social e não biológico. Raças não existem, mas a mentalidade relativa às raças foi replicada socialmente e esta muito enraizada no país. Devido um passado escravocrata que deixou uma mancha que jamais se esquecerá.

Diante do exposto, fica evidente a impunidade dos “poderosos”. Entre o ano 2010 e agosto de 2020, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) recebeu nove denúncias de posturas racistas de juízes em suas decisões. Desse total, seis foram arquivadas, duas suspensas e uma está em tramitação.

Percebe-se que a Máquina Judiciária é falha e tropeça na busca da pseudo sensação de justiça e reestabilização do equilíbrio social.

É fundamental que toda forma de hostilidade devido a discriminação em geral seja denunciada, pois, a justiça não se combate com violência e sim, com a verdade. Usando-se das ferramentas disponíveis, tais como portais de reclamações e ouvidorias do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Tribunal de Justiça (TJ), Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Ministério Público (MP), entre outras.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

Epígrafe, José Saramago (1993). Disponível em https://cdn.cebraspe.org.br/concursos/IRBR_17_DIPLOMACIA/arquivos/336_IRBR_001_01.PDF. Acesso em 24 de outubro de 2022.

A Produção discursiva do racismo: Da Escravidão À Criminologia positiva. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/5638/563866236005/html/>. Acesso em 24 de outubro de 2022.

Anuário Brasileiro de Segurança Pública Atualizado em 02 de agosto de 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/>. Acesso em 24 de outubro de 2022.

Em dez anos, nenhum juiz foi punido por racismo em processos abertos no CNJ. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/09/25/em-dez-anos-nenhum-juiz-foi-punido-por-racismo-em-processos-abertos-no-cnj>. Acesso em 27 de outubro de 2022.

____. LEI FEDERAL Nº 14.245, de 22.11.2021 - Para coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas e para estabelecer causa de aumento de pena no crime de coação no curso do processo (Lei Mariana Ferrer). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14245.htm Acesso em 28 de outubro de 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 de novembro de 2021.

____. LEI FEDERAL No 7.716, de 05.01.1989 – Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm> . Acesso em: 28 de novembro de 2021.

NERY JÚNIOR, Nélon. Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

UM NOVELO DE LÃ ENVOLVENDO A TRIBUTAÇÃO DE ICMS.

PAULA NAVES BRIGAGÃO²⁵⁸: Ex Tabeliã pelo TJMG. Especialista em Compliance Contratual, pela Faculdade Pitágoras. Mestre em Direito das Relações Internacionais pela Universidad de La Empresa – Montevideo – UY. Escritora. Advogada.

VANESSA VIEIRA MARCOS

(coautora)

Resumo: O presente trabalho pontua a hipótese de incidência do ICMS e o seu questionamento acerca da ausência de incidência do fato gerador, bem como a sua cobrança em cotejo ao ISS, em casos de conflitos envolvendo operações mistas, com o papel ativo do intérprete, sensível ao consequencialismo, estampado na realidade cotidiana e atrelado a uma interpretação constitucional, fulcrada no princípio da proporcionalidade, a ensejar, desse modo, o sentido da própria exação tributária.

Palavras-chaves: tributo – fato gerador – ISS – ICMS

Abstract: The present work points out the hypothesis of ICMS incidence and its questioning about the absence of incidence of the taxable event, as well as its collection in comparison with the ISS, in cases of conflicts involving mixed operations, with the active role of the interpreter, sensitive to the consequentialism, stamped on everyday reality and linked to a constitutional interpretation, based on the principle of proportionality, thus giving rise to the meaning of tax exaction itself.

Sumário: Introdução. 1.1) Situações práticas envolvendo o empresário esquecido e o empresário não esquecido (no que toca ao crime de sonegação fiscal). 1.2) A zona computacional cinzenta entre os impostos do ICMS e do ISS. 1.3) Análise do caso prático envolvendo a tributação de programas de computador. 1.4) O ICMS e a questão das sacolas plásticas nos supermercados. 1.5) A questão da tributação de ICMS relativa ao leite em pó em tempos pandêmicos. Conclusão. Bibliografia.

Introdução

²⁵⁸ Contato: paulabrigagao@gmail.com

Não é de hoje que as pessoas vão a um boteco, pedem um salgado e uma bebida e se questionam: O ato de dirigir-se a um estabelecimento comercial, consumir um pastel e valer-se dos serviços prestados no local configura para o empresário a hipótese de incidência do ISS (Imposto sobre serviços) ou do ICMS (Imposto sobre circulação de Mercadorias e Serviços)? Se o alimento (produto, no caso: pastel) é servido pelo garçom (prestador de serviço), isso, por si só, muda a essência do tributo?

A resposta negativa se impõe. A ordem dos fatores, aqui, não altera o produto.

Sem maiores divagações, o fornecimento de refeição é tributado pelo ICMS. Conforme nos ensina o disposto no próprio inciso I do artigo 2º da Lei Complementar nº 87/1996, o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares é uma prestação de serviço que está compreendida no campo de incidência do ICMS.

A questão é tormentosa e fantasmagórica e vem assustando a muitos operadores do direito, afinal mistura a circulação do produto com a prestação de serviços.

De igual modo, o empresário (Dono da Pastelaria), esquecido, que deixa, por meses, a fio, de recolher o ICMS, o famoso inadimplente “pipa avoada” pratica o crime de sonegação fiscal ou a falta de memória, no recolhimento do ICMS, o torna um indiferente penal?

A memória aqui não é elemento do tipo, mas funciona como se fosse, pois a configuração do tipo legal do crime de sonegação fiscal exige o dolo específico, isso é, a vontade deliberada de lesar os cofres públicos e embolsar o vil metal. Lapso de memória, por si só, afasta a vontade deliberada de sonegar o tributo. Tenho dito!

1.1) Situações práticas envolvendo o empresário esquecido e o empresário não esquecido (no que toca ao crime de sonegação fiscal).

Não vamos muito longe. Ainda pensando no pastel...

Adriano Bezerrinha era empresário no ramo de alimentos. Montou uma pastelaria no ponto de comércio que construiu na frente de sua casa. O seu pastel é bastante conhecido no bairro em que reside, com a sua família.

Além do bom recheio, o preço do alimento também é atrativo. Mas Bezerrinha não fica no “ora, veja!”, isto é, apesar do preço não ser dos maiores, ele lucra bastante, pois o movimento é intenso. Já embute no preço do pastel o imposto devido à Fazenda Estadual, qual seja: o ICMS, nos termos da LC 87/96.

Contudo, declara ao Fisco que “recolhe” a quantia com a venda dos pastéis, mas, apesar de já ter aderido a três parcelamentos, não honrou quaisquer deles. Em outras palavras: não repassa o ICMS ao Fisco. Ele acredita que o Fisco já está muito rico, enquanto ele, mero “comerciante” de pastéis, ainda está buscando enriquecer-se com a venda do alimento.

Instado a pronunciar-se sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal na lavra do informativo de número 964 apreciou a questão.

Entendeu a Corte Suprema que o simples fato de o sujeito passivo (contribuinte) declarar, mas não recolher o tributo, pode implicar em violação ao bem jurídico (ordem tributária) e, por conseguinte, ser apto a configurar crime contra a ordem tributária.

No caso concreto enfatizou-se o aspecto da contumácia: sujeito que dia sim, dia não, declara: Devo, não nego, pago quando puder; mas, efetivamente, nunca paga. O famoso: “garganta”!

Observe o leitor o tipo legal da lei 8.137/90: “Art. 2º Constitui crime : II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos”.

A pena, por girar em torno de seis meses a dois anos, qualifica o crime como sendo um crime de menor potencial ofensivo. Veja bem: se estamos lidando com um crime de menor potencial ofensivo, por via direta, não haverá aumento da carcerização.

Punir o crime não implica em aumentar o contingente da população carcerária, até mesmo por conta das medidas despenalizadoras configuradoras do Direito Penal de Segunda Velocidade.

O sujeito será objeto de transação penal, suspensão condicional do processo ou, quando muito, destinatário do cumprimento de uma pena restritiva de direitos.

Atente o leitor para o detalhe de que o tributo já foi descontado ou cobrado. No ICMS, por exemplo, o consumidor paga o produto com o valor do tributo embutido no preço. Se o sujeito se apropria do dinheiro, já pago pelo consumidor (contribuinte de fato), e não repassa para o Fisco, está, por via oblíqua, se apropriando do que não é seu e, por conseguinte, enriquecendo-se à custa do erário.

Se o erário utiliza a receita tributária, ou seja, se vale do dinheiro arrecadado para implementar a efetivação de direitos fundamentais, o sujeito passivo, aqui, está, por via de consequência, subtraindo do próprio povo o direito à saúde, à educação, à cultura, ao lazer etc. É princípio geral do Direito: Ninguém pode beneficiar-se de sua própria torpeza. O comerciante é reputado mero depositário/guardador do dinheiro do Fisco.

Temos, aqui, no cenário, por nós, narrado uma retenção ilícita, que se consubstancia na apropriação indevida por parte do contribuinte/sujeito passivo da obrigação tributária.

Assim, o mero inadimplemento, por si só, não configura crime.

Ademais, é necessário que o Ministério Público comprove o dolo específico de apropriação do comerciante (sujeito ativo da obrigação tributária) e que esse seja um dolo qualificado pelo fim apropriatório, ou seja, que a conduta do agente, por ela mesma, denote um grau de reprovabilidade, já que o tipo penal, ora analisado, não admite a modalidade culposa.

Para sermos fiéis ao que preconiza a Suprema Corte, reproduzimos, aqui, o trecho de seu julgado:

“O contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço, incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90. O valor do ICMS cobrado do consumidor não integra o patrimônio do comerciante, o qual é mero depositário desse ingresso de caixa que, depois de devidamente compensado, deve ser recolhido aos cofres públicos. Vale ressaltar, contudo, que, para caracterizar o delito, é preciso comprovar a existência de intenção de praticar o ilícito (dolo)”. STF. Plenário. RHC 163334/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 18/12/2019 (Informativo 964).CAVALCANTE, Márcio André. Informativos do STF e STJ. Versão Resumida. Dizer o Direito, 2020. Disponível em <www.dizerodireito.com.br>. Acesso em 22/06/2020.

Sem desconsiderar o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do RHC 163.334, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) deixou claro que a falta de recolhimento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) em operações próprias, quando não é contumaz, não configura comportamento criminoso ante a ausência de dolo específico.

Dessa forma, o colegiado, ao analisar o caso concreto posto em questão, absolveu um contribuinte que, por deixar de recolher o imposto em um único mês, o “esquecido” do mês, havia sido condenado por crime contra a ordem tributária (artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/1990).

Confira o leitor: AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.867.109 - SC (2020/0063833-1)

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. TESE DE AFRONTA AOS ARTS. 332 E 1.022 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INOVAÇÃO NO

AGRAVO INTERNO. DESCABIMENTO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE DE ANÁLISE NA VIA DO RECURSO ESPECIAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. SUPERVENIÊNCIA. QUESTÃO PREJUDICADA. DOLO ESPECÍFICO. DESNECESSIDADE. TESES DE INEXISTÊNCIA DE DOLO E INEXIGIBILIDADE DE CONDOTA DIVERSA. INVERSÃO DO JULGADO. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ART. 2.º, INCISO II, DA LEI N. 8.137/90. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS. TIPICIDADE DA CONDOTA. NECESSÁRIO COMPROVAR TAMBÉM A CONTUMÁCIA. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PLASMADO NO RHC N. 16334/SC. CONDOTA QUE SE RESTRINGIU AO NÃO RECOLHIMENTO DO ICMS RELATIVO A UM MÊS (NOVEMBRO/2016). ATIPICIDADE RECONHECIDA. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A tese de afronta aos arts. 332 e 1.022 do Código de Processo Civil, não foi suscitada no recurso especial, constituindo inovação recursal, descabida no âmbito do recurso interno, pela preclusão consumativa. 2. Quanto à apontada contrariedade ao art. 5.º, incisos II, XXXIX, XLVI, LIV e LV, da Constituição da República, não incumbe ao Superior Tribunal de Justiça, nem mesmo para fins de prequestionamento, examinar supostas ofensas a dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência atribuída pelo texto constitucional ao Supremo Tribunal Federal. 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que a superveniência da sentença torna superada a tese de inépcia da denúncia. 4. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para o delito previsto no inciso II do art. 2.º da Lei n. 8.137/80, não há exigência de dolo específico, mas apenas genérico para a configuração da conduta delitiva. 5. Para se alcançar conclusão distinta daquela esposada pela Corte a quo, no tocante à alegada inexistência de dolo na conduta, seria imprescindível o revolvimento dos fatos e provas acostados ao caderno processual, desiderato esse inviável na via estreita do apelo nobre, a teor da Súmula n. 07/STJ. 6. A modificação do julgado, de modo a fazer incidir na hipótese a citada excludente de ilicitude, implicaria reexame do conjunto fático-probatório acostado aos autos, o que encontra óbice na Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça. 7. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC n. 399.109/SC, pacificou o entendimento de que o não recolhimento do ICMS em operações próprias é fato típico. 8. Todavia, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RHC n. 163.334/SC, cujo acórdão ainda está pendente de publicação, fixou a seguinte tese

jurídica: "O contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990". 9. Na hipótese dos autos, portanto, inafastável a conclusão de que, conquanto o fato deletério atribuído ao ora Agravante, a princípio se subsuma à figura penal antes mencionada, a ausência de contumácia – o débito com o fisco se refere a tão somente 1 (um) mês –, conduz ao reconhecimento da atipicidade da conduta e, por conseguinte, à absolvição do Réu com esteio no inciso III do art. 386 do Código de Processo Penal. 10. Agravo regimental parcialmente provido para absolver o Réu.

Logo, o mero inadimplente não é reputado sujeito passivo no crime de sonegação fiscal, por total ausência de dolo e aqui, por inexistir dolo, pouco importa a classificação de dolo genérico ou específico, pois a sua ausência, por si só, denota a atipicidade da conduta.

Bom, depois de tantos casos da vida como ela é envolvendo pastéis, nada mais justo que saborearmos um!

1.2A zona computacional cinzenta entre os impostos do ICMS e do ISS

As relações humanas estão, a cada dia, mais envolvidas e desenvolvidas pelos avanços tecnológicos, a ponto de se afirmar existir uma interdependência econômica, científica e afetiva entre o mundo real e o virtual. Da internet discada aos celulares smartphones, revestidos de facilidade no acesso a internet, até nos deparamos, na atualidade, com o metaverso, em que em um conceito do universo online 3 D permite que os usuários, através de uma máscara virtual, trabalhem comprem e até mesmo, joguem no mundo virtual, o que desaguou em verdadeiro cotidiano digital, refletido, de igual modo, em negócios jurídicos nacionais e internacionais que se espalharam pelo planeta.

A consequência das referidas inovações impactam sobretudo no Direito, pois o mundo real afetado pelo mundo virtual necessita de regulamentação para que o pilar da segurança jurídica não desmorone sobre a cabeça das criaturas humanas, por ventura, perdidas no mundo 3 D.

Há que se destacar que compras, vendas e trocas constituem instrumentos aptos a ensejar tributos sobre transações dos mais diversos tipos.

Mediante tais fatos, o Direito deve se remodelar e se reinventar no campo interpretativo, especialmente no que toca ao campo das relações tributárias.

A noção do conceito de serviço tem ganhado corpo e forma nos últimos tempos, com ares de modernidade, influenciando, de sobremaneira as relações afetas aos contratos de franquia, aos planos de saúde e ao próprio conceito de software. São as ditas mudanças tecnológicas refletidas nas relações travadas entre os particulares.

O olhar do intérprete deve ser realista buscando dar efetividade e concretude aos casos concretos apresentados, em uma visão consequentialista, aliada ao pragmatismo jurídico. São verso e reverso de uma mesma moeda.

A ideia de serviço, como pura obrigação de fazer, de raízes civilistas sofreu bruscas modificações, não se coadunando com o contexto atual, de modo que o próprio software não se enquadraria em uma obrigação de fazer, propriamente dita, de maneira que o apego rígido de tais dogmas extraídos das fontes do Direito Civil levaria até mesmo a interpretação de ausência de fato gerador e, por consequente, a não tributação de tais tecnologias, o que não se revela razoável ante a grande quantidade de riqueza que circula no comércio e demais relações travadas virtualmente.

O consequentialismo é chamado a resolver tais impasses, com vistas a concretizar os objetivos constitucionais.

Assentadas tais premissas passemos a análise acerca da tributação atinente ao software.

1.3 Análise do caso prático envolvendo a tributação de programas de computador

Na vida como ela é as situações se apresentam e, por elas mesmas, convidam o intérprete e operador do Direito a refletirem acerca de algo muito simples e do cotidiano. Falo do software acompanhado de suas consequências jurídicas e tributárias.

Vejamos....

João Marcos, empresário no ramo de produtos alimentícios, com o intuito de reduzir custos, aumentar sua produtividade e manter segurança de dados, optou por adquirir um "software" desenvolvido exatamente consoante as necessidades e peculiaridades da atividade desempenhada. O Empresário, após várias pesquisas no mercado, contratou a Tecnologia da Informação Ltda., empresa especializada no que há de mais moderno em tecnologia, adquirindo, desta forma, a licença do referido "software".

Pergunta-se: a empresa Tecnologia da Informação Ltda. irá pagar o ICMS, ISS ou ambos? Seria uma prestação de serviços ou venda de mercadoria?

Resposta: a empresa contratada terá que pagar somente ISS. Licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação é serviço expressamente previsto na LC 116/2003 (subitem 1.05 da lista anexa), portanto, incidirá apenas o ISS.

Com efeito, a decisão não agradou muito aos Estados, eis que há vários já estavam cobrando ICMS a respeito do tema.

Em um caso semelhante, submetido à apreciação do STF, restou decidido que “software” não pode ser tratado como simples mercadoria, ao passo que demanda esforço humano, portanto, classifica-se como serviço.

A dúvida que pode surgir é a seguinte: e se João Marcos, ao invés de ter adquirido a licença de “software” específico para sua atividade (encomendado), tivesse comprado um “software” padronizado?

Mesmo nesse caso, haveria incidência somente do ISS. Ainda que padronizado/prateleira, não pode ser considerado mercadoria, posto que demanda esforço humano.

Insta acrescentar que o STF modulou os efeitos da decisão atribuindo eficácia “*ex nunc*”, a contar de 03/03/2021.

Outra indagação que surge é a seguinte: e as empresas que recolheram ICMS? Pior: e as empresas que sofreram bitributação (recolheram o imposto municipal e também o estadual)? Tais empresas ficarão no prejuízo?

A resposta negativa se impõe. Para as empresas que recolheram ISS e ICMS, ou seja, foram “agraciadas” com a bitributação, estas terão direito à restituição do ICMS, respeitado o prazo prescricional, independentemente da propositura de ação até a data de 02/03/2021.

Já para as empresas que, eventualmente, não recolheram nenhum imposto, será devido o pagamento do imposto municipal (ISS), respeitados os prazos decadencial e prescricional.

Observe o trecho do julgado: STF. Plenário. ADI 5576/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 2/8/2021 (Informativo 1024). Ementa: Direito constitucional e tributário. Ação direta de inconstitucionalidade. Incidência de ISS ou ICMS sobre o licenciamento ou cessão do direito de uso de programa de computador. 1. Ação direta em que se discute a validade da incidência do ICMS sobre o licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador. 2. A Primeira Turma deste Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 176.626, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence (j. em 10.11.1998), declarou a

impossibilidade de incidência do ICMS sobre o licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador. Isso porque essa operação tem como objeto o direito de uso de bem incorpóreo insuscetível de ser incluído no conceito de mercadoria. Na mesma ocasião, porém, a Turma reconheceu a constitucionalidade da incidência do ICMS sobre a circulação de cópias ou exemplares de programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo, os chamados softwares “de prateleira” (offtheshelf). 3. Posteriormente, analisando de forma específica a legislação do Estado de São Paulo, a Primeira Turma reafirmou essa tese e concluiu que a comercialização e revenda de exemplares do corpus mechanicum da obra intelectual produzida em massa não caracterizam o licenciamento ou cessão do direito de uso da obra. Trata-se de genuínas operações de circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS (RE 199.464, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 02.03.1999). Este entendimento também foi seguido pela Segunda Turma no RE 285.870-AgR, Rel. Min. Eros Grau, j. em 17.06.2008. 4. A jurisprudência desta Corte, no entanto, recentemente foi modificada, afastando a distinção em função do caráter customizado ou não do programa de computador. 5. O Plenário deste Supremo Tribunal Federal, ao apreciar as ADIs 1.945 e 5.659 (j. em 24.02.2021), entendeu que as operações relativas ao licenciamento ou cessão do direito de uso de software, seja ele padronizado ou elaborado por encomenda, devem sofrer a incidência do ISS, e não do ICMS. Tais operações são mistas ou complexas, já que envolvem um dar e um fazer humano na concepção, desenvolvimento e manutenção dos programas, além “[d]o help desk, disponibilização de manuais, atualizações tecnológicas e outras funcionalidades previstas no contrato”.

Nesse contexto, o legislador complementar buscou dirimir o conflito de competência tributária (art. 146, I, da CF), no subitem 1.05 da lista de serviços tributáveis pelo ISS anexa à Lei Complementar nº 116/2003, prevendo o “licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação”. Com isso, nos termos do entendimento atual desta Corte, essas operações não são passíveis de tributação pelo ICMS, independentemente do meio de disponibilização do programa. 6. Pedido conhecido em parte e, nessa parte, julgado procedente, para dar interpretação conforme a Constituição ao art. 2º da Lei Complementar nº 87/1996 e ao art. 1º da Lei do Estado de São Paulo nº 6.374/1989, de modo a impedir a incidência do ICMS sobre o licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador. 7. Modulação dos efeitos desta decisão, para atribuir eficácia ex nunc, a contar de 03.03.2021, data em que publicada a ata de julgamento das ADIs 1.945 e 5.659, ressalvadas as seguintes situações: a) as ações judiciais já ajuizadas e ainda em curso em 02.03.2021; b) as hipóteses de bitributação relativas a fatos geradores ocorridos até 02.03.2021, nas quais será devida a restituição do ICMS recolhido, respeitado o prazo prescricional, independentemente da propositura de ação judicial até aquela data; c) as hipóteses relativas a fatos geradores ocorridos até 02.03.2021 em que não houve o recolhimento do ISS ou do ICMS, nas quais será devido o pagamento do imposto municipal, respeitados os prazos decadencial e prescricional. 8. Fixação da

seguinte tese de julgamento: “É inconstitucional a incidência do ICMS sobre o licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador.”

Decisão O Tribunal, por maioria, conheceu parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade e, nessa parte, julgou o pedido procedente, para dar interpretação conforme a Constituição ao art. 2º da Lei Complementar nº 87/1996 e ao art. 1º da Lei do Estado de São Paulo nº 6.374/1989, de modo a impedir a incidência do ICMS sobre o licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador, e, de maneira análoga ao decidido nas ADIs 1.945 e 5.659, modulou os efeitos desta decisão, para atribuir eficácia ex nunc, a contar 56 de 03.03.2021, data em que publicada a ata de julgamento das aludidas ações diretas de inconstitucionalidade, consagrando a modificação do entendimento desta Corte sobre o tema, ficando ressalvadas da modulação, porém, as seguintes situações: a) as ações judiciais já ajuizadas e ainda em curso em 02.03.2021; b) as hipóteses de bitributação relativas a fatos geradores ocorridos até 02.03.2021, nas quais será devida a restituição do ICMS recolhido, respeitado o prazo prescricional, independentemente da propositura de ação judicial até aquela data; e c) as hipóteses relativas a fatos geradores ocorridos até 02.03.2021 em que não houve o recolhimento do ISS ou do ICMS, nas quais será devido o pagamento do imposto municipal, respeitados os prazos decadencial e prescricional. Por fim, foi fixada a seguinte tese de julgamento:

“É inconstitucional a incidência do ICMS sobre o licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador”. Tudo nos termos do voto do Relator, vencido parcialmente o Ministro Marco Aurélio, que divergia no tocante à modulação dos efeitos. O Ministro Gilmar Mendes acompanhou o Relator com ressalvas. Falaram: pelo *amicus curiae* Associação Brasileira das Empresas de Tecnologia da Informação e Comunicação - BRASSCOM, o Dr. Sergio Paulo Gallindo: e, pelo *amicus curiae* Empresa Brasileira de Empresas de Software - ABES, o Dr. Saul Tourinho Leal. Plenário, Sessão Virtual de 25.6.2021 a 2.8.2021. Tese É inconstitucional a incidência do ICMS sobre o licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador.

1.4 O ICMS e a questão das sacolas plásticas nos supermercados

No caso da vida como ela é, Igor Samambaia conjuntamente com Fernando Limoeiro e Patrício Coqueiro montaram um supermercado no bairro em que moravam, desde que nasceram.

O negócio ia bem, até que surgiu a pandemia do coronavírus, e, por conta disso, as demissões dos empregados, foram em massa. Para não fecharem as portas, o lema dos dias era “enxugar” despesas.

Começaram por questionar a cobrança do imposto de ICMS sobre as sacolas plásticas que forneciam aos clientes, ao argumento de que tal prática de fornecer sacolas plásticas aos clientes consistia em mera facilidade de acomodação do produto ao consumidor, não consistindo tal insumo como essencial à atividade dos supermercados.

Pergunta-se: Qual a natureza jurídica das sacolas plásticas fornecidas no supermercado? Trata-se de insumo não essencial, não sujeito, portanto, a tributação do ICMS.

A questão bateu às portas do Superior Tribunal de Justiça que, na lavra do Informativo de número 666, decidiu o seguinte:

Veja bem, apenas o insumo indispensável ao acondicionamento de produtos perecíveis é que encontra-se sujeito à tributação do ICMS, o que não se dá com as sacolas plásticas.

As sacolas plásticas constituem insumos acessórios, que não se incorporam ao produto final.

A nosso sentir, são meros facilitadores do transporte dos produtos, não consistindo em insumos essenciais à atividade dos supermercados, tanto assim o é, que muitos supermercados fornecem caixas de papelão para o transporte final dos produtos e, nem por isso alegamos o dever ao creditamento de ICMS sobre elas!

Para sermos fiéis ao que decidiu a Corte Cidadã sobre o tema, reproduzimos, ao leitor, trecho da decisão. Confira:

“Os insumos que geram direito ao creditamento são aqueles que, extrapolando a condição de mera facilidade, se incorporam ao produto final, de forma a modificar a maneira como esse se apresenta e configurar parte essencial do processo produtivo. Sacos e filmes plásticos utilizados exclusivamente para o fornecimento de produtos de natureza perecível são insumos indispensáveis à atividade desenvolvida pelos supermercados, de modo que a sua aquisição gera direito ao creditamento do ICMS. Sacolas plásticas fornecidas aos clientes para o transporte ou acondicionamento de produtos, bem como bandejas, não são insumos essenciais à atividade dos supermercados, de modo que não geram creditamento de ICMS”. STJ. 1ª Turma. REsp 1.830.894-RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves,

julgado em 03/03/2020 (Info 666). CAVALCANTE, Márcio André. Informativos do STF e STJ. Versão Resumida. Dizer o Direito, 2020. Disponível em <www.dizerodireito.com.br>. Acesso em 22/06/2020.

Mas não param de acontecer os casos da vida como ela é. Suponhamos que se edite uma lei dispondo que as sacolas plásticas do supermercado serão substituídas por sacola biodegradáveis, para o melhor respiro do meio ambiente. A qual ente da Federação compete tal desiderato?

Aos Municípios, assim decidiu recentemente, em meados de outubro, do ano de 2022, o Supremo Tribunal Federal, em tema de repercussão geral. O caso concreto envolvia o Município de Marília, no Estado de São Paulo. Isso porque o pano de fundo da questão consistiu na proteção ao meio ambiente.

Esmiuçando o caso concreto verificamos que o relator, Ministro Luiz Fux, enfatizou a preocupação mundial com a redução da utilização de plásticos. Em média, as sacolas biodegradáveis duram apenas dois anos, segundo relatos advindos dos fabricantes. Em contrapartida, as plásticas levam, pelo menos, 200 (duzentos) anos para se degradar e ainda, para piorar o cenário, acarretam sérios problemas ambientais.

Confira o leitor trecho da decisão exarada no RE 732686 RG / SP - SÃO PAULO.

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. AMBIENTAL. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA. LEI MUNICIPAL. OBRIGAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO DE SACOS E SACOLAS PLÁSTICAS POR SACOS E SACOLAS DE MATERIAL ECOLÓGICO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

Decisão

O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Ministro LUIZ FUX Relator

Tema

970 - Análise das inconstitucionalidades formal e material de lei municipal que dispõe sobre o meio ambiente.

Indexação

-INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL, LEI MUNICIPAL, VÍCIO DE INICIATIVA, PROPOSIÇÃO LEGISLATIVA, PARLAMENTAR. INICIATIVA PRIVATIVA, CHEFE DO PODER EXECUTIVO, CRIAÇÃO, DESPESA, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; REGULAÇÃO, ESTRUTURA ADMINISTRATIVA, ÓRGÃO PÚBLICO; ALTERAÇÃO, REGIME JURÍDICO, SERVIDOR PÚBLICO. LEI MUNICIPAL, OBRIGATORIEDADE, FORNECIMENTO, EMBALAGEM, MATERIAL BIODEGRADÁVEL, MATERIAL RECICLADO. LEI MUNICIPAL, RESTRIÇÃO, PARTICIPAÇÃO, PODER EXECUTIVO MUNICIPAL, FISCALIZAÇÃO, CUMPRIMENTO, APLICAÇÃO, PENALIDADE. ENTENDIMENTO, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), COMPETÊNCIA CONCORRENTE, MUNICÍPIO, LEGISLAÇÃO, MEIO AMBIENTE. INTERESSE LOCAL, SACO PLÁSTICO, POLUIÇÃO, DEGRADAÇÃO AMBIENTAL. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, LEI MUNICIPAL, OFENSA, PRINCÍPIO DA DEFESA DO CONSUMIDOR, PRINCÍPIO DA DEFESA DO MEIO AMBIENTE, DIREITO, MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO, CONTROLE, PROCESSO DE PRODUÇÃO, COMERCIALIZAÇÃO, UTILIZAÇÃO, SUBSTÂNCIA TÓXICA, OFERECIMENTO, RISCO, QUALIDADE, VIDA, MEIO AMBIENTE. PROPORCIONALIDADE, ÔNUS, EMPRESÁRIO, FORNECIMENTO, ALTERNATIVA, SACO PLÁSTICO. PONDERAÇÃO, PRINCÍPIO. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR, DIREITO FUNDAMENTAL, PRINCÍPIO, ORDEM ECONÔMICA. PODER-DEVER, TOTALIDADE, ENTE FEDERADO, PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR, MEIO AMBIENTE, INTERMÉDIO, EDIÇÃO, LEI ESPECÍFICA, CRIAÇÃO, ÓRGÃO ESTATAL. DEFESA DO CONSUMIDOR, MEIO AMBIENTE, ANIQUILAMENTO, LIVRE INICIATIVA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.

1.5 A questão da tributação de ICMS relativa ao leite em pó em tempos pandêmicos.

O Congresso Nacional aprovou uma lei ordinária concedendo isenção do imposto ICMS para o leite em pó em todo o território nacional, como mecanismo de atenuar a crise financeira lastreada por todo o país e no mundo, em consequência da pandemia do novo coronavírus, já que barateando o preço do leite, a população, por conseguinte, se alimenta melhor.

Os Estados da federação judicializaram a questão, ao argumento de falecer ao ente federativo competência para tal desiderato.

Pergunta-se: Assiste razão aos Estados? E se a União Federal tivesse se valido de tratado internacional para conceder a isenção do mesmo tributo com a Argentina, por exemplo?

A resposta afirmativa se impõe. Faltaria um requisito de admissibilidade para a instituição de isenção de ICMS pela União, qual seja: a competência para a instituição, incidindo, pois, em isenção heterônima, vedada constitucionalmente.

Competência tributária é a aptidão para criar *in abstracto* tributos, bem como modificá-los e extingui-los, com autorização constitucional para tanto. Em nome do princípio do federalismo o poder de tributar foi delimitado, poder esse, que englobou a competência legislativa, fatiando o bolo (receita) entre as pessoas políticas: União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A distribuição rígida de competências entre os entes fora elaborada para que não houvesse conflito entre eles, de forma que a mesma competência não pode ser exercida simultaneamente.

Em nome do princípio do federalismo o poder de tributar foi delimitado, poder esse, que englobou a competência legislativa, fatiando o bolo (receita) entre as pessoas políticas: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Contudo, caso tal isenção fosse veiculada pela União, através de tratado, tal mecanismo poderia ter sido implementado.

Reproduzimos, aqui, a ementa e parte do voto dos Ministros do STF quando do julgamento RE 804350 PE. Confira o leitor:

“DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. IMPORTAÇÃO DE LEITE EM PÓ DA ARGENTINA. PAÍS SIGNATÁRIO DO GATT. ISENÇÃO HETERÔNOMA. TRATADO INTERNACIONAL FIRMADO PELA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. CONSTITUCIONALIDADE. ALCANCE E LEGITIMIDADE DE ISENÇÕES À LUZ DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. SIMILARIDADE ENTRE PRODUTOS NACIONAIS E ESTRANGEIROS. APRECIÇÃO EM SEDE EXTRAORDINÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 01/12/2010. A matéria versada no art. 5º, incisos XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal não foi arguida nas razões do recurso extraordinário, sendo vedado ao recorrente inovar no agravo regimental. A jurisprudência desta Suprema Corte consolidou-se no sentido da constitucionalidade das desonerações tributárias estabelecidas, por meio de tratado, pela República Federativa do Brasil, máxime no que diz com a extensão, às mercadorias importadas de países signatários do GATT, das isenções de ICMS concedidas às similares nacionais (Súmula STF 575)”. INFORMATIVOS STF, 2020. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 25/06/2020.

O mesmo raciocínio já foi esposado pela Corte Cidadã, no caso da isenção do ICMS da importação do peixe merluza. Confira o leitor o julgado extraído do RESP528.288/SP:

“EXECUÇÃO FISCAL. Embargos. ICMS. Pescado (Merluza). Produto importado de país signatário do GATT. Isenção. Hipótese não ocorrente. Convênio interestadual 60/91. Precedentes do STJ. Embargos improcedentes. Recurso não provido”. INFORMATIVOS STJ, 2020. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 30/06/2020.

Conclusão

Os meandros de delimitação da hipótese de incidência do ICMS, muitas das vezes, leva a conflitos advindos de operações mistas, gerando, outrossim, dúvidas ao intérprete acerca da própria tributação do ICMS ou de confusão com o pagamento do tributo do ISS. São os denominados conflitos heterogêneos entre os impostos.

Mediante tais fatos, em decorrência lógica do pacto federativo, deve o intérprete atentar-se para o fato de que as ordens jurídicas convivem harmonicamente e a hipótese de incidência de um tributo deve ser lida à luz do consequencialismo, que dá concretude ao fato gerador, e, por conseguinte, justifica a exação tributária.

Logo, o fato que justifica a incidência do tributo (hipótese de incidência) a cada ente federativo faz parte de sua parte no bolo, denominada competência tributária e deve ser examinado a partir de uma interpretação evolutiva, que realoca o fato gerador, despidendo-se de dogmas puramente civilistas, sob pena de o instituto (fato gerador) restar ausente, confuso ou estranho, em cenário de grande circulação de riqueza, e, por conseguinte, em clara ofensa ao princípio da proporcionalidade.

Bibliografia

BARRETO, Paulo Ayres. Contribuições – Regime Jurídico, Destinação e Controle, São Paulo: Noeses, 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 25ª Edição. São Paulo: 2013.

ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. 6º Edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito tributário. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DAS ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR

RODRIGO DE PAULA BANDEIRA²⁵⁹.

Formado na Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO). Pós graduado em Direito, Estado e Constituição pela Universidade Cândido Mendes. Analista judiciário do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 prevê a responsabilidade civil extracontratual objetiva do Estado, fundada na teoria do risco administrativo. O principal questionamento objeto do presente artigo é saber se tal regime jurídico pode ou não ser aplicado ao terceiro setor, que é composto por entidades da sociedade civil sem finalidade lucrativa que desempenham atividades de interesse social mediante vínculo formal de parceira com o Estado. Essas entidades não prestam serviço público propriamente dito, havendo, na realidade, o exercício de atividades privadas de interesse social ou público, mediante fomento do Estado. Por isso, e nada obstante a existência de entendimento doutrinário em sentido contrário, as entidades do terceiro setor respondem subjetivamente pelos danos causados a terceiros no exercício das atividades objeto da parceria, sem prejuízo da responsabilidade subsidiária do Estado parceiro.

Palavras-Chave: Responsabilidade civil do Estado. Entidades do terceiro setor. Fundamentos, conceito e principais características. Responsabilidade civil subjetiva das entidades do terceiro setor.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Aspectos genéricos da responsabilidade civil do Estado. 3. Terceiro setor: fundamentos, conceito, entidades integrantes e principais características. 4. Responsabilidade civil das entidades integrantes do terceiro setor por danos causados a terceiros. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Cumprir examinar neste artigo a responsabilidade civil das entidades do terceiro setor por danos causados a terceiros no desempenho das atividades objeto de parceria firmada com o Estado.

²⁵⁹ Contato: rodrigobandeira7@hotmail.com

O tema se reveste de importância porque, sobretudo a partir das reformas implementadas pelo Estado brasileiro a partir da década de 90, tem sido crescente o exercício de atividades de interesse social pelas entidades do terceiro setor.

No desempenho de tais atividades, evidentemente que podem ser causados danos a particulares, cabendo examinar a natureza da responsabilidade civil daí advinda.

A doutrina é controvertida sobre o tema em apreço, justificando-se, assim, análise detalhada sobre os principais posicionamentos doutrinários, com menção, sempre que possível, a entendimentos jurisprudenciais.

Nessa análise, também é importante perscrutar se o Estado possui algum tipo de responsabilidade pelos danos causados por entidades parceiras.

O presente artigo estrutura-se da seguinte maneira: inicialmente, serão vistos os aspectos gerais da responsabilidade civil do Estado; em seguida, serão detalhadas as principais características das entidades do terceiro setor; posteriormente, haverá análise da responsabilidade civil das entidades integrantes do terceiro setor por danos causados a terceiros, tema central do presente artigo; por último, seguirão as considerações finais.

2. Aspectos gerais da responsabilidade civil do Estado

Essencialmente, há duas espécies de responsabilidade civil: contratual, oriunda do inadimplemento de uma obrigação prevista contratualmente; e extracontratual – também chamada de aquiliana –, fundada no ato ilícito e no abuso de direito.

Interessa ao presente estudo a responsabilidade civil extracontratual do Estado, que “corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos”, conforme conceito apresentado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 716).

A responsabilidade civil também pode ser classificada em subjetiva, quando se exige a demonstração de culpa (sentido amplo), e objetiva, fundada na teoria do risco, que dispensa a comprovação do elemento subjetivo.

O art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988 estabelece a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos, as quais responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

A partir de tal dispositivo constitucional, a doutrina entende que são elementos necessários à responsabilização civil do Estado: a) fato administrativo – qualquer forma de

conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao poder público; b) dano ou prejuízo; e c) nexo de causalidade entre o fato administrativo e o dano (por todos: CARVALHO FILHO, p. 590-591).

Decorre daí que, em se tratando de responsabilidade civil objetiva do Estado, dispensa-se, em regra, a análise do elemento subjetivo (dolo ou culpa do agente).

Entretanto, é preciso cuidado com a última afirmação, sob pena de se permitir a responsabilização do poder público com a mera relação de causalidade entre uma ação ou omissão estatal e a ocorrência do dano, conforme alerta Justen Marçal Filho (2018, p. 1297).

De fato, a ação ou omissão estatal deve revestir-se de antijuridicidade (ou ilicitude, segundo parcela da doutrina), reservando-se a responsabilização estatal objetiva por atos lícitos para hipóteses absolutamente excepcionais.

Entende-se que no Brasil a responsabilização civil do Estado varia de acordo com a natureza do ato, se comissivo ou omissivo.

Tratando-se de ato comissivo, a responsabilidade civil do Estado é objetiva. O fundamento é a teoria do risco administrativo, conforme ensina a doutrina (CARVALHO FILHO, 2016, p. 582):

5. FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA: A TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO

Foi com lastro em fundamentos de ordem política e jurídica que os Estados modernos passaram a adotar a teoria da responsabilidade objetiva no direito público.

Esses fundamentos vieram à tona na medida em que se tornou plenamente perceptível que o Estado tem maior poder e mais sensíveis prerrogativas do que o administrado. [...]

Diante disso, passou-se a considerar que, por ser maior poderoso, o Estado teria que arcar com um risco natural decorrente de suas numerosas atividades à maior quantidade de poderes haveria de corresponder um risco maior. **Surgente, então, a teoria do risco administrativo, como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado.**

[...]

[grifou-se]

Por outro lado, cuidando-se de ato omissivo, essa responsabilidade é, em regra, subjetiva, isto é, passa-se a exigir a demonstração de dolo ou culpa do Estado.

Nesse sentido, vale conferir o seguinte trecho extraído do voto proferido pelo Ministro Herman Benjamin no Agravo em Recurso Especial nº 1.717.869-MG, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça:

3. Regime geral de responsabilidade civil do Estado

No Brasil, a regra geral de responsabilização civil do Estado varia conforme se trate de ação ou omissão. Na conduta comissiva, o ente público responde objetivamente; na omissiva, subjetivamente. Justifica-se a responsabilidade subjetiva sob o argumento de que nem toda omissão estatal dispara, automaticamente, dever de indenizar. Do contrário seria o Estado transformado em organismo segurador universal de todos contra tudo.

Em situações excepcionais, em que há o descumprimento de um dever jurídico específico de agir, a responsabilidade civil do Estado pode ser objetiva.

É o que acontece, por exemplo, na responsabilidade civil do Estado pela morte de detento, quando há inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral (Recurso Extraordinário nº 841526/RS).

A partir dessas considerações, sobretudo do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, é possível afirmar que, embora haja alguma controvérsia doutrinária: a) a responsabilidade civil do Estado por atos comissivos é objetiva, fundada na teoria do risco administrativo; b) a responsabilidade civil do Estado por atos omissivos pode ser subjetiva, em se tratando de omissões genéricas, ou objetiva, em se tratando de descumprimento de dever específico de agir, é dizer, em caso de omissão juridicamente relevante.

A esse respeito, vale conferir a síntese de Rafael Carvalho Rezende Oliveira, que apresenta um panorama das correntes doutrinárias existentes sobre o tema e conclui no sentido adotado no parágrafo anterior (2021, p. 748-749):

24.10 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

A doutrina e a jurisprudência divergem sobre a natureza da responsabilidade civil nos casos de omissão estatal. Apesar da revogação do art. 15 do CC de 1916, que fundamentava a

responsabilidade subjetiva do Estado, pelo art. 43 do atual CC, que reafirma a responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6.º, da CRFB, a celeuma permanece. Sobre o tema existem três entendimentos:

Primeira posição: responsabilidade objetiva, pois o art. 37, § 6.º, da CRFB não faz distinção entre condutas comissivas ou omissivas. Nesse sentido: Hely Lopes Meirelles.

Segunda posição: responsabilidade subjetiva, com presunção de culpa do Poder Público (presunção juris tantum ou relativa), tendo em vista que o Estado, na omissão, não é o causador do dano, mas atua de forma ilícita (com culpa) quando descumpre o dever legal de impedir a ocorrência do dano. O art. 37, § 6.º, da CRFB, ao mencionar os danos causados a terceiros, teve o objetivo de restringir a sua aplicação às condutas comissivas, uma vez que a omissão do Estado, nesse caso, não seria "causa", mas "condição" do dano. Nesse sentido: Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Diógenes Gasparini, Lúcia Valle Figueiredo e Rui Stoco.

Terceira posição: nos casos de omissão genérica, relacionadas ao descumprimento do dever genérico de ação, a responsabilidade é subjetiva. Por outro lado, nas hipóteses de omissão específica, quando o Estado descumpre o dever jurídico específico, a responsabilidade é objetiva. Nesse sentido: Guilherme Couto de Castro e Sergio Cavalieri Filho.

Entendemos ser objetiva a responsabilidade civil do Estado em virtude de suas omissões juridicamente relevantes, pois o art. 37, § 6.º, da CRFB e o art. 43 do CC, que consagram a teoria do risco administrativo, não fazem distinção entre ação e omissão estatal. Ainda que a omissão não seja causa do resultado danoso, como afirma a segunda posição anteriormente citada, certo é que a inação do Estado contribui para a consumação do dano. É preciso distinguir a omissão natural e a omissão normativa. Enquanto a primeira relaciona-se com a ausência de movimento ou comportamento físico, sem a produção de qualquer resultado (da inércia nada surge), a omissão normativa, por sua vez, pressupõe o descumprimento de um dever jurídico, gerando, com isso, consequências jurídicas,

inclusive a responsabilidade civil. Dessa forma, a responsabilidade por omissão estatal revela o descumprimento do dever jurídico de impedir a ocorrência de danos.

Todavia, somente será possível responsabilizar o Estado nos casos de omissão específica, quando demonstradas a previsibilidade e a evitabilidade do dano, notadamente pela aplicação da teoria da causalidade direta e imediata quanto ao nexo de causalidade (art. 403 do CC). Vale dizer: a responsabilidade restará configurada nas hipóteses em que o Estado tem a possibilidade de prever e de evitar o dano, mas permanece omissor. Nas omissões genéricas, em virtude das limitações naturais das pessoas em geral, que não podem estar em todos os lugares ao mesmo tempo, e da inexistência do nexo de causalidade, não há que falar em responsabilidade estatal, sob pena de considerarmos o Estado segurador universal e adotarmos a teoria do risco integral. Assim, por exemplo, o Estado não é responsável pelos crimes ocorridos em seu território. Todavia, se o Estado é notificado sobre a ocorrência de crimes constantes em determinado local e permanece omissor, haverá responsabilidade.

[...]

[grifou-se]

Diante desse panorama, chega-se ao tema central deste artigo: qual a natureza jurídica da responsabilidade civil das entidades integrantes do terceiro setor?

Antes de responder a essa pergunta, cumpre examinar, ainda que sumariamente, os principais aspectos relacionados ao terceiro setor.

3. Terceiro setor: fundamentos, conceito, entidades integrantes e principais características

De acordo com a doutrina tradicional, o primeiro setor é composto pelo Estado (setor público), compreendendo a Administração Pública direta e indireta; o segundo setor, pelo mercado (setor privado), em que a atuação é voltada à obtenção de lucro; e o terceiro setor, pelas entidades da sociedade civil, sendo integrado por “organizações de natureza privada, sem objetivo de lucro, que, embora não integrem a Administração Pública, dedicam-se à consecução de objetivos sociais ou públicos”, conforme a lição de Ricardo Alexandre e João de Deus (2017, p. 76).

Pode-se afirmar que o terceiro setor, em suma, “refere-se às entidades da sociedade civil sem fins lucrativos, que desempenham atividades de interesse social mediante vínculo formal de parceira com o Estado” (OLIVEIRA, 2021, p. 185).

Nesse aspecto, é importante destacar que o terceiro setor não presta serviço público, nem mesmo por delegação, exercendo, na realidade, atividades privadas de interesse social. Cuida-se, a propósito, de atividade que recebe fomento do Estado.

De acordo com Rafael Carvalho Rezende Oliveira, o terceiro setor pode ser explicado a partir de três fundamentos: a) passagem da Administração Pública imperativa para a Administração Pública consensual, por meio do incremento das parcerias entre o Estado e a sociedade civil; b) princípio da subsidiariedade, conferindo-se primazia do indivíduo e da sociedade civil no desempenho de atividades sociais, admitindo-se a atuação direta do Estado apenas em casos excepcionais; e c) fomento: incentivo por parte do Estado ao exercício de atividades sociais pelos indivíduos, a exemplo da concessão de subvenções (2021, p. 185).

A doutrina elenca algumas entidades integrantes do terceiro setor, a saber: serviços sociais autônomos; organizações sociais (OS); organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP); entidades ou fundações de apoio; e organizações da sociedade civil (OSC).

Os serviços sociais autônomos “são todos aqueles instituídos por lei, com personalidade de Direito Privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições parafiscais”, conforme define Hely Lopes Meirelles (2003, p. 362).

Organizações sociais são entidades privadas que recebem a qualidade do Estado. No âmbito federal, estão reguladas pela Lei nº 9.637/1998, que prevê a celebração de contrato de gestão para cumprimento de metas de desempenho estabelecidas pelo poder público e recebimento de recursos públicos.

Note-se que as organizações sociais são uma qualificação recebida por “pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei”, nos termos do art. 1º da Lei nº 9.637/1998.

As organizações da sociedade civil de interesse público também correspondem a uma qualificação, a ser dada às “pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos

que tenham sido constituídas e se encontrem em funcionamento regular há, no mínimo, 3 (três) anos, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos por esta Lei”, a teor do art. 1º da Lei nº 9.790/1999, alterado pela Lei nº 13.019/2014.

Entidades ou fundações de apoio, por sua vez, são “pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por servidores públicos, porém em nome próprio, sob a forma de fundação, associação ou cooperativa, para a prestação, em caráter privado, de serviços sociais não exclusivos do Estado, mantendo vínculo jurídico com entidades da administração direta ou indireta, em regra por meio de convênio”, consoante a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 574).

Por fim, a Lei nº 13.019/2014, conhecida como novo Marco Regulatório das parcerias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, estabeleceu o regime jurídico das parcerias entre o poder público e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação.

Nos termos do art. 2º, inciso I, da Lei nº 13.019/2014 (alterado pela Lei nº 13.204/2015), considera-se organização da sociedade civil: a) a entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva; b) as sociedades cooperativas previstas na Lei nº 9.867/1999; as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social; as alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda; as voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural; e as capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social; e c) as organizações religiosas que se dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos.

Guardadas as peculiaridades de cada uma das entidades acima mencionadas, cujo regime jurídico específico não é objeto de análise no presente estudo, verifica-se que todas elas possuem traços semelhantes, valendo ressaltar as seguintes características: a) não são criadas pelo Estado, mas sim pela iniciativa privada, ainda que algumas delas necessitem de autorização estatal para serem instituídas, tais como os serviços sociais

autônomos; b) ausência de finalidade lucrativa; c) não integram a Administração Pública direta ou indireta; d) não desempenham serviço público delegado pelo Estado, mas sim atividade privada de interesse público ou social; e) possuem vínculo legal ou negocial com o Estado; f) recebem algum incentivo estatal, de que são exemplos a outorga de um título, a concessão de auxílios ou subvenções provenientes do orçamento público; g) estão regidas por normas de direito privado, embora derogado parcialmente pelo regime jurídico de direito público, ante o vínculo que as une ao Estado parceiro (por todos: OLIVEIRA, 2021, p. 187; DI PIETRO, 2014, p. 567).

4. Responsabilidade civil das entidades integrantes do terceiro setor por danos causados a terceiros

Depois de analisados os aspectos gerais sobre a responsabilidade civil do Estado e sobre as entidades do terceiro setor, passa-se a examinar a responsabilidade civil de tais entidades por danos causados a terceiros em razão das atividades objeto da parceria.

A doutrina é dividida a esse respeito.

A primeira corrente defende a tese de que a responsabilidade é objetiva, com fulcro no art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Nesse sentido, Cristiana Fortini, em relevante trabalho sobre o tema, argumenta que as entidades do terceiro setor possuem vínculo jurídico com o poder público com a finalidade de substituí-lo na execução de atividades sociais que podem ser qualificadas como serviços públicos. Vale conferir suas palavras:

As organizações sociais ocupam lugar peculiar que não permite defender o total repúdio ao influxo de normas publicistas.

A própria Lei nº 9.637/98, como já exposto, acaba por evidenciar tal ingerência ao mencionar a imperiosidade dos princípios que permeiam o exercício da atividade administrativa, ao exigir a criação de regulamento a direcionar as contratações, ao criar a faculdade de cessão de servidores, entre outros.

Assim, não bastassem as considerações a respeito da natureza da atividade que ali se pratica (com destaque para a saúde e a educação), a regência publicista estaria a exigir que a responsabilidade de tal entidade fosse guiada pelo disposto no art. 37 § 6º da Constituição da República.

[...]

Não nos parece possível escapar desta conclusão: aplica-se o disposto no art. 37 § 6º da Constituição da República. Vale dizer: caso os agentes das organizações sociais, nessa qualidade, venham a causar danos a terceiros, caberá às entidades responder de forma objetiva.

Certamente que a criação do instituto “organização social” pretendia mitigar a influência do regime publicista.

Todavia, o desapego ao regime publicista que nutre o surgimento do instituto não autoriza defender a total ruptura com tal regência.

Com teor semelhante, Maria Sylvia Zanella Di Pietro defende que a responsabilidade civil da entidade é objetiva, na medida em que prestam serviço público, a qualquer título, delegado pelo Estado, sujeitando-se à regra do referido dispositivo constitucional (2014, p. 569).

Outro entendimento, perfilhado por José dos Santos Carvalho Filho, é no sentido de que a referida responsabilidade é objetiva, quanto aos serviços sociais autônomos, ou subjetiva, no tocante às organizações sociais e às organizações da sociedade civil de interesse público (OLIVEIRA, 2021, p. 204).

De acordo com a segunda corrente, os serviços sociais autônomos desempenham atividades de eminente caráter social, qualificadas como serviços públicos, havendo vínculo formal com o Estado mediante lei autorizada. Por outro lado, as demais entidades exercem parceria desinteressada.

Por fim, uma terceira corrente apregoa que a responsabilidade das aludidas entidades é subjetiva, ante a ausência de prestação de serviço público, a tornar inaplicável o art. 37, § 6º, da Constituição Federal. É a posição de Rafael Oliveira e de Marcos Juruena Villela Souto (OLIVEIRA, 2021, p. 204).

Nada obstante a relevância dos argumentos apresentados pelas duas primeiras correntes, assiste razão ao terceiro entendimento.

Com efeito, viu-se na parte inicial deste trabalho que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que prevê a responsabilidade civil objetiva do Estado, aplica-se às hipóteses de prestação de serviço público, seja diretamente pelo Estado, seja por intermédio de terceiros, mas em nome daquele.

Vislumbrou-se também que as entidades do terceiro setor não prestam serviço público (ao menos como regra), desempenhando, na realidade, atividade privada de interesse social ou público.

Ainda que haja interesse público na celebração da parceria com a entidade privada (do contrário, esse vínculo não poderia ser formalizado), não há propriamente delegação de serviço público.

As atividades desempenhadas pelas entidades do terceiro setor são prestadas em nome próprio, independentemente de qualquer delegação do poder público. Há, em outras palavras, fomento público.

De fato, conforme visto anteriormente, um dos aspectos relacionados ao surgimento do terceiro setor é o fomento, isto é, o incentivo por parte do Estado ao exercício de atividades sociais pelos indivíduos.

Por isso, as entidades integrantes do terceiro setor possuem responsabilidade civil subjetiva por atos praticados contra terceiros, devendo ser analisada à vista da legislação civil.

Excepcionalmente, tais entidades terão responsabilidade objetiva, nos casos previstos no art. 927, parágrafo único, do Código Civil: haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Contudo, note-se que em tal hipótese o fundamento da responsabilidade civil objetiva é o art. 927, parágrafo único, do Código Civil, aplicável a todos os particulares, independentemente de qualquer vínculo formal como poder público, mas não o art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Nessa senda, convém transcrever a síntese trazida por Rafael Carvalho Rezende Oliveira:

Entendemos que a responsabilidade das entidades do Terceiro Setor é subjetiva, conforme tese sustentada em obra sobre o tema. As atividades prestadas por tais entidades são privadas e de relevância social, prestadas em nome próprio, independentemente de delegação do Poder Público, razão pela qual não podem ser qualificadas como serviços públicos para fins de aplicação do art. 37, § 6.º, da CRFB. Os vínculos jurídicos formalizados com entidades do Terceiro Setor não têm por objetivo a delegação de serviços, mas o fomento público por meio de parcerias com determinadas pessoas privadas para a consecução de finalidades sociais. Portanto, a responsabilidade dessas pessoas deve ser analisada à luz da

legislação civil e, portanto, considerada, em regra, de índole subjetiva, admitindo-se a responsabilidade objetiva nos casos expressamente previstos em lei ou quando a atividade, por sua própria natureza, implicar risco para as pessoas (art. 927, parágrafo único, do CC). (2021, p. 204).

Discute-se na doutrina, ainda, se há responsabilidade subsidiária do Estado por danos causados pelas entidades do terceiro setor no desempenho das atividades objeto de parceria.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira advoga, com razão, a tese de que o Estado possui responsabilidade subsidiária, tendo em vista dois fundamentos: a) inexistência de solidariedade – que não se presume, a teor do art. 265 do Código Civil; e b) o vínculo jurídico tem natureza jurídica de convênio, a tornar aplicável o art. 70 da Lei 8.666/1993 e o art. 120 da nova Lei de Licitações, que fixa a responsabilidade primária do contratado/conveniado por danos causados a terceiros, na forma do art. 116 da referida Lei (2021, p. 204).

Realmente, o art. 120 da Lei nº 14.133/2021 dispõe que “o contratado será responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros em razão da execução do contrato, e não excluirá nem reduzirá essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo contratante.”

Todavia, convém pontuar que a mera qualificação jurídica dada às organizações sociais e às organizações da sociedade civil de interesse público não é suficiente para atrair a responsabilidade do poder público, que somente existirá se houver parceria formal, a exemplo da celebração de contrato de gestão ou de termo de parceria (OLIVEIRA, 2021, p. 204).

Também cabe ressaltar, especificamente quanto às organizações da sociedade civil, que não há responsabilidade subsidiária ou solidária da Administração Pública.

Isso porque, nos termos do art. 42, inciso XX, da Lei nº 13.019/2014, com a redação dada pela Lei nº 13.204/2015, as parcerias serão formalizadas mediante a celebração de termo de colaboração, de termo de fomento ou de acordo de cooperação, conforme o caso, que terá como cláusulas essenciais, dentre outras, “a responsabilidade exclusiva da organização da sociedade civil pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais relacionados à execução do objeto previsto no termo de colaboração ou de fomento, não implicando responsabilidade solidária ou subsidiária da administração pública a inadimplência da organização da sociedade civil em relação ao referido pagamento, os ônus incidentes sobre o objeto da parceria ou os danos decorrentes de restrição à sua execução.”

Trata-se, porém, de dispositivo inconstitucional, ao retirar do Estado qualquer responsabilidade pelos danos cometidos por entidades que celebram parcerias com o poder público, mesmo nos casos de falha de fiscalização ou controle. Há evidente desrespeito aos direitos fundamentais, não podendo prevalecer (nesse sentido: OLIVEIRA, 2021, p. 205).

No âmbito jurisprudencial, importa destacar que o mero descumprimento das metas estipuladas no contrato de gestão ou no termo de parceria não acarreta a responsabilidade do Estado, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - LEI 9.637/98 - ORGANIZAÇÃO SOCIAL - DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE GESTÃO - DESQUALIFICAÇÃO DA ENTIDADE IMPETRANTE - ATO DA MINISTRA DE ESTADO DO MEIO AMBIENTE - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, CONTRADITÓRIO E DEVIDO PROCESSO LEGAL - ANÁLISE DA SUBSTANCIOSA DEFESA APRESENTADA PELA IMPETRANTE - LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO QUE CULMINOU COM O ATO IMPETRADO - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO A SER PROTEGIDO PELA VIA ELEITA - DENEGAÇÃO DA ORDEM - PREJUDICADO O EXAME DO AGRAVO REGIMENTAL.

1. O presente mandamus é dirigido contra ato praticado pela Excelentíssima Senhora Ministra de Estado do Meio Ambiente, que, analisando o processo administrativo n. 02000.001704/2001-14, acolheu o relatório da Comissão Processante e aprovou o parecer n. 346/CONJUR/MMA/2004, por seus jurídicos fundamentos, determinando a desqualificação da Organização Social impetrante.

2. No caso dos autos, a impetrante foi qualificada como organização social por meio de Decreto Presidencial (em 18.3.1999) e celebrou contrato de gestão com a União, representada pelo Ministério do Meio Ambiente, em 14.11.2001. Em virtude da apuração de irregularidades no cumprimento do referido contrato, a autoridade apontada como coatora determinou a instauração de processo administrativo que, após os trâmites legais - inclusive a análise da defesa apresentada pela

ora impetrante - culminou com o ato impetrado, determinando a desqualificação da impetrante como organização social.

3. Diversamente do que alega a impetrante, não houve cerceamento de defesa, tampouco ocorreu violação dos princípios do contraditório e do devido processo legal. Isso porque o processo administrativo foi regularmente instaurado e processado, oportunizando-se o oferecimento de defesa pela impetrante, que foi exaustivamente analisada pelo Ministério do Meio Ambiente.

4. A impetrante não fez prova das nulidades que alega, como a vedação de acesso aos autos, e sequer indica a existência de prejuízo causado pelo trâmite do processo administrativo nos moldes como ocorreu. Pelo contrário, a substancial defesa apresentada pela demandante evidencia que essa pôde impugnar todas as imputações contra si realizadas no processo em questão.

5. Assim, o exame dos autos e a análise da legislação de regência demonstram, com absoluta segurança, que não há nenhuma ilegalidade no processo que, motivadamente, desqualificou a impetrante como organização social.

6. Por outro lado, é inviável o reexame, em sede de mandado de segurança, dos critérios e percentuais de avaliação utilizados pelo Ministério do Meio Ambiente para atribuir o índice de 70,4% de cumprimento das metas do contrato de gestão celebrado com a impetrante. Além disso, cumpre registrar que o contrato em discussão, de acordo com o art. 5º e seguintes da Lei 9.637/98, objetivamente prevê as metas e os critérios da sistemática de avaliação. No caso em apreço, é inviável a revisão do mérito administrativo pelo Poder Judiciário, estando este Tribunal limitado a apreciar a legalidade do ato praticado pela autoridade impetrada.

7. A responsabilidade pelo não-cumprimento de todas as metas do contrato de gestão objeto do writ é imputável tão-somente à entidade impetrante, não havendo como atribuir ao Poder Público, que lhe transferiu recursos financeiros e lhe cedeu servidores públicos, a 'culpa' pelo cumprimento de percentual insatisfatório das metas contratualmente estipuladas. **Além disso, conforme bem**

observado pelo parecer que fundamentou o ato impetrado, a impetrante admite o descumprimento parcial do contrato e não justifica os motivos desse descumprimento, apenas discorre que o Poder Público não lhe orientou de maneira suficiente para que as metas pudessem ser atingidas.

8. Registre-se que as alegações da impetrante são contrárias aos princípios que regem a Administração Pública e as atividades do chamado "terceiro setor", pois a qualificação de entidades como organizações sociais e a celebração de contratos de gestão tiveram origem na necessidade de se desburocratizar e otimizar a prestação de serviços à coletividade, bem como viabilizar o fomento e a execução de atividades relativas às áreas especificadas na Lei 9.637/98 (ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde). Assim, apesar de, na espécie, competir ao Ministério do Meio Ambiente a fiscalização, a avaliação e o acompanhamento dos resultados do contrato de gestão, essas providências não afastam a responsabilidade do impetrante de cumprir as metas acordadas com o Poder Público.

9. Infere-se, portanto, que inexistente ilegalidade ou inconstitucionalidade no ato motivadamente praticado pela autoridade apontada como coatora, não havendo direito líquido e certo da impetrante a ser protegido pela via eleita.

10. Segurança denegada, restando prejudicado o exame do agravo regimental interposto pela impetrante.

(STJ, Primeira Seção, MS n. 10.527/DF, relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, julgado em 14.09.2005, DJ de 07.11.2005, p. 75).

[grifou-se]

Diante dessas considerações, tem-se que, em regra, as entidades integrantes do terceiro setor respondem subjetivamente pelos danos causados a terceiros no exercício das atividades objeto da parceria feita com o Estado, que responde apenas em caráter subsidiário.

Essa é a conclusão que melhor se adequa ao regime jurídico das entidades do terceiro setor e da responsabilidade civil do Estado.

5. Considerações finais

O art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988 estabelece a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos, as quais responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Em suma, esse dispositivo constitucional prevê a responsabilidade civil extracontratual objetiva do Estado, fundada na teoria do risco administrativo.

O principal questionamento objeto do presente artigo é saber se tal dispositivo pode ou não ser aplicado às entidades do terceiro setor.

Tal setor é composto por entidades da sociedade civil sem finalidade lucrativa que desempenham atividades de interesse social mediante vínculo formal de parceira com o Estado.

Essas entidades não prestam serviço público propriamente dito, exercendo, na realidade, atividades privadas de interesse social ou público, mediante fomento do Estado.

Ainda que haja interesse público na celebração da parceria com a entidade privada, não há propriamente delegação de serviço público.

A responsabilidade civil do Estado, tal como preconizada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, aplica-se apenas aos casos em que o Estado atua diretamente ou por meio de delegatários em seu nome, o que não é o caso das parcerias firmadas com as entidades do terceiro setor.

Por isso, e nada obstante a existência de entendimento doutrinário em sentido contrário, conclui-se que as entidades do terceiro setor respondem subjetivamente pelos danos causados a terceiros no exercício das atividades objeto da parceria, sem prejuízo da responsabilidade subsidiária do Estado parceiro.

6. Referências bibliográficas

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. Direito Administrativo. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17 nov. 2022.

BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 17 nov. 2022.

BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 17 nov. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/l13019.htm>. Acesso em: 17 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo no Recurso Especial nº 1.717.869/MG. Segunda Turma. Relator Ministro Herman Benjamin. Julgado em 20.10.2010. Publicado em 01.12.2020. Acesso em: 18 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 10.527/DF. Primeira Seção. Relatora Ministra Denise Arruda. Julgado em 14.09.2005. Publicado em 07.11.2005, p. 75. Acesso em: 18 nov. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 841.526/RS. Tribunal Pleno. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 30.03.2016. Acesso em: 18 nov. 2022.

CASTRO JÚNIOR, Renério de. **Manual de Direito Administrativo**. Salvador: JusPodivm, 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FORTINI, Cristiana. **Organizações Sociais: natureza jurídica da responsabilidade civil das organizações sociais em face dos danos causados a terceiros**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, n. 6, p. 6, jun.-jul.-ago. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 23 nov. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. **São Paulo: Malheiros, 2003.**

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. **23. ed. revista e atualizada até a Emenda Constitucional 53, de 19.12.2006. São Paulo: Malheiros, 2007.**

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. Manual de metodologia da pesquisa no direito. **3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.**

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. **9. ed. revista, atualizada e reformada. Rio de Janeiro: Método, 2021.**

PRÁTICAS DIALÓGICAS DELIBERATIVAS DO STF DURANTE A PANDEMIA DO COVID - 19

MARIA CRISTINA ALMEIDA PINHEIRO DE LEMOS²⁶⁰:
Graduada em Direito, Pós graduada e mestranda pela
Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo -Fadisp

RESUMO: O presente artigo científico tem como objetivo fomentar a investigação, conceituar e analisar todas as etapas das práticas dialógicas, pré-deliberativas, deliberativas e pós-deliberativas em torno da prestação jurisdicional, sobretudo do Supremo Tribunal Federal. A par de elucidar a temática por intermédio de sua aplicabilidade prática, aborda-se as recentes decisões envolvendo as políticas de segurança sanitária em torno da Pandemia do Covid-19. Finalmente, sedimenta-se a conclusão nas consequências das citadas práticas.

Palavras chave: Jurisdição – Deliberação – Decisões – Supremo Tribunal Federal – Efeito vinculante – Pandemia.

ABSTRACT: This scientific article aims to promote research, conceptualized and analyzed all stages of dialogical, pre-deliberative, deliberative and post-deliberative practices around the jurisdictional provision, especially the Federal Supreme Court. In addition to elucidating the theme through its practical applicability, decisions on health security policies around the Covid19 Pandemic will be addressed. Finally, the conclusion is based on the consequences of the aforementioned practices.

Key words: Multiculturalism – Reverberations – Diversity – Differences – New Rights – Examples – Neurorights – Bioethics – Data Protection.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. PRÁTICAS DELIBERATIVAS. 2.1 Práticas deliberativas do STF durante a Pandemia do Covid-19. 3. CONCLUSÃO. 4. BIBLIOGRAFIA.

1. INTRODUÇÃO

A fim de aprimorar os lemes norteadores da presente trajetória de Mestrado, apresenta-se à Faculdade Autônoma De Direito De São Paulo este artigo científico, com o objetivo de enriquecer os valiosos debates acadêmicos a respeito da importância das práticas dialógicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no exercício do ato

²⁶⁰ Contato: maricris-11@hotmail.com

deliberativo, desde o momento que antecede até a maturidade das decisões e, por fim, suas reverberações vinculantes.

A etimologia do termo “práticas dialógicas” denota a mesma ideia do atemporal diálogo como premissa de equilíbrio quando diante de um tema controverso, com o intuito de encontrar-se um denominador comum ou tese que melhor abranja as demandas da coletividade.

No âmbito da jurisdição, a introdução das práticas dialógicas atreladas ao ato deliberativo configura-se instrumento basilar para a salvaguarda dos direitos fundamentais com a finalidade de se entregar uma decisão em maior consonância com os Princípios constitucionais em determinado caso concreto.

Como ponto de partida para a temática, adota-se a competência do Supremo Tribunal Federal insculpida no artigo 102 da Constituição Federal Brasileira que lhe atribui a função de guardar a Constituição (BRASIL, 1998). Dentro dessa taxativa missão, invulgar seria questionar-se a limitação que a referida Corte encontra ao diálogo instrucional; entretanto, as práticas deliberativas encontram mecanismos de permeabilidade, abrindo caminhos para as práticas dialógicas, as quais vem se configurando forte ferramenta de preservação do sistema democrático de direito, bem como de fortalecimento da Carta Constitucional.

Com isso, introduz-se o conceito das Práticas Deliberativas como sendo o conjunto de ações às quais determinada instituição lança mão com a finalidade de estabelecer uma nova diretriz em atendimento a determinada demanda proveniente da realidade social.

Assim, tendo como manche a idealização de um Poder Judiciário de alta performance, válido é o questionamento da metodologia atualmente utilizada pelos Tribunais quando no confronto de casos concretos que vertem notas de maior abrangência social.

Há situações que podem influenciar o ato deliberativo dos Tribunais, por exemplo. Tais fatores surgem em momento prévio à deliberação, bem como se sujeitam ao efeito continuado de determinada decisão, podendo influenciar cenários futuros.

Deliberação é a troca de argumentos, no interior de um corpo colegiado, com fins de persuasão e tomada de uma determinada decisão. Disposição para trabalhar em equipe, ouvir os argumentos dos colegas e estar aberto a ser convencido por eles e, quando possível, tentar falar como grupo e não como indivíduo. (SILVA, 2017)

Em se tratando do procedimental deliberativo das Cortes Constitucionais, no que tange à análise da performance jurisdicional ali exercida, tem-se que a doutrina divide em etapas: fase pré decisional, decisional e pós-decisional (MENDES, 2013).

A partir dessa visão, busca-se discorrer acerca de cada uma das etapas descritas, investigando-se a prestação judiciária em sua competência superior, tomando-se de olhar crítico a fim de exemplificar as práticas deliberativas, por intermédio de casos concretos envolvendo as mais recentes decisões a respeito das políticas de segurança sanitária oriundas da Pandemia do COVID-19.

2.PRÁTICAS DELIBERATIVAS

Consoante o título exposto, entende-se que o processo deliberativo ou decisional se divide em práticas a) pré-deliberativas, b) deliberativas e c) pós-deliberativas.

Durante a etapa inicial as Cortes julgadoras são “provocadas” pelas partes engajadas, bem como terceiros interessados em determinada causa, entrando em contato com os primeiros argumentos. À continuação, aufere-se a adesão dos membros do colegiado ao diálogo provocado, erigindo-se aqui o debate dialético seja para convencer ou justificar o convencimento, mirando uma decisão acertada. Por derradeiro, tem-se a reverberação e as estatísticas advindas daquela decisão, seus efeitos no tempo, no espaço e na sociedade enquanto ente.

Na prática, doutrinadores apontam verdadeiro *deficit* na marcha deliberativa acima descrita. No primeiro degrau, denota-se que nem sempre se faz presente uma efetiva “curiosidade” (MENDES, 2013) por parte da bancada julgadora. Ademais, percebe-se um comportamento intangível por parte do julgador, distante e nem sempre aberto de maneira plena à oitiva, tornando o julgamento susceptível a uma cognição pré-formada e até mesmo divorciada dos argumentos apresentados.

Chegado o momento de decidir, não se vislumbra profunda integração entre o colegiado, posto que cada ministro profere seu voto redigido individualmente, partindo de análise unilateral e não de um diálogo entre seus pares, fundamentado no confronto de visões, tão saudável sob o prisma da dialética.

A não integração dos votos culmina, por fim, em uma decisão fragmentada em seu aspecto formal, de difícil compreensão, à míngua da clareza e acuidade esperadas dessa fase conclusiva. Da leitura perfunctória dos acórdãos, depreende-se a semelhança a uma colcha de retalhos – decisões individuais coladas lado a lado, que não conversam entre si (MENDES, 2012). Na mesma esteira, outros doutrinadores apontam:

Os entraves seriam (i) o papel irrelevante atribuído ao relator, (ii) a forma de comunicação entre os juízes e (iii) a interrupção das sessões antes de cada juiz ter a oportunidade de apresentar suas opiniões. Já as práticas que obstam a deliberação consistem na (i) cultura de ganhar a qualquer custo, (ii) ausência de efetiva interação, denotando o caráter não cooperativo da corte, (iii) extrema publicidade e (iv) irrelevância atribuída ao voto divergente, o qual, na realidade, não passa de um voto vencido. (SILVA, 2013).

Aprofundando-se na fase pós deliberativa, tem-se que a deliberação emanada do Supremo Tribunal Federal carrega em si uma força de reverberação extremamente expressiva, o que resta patente no caráter vinculante de seus julgados, ou seja, um efeito constitucional de uniformização da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que possui força normativa sobre determinada temática de abrangência nacional, que definirá também a jurisprudência dos órgãos inferiores do Poder Judiciário, assim como toda a Administração Pública direta e indireta, em âmbito federal, estadual e municipal.

Assim, a fase pós-deliberativa do STF carrega a responsabilidade de aprimorar o operacional judiciário em sua função processual, posto que a ausência de diálogo e coesão entre a jurisdição pátria e a legislação vigente, em um passado recente, dava ainda mais ensejo a decisões destoantes do caráter democrático e princípio da celeridade, os quais deveriam ser praxe ao Direito:

“O instituto da súmula vinculante surgiu em um ambiente de constantes críticas à morosidade dos processos judiciais e à baixa eficácia de suas decisões. Aspectos jurídicos – como o excesso de formalismo e de recursos existentes no sistema processual brasileiro – e econômicos – custo desta lentidão para os diversos setores da sociedade – foram decisivos para a sua aprovação.” (NOVELINO, 2016).

Com efeito, retoma-se a importância de decisões coesas, que traduzam não apenas a hermenêutica mais ou menos fragmentada de diversos ministros, mas sim o julgamento unificado do colegiado, de modo que o resultado da votação chegue ao beneficiário da jurisdição como uma deliberação despersonalizada, enaltecendo a instituição guardiã da Constituição Federal (PANUTTO, 2017).

2.1 Práticas Deliberativas do STF durante a Pandemia do COVID-19

Ainda à luz do pensamento crítico, encontra-se na atuação, por vezes, individualistas dos julgadores elemento digno de discussão, a fim de que aprofunde seus

mecanismos na produção doutrinária, diálogos mais que perfunctórios em sede de hermenêutica e na máxima atenção aos preceitos constitucionais.

O peso das citadas práticas deliberativas alcançou máxima potência durante o famigerado período de auge da Pandemia do COVID-19. A título de contextualização, cumpre ressaltar que do ponto de vista político, o ordenamento pátrio enfrentou uma crise histórica, protagonizada pelo despreparo administrativo e gritantes fraturas na esfera do Poder Executivo.

Nesse cenário de notório desgoverno, restou por vezes ao Poder Judiciário – mormente ao Supremo Tribunal Federal – a tarefa de tomar rédeas da problemática sanitária que por vezes bateu às portas do Judiciário por intermédio de demandas judiciais das mais diversas amplitudes.

Assim, a moderação dos ministros do Supremo Tribunal Federal foi colocada a uma prova sem precedentes, exigindo-lhes capacidade exponencial não apenas nos cadernos processuais a perder de vista, mas também no ativismo social que se originou da instantânea expressividade máxima de sua atuação durante o período pandêmico.

Na visão daquele Órgão Judicial, diante da avalanche de causas que abarrotaram o Judiciário o enfrentamento do Poder Público deveria ter-se pautado na prevenção, precaução e priorização da vida e da segurança sanitária, ainda que, para tanto, o direito da livre iniciativa econômica de ir e vir recebessem restrições (STEINMETZ, 2020).

Dentre as mais polêmicas intervenções do STF, cita-se a decisão proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 669, de Brasília, 31 de março de 2020, cujo objeto da demanda foi a inconstitucionalidade da campanha publicitária impulsionada pelo Governo Federal assim intitulada “O Brasil Não Pode Parar”. Em decisão bem fundamentada, assim decidiu o ministro Luis Roberto Barroso:

Diante do exposto, recebo a ação da Rede Sustentabilidade. Defiro a cautelar para vedar a produção e circulação, por qualquer meio, de qualquer campanha que pregue que “O Brasil Não Pode Parar” ou que sugira que a população deve retornar às suas atividades plenas, ou, ainda, que expresse que a pandemia constitui evento de diminuta gravidade para a saúde e a vida da população. Determino, ainda, a sustação da contratação de qualquer campanha publicitária destinada ao mesmo fim. (STF, 2020).

Em seus fundamentos, o julgado pautou-se em dados estatísticos e científicos para concluir que na situação sanitária vivenciada, à época, deveria prevalecer a orientação para

que a população se mantivesse em casa, o que por si já demandava consideráveis esforços. Deste modo, a propagação da campanha em sentido contrário poderia derrubar por terra as orientações dadas à população a fim de conter a pandemia, bem como poderia desmotivar o engajamento com relação às medidas que precisaram ser adotadas em prol da coletividade.

Na mesma toada, cita-se a ADPF 672 proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em face de atos omissivos e comissivos do Poder Executivo Federal, requerendo determinação judicial à Presidência da República para que se abstinhasse de atos contrários às recomendações da Organização Mundial de Saúde (OMS). Ao decidir, o ministro Relator Alexandre de Moraes assim se pronunciou:

Em momentos de acentuada crise, o fortalecimento da união e a ampliação de cooperação entre os três poderes, no âmbito de todos os entes federativos, são instrumentos essenciais e imprescindíveis a serem utilizados pelas diversas lideranças em defesa do interesse público, sempre com o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes, que devem ser cada vez mais valorizados, evitando-se o exacerbamento de quaisquer personalismos prejudiciais à condução das políticas públicas essenciais ao combate da pandemia de COVID-19. (STF, abril de 2020)

Em observância às cláusulas pétreas da Constituição Federal, as quais dispõe sobre a Separação dos Poderes e o Federalismo, a Suprema Corte para a aplicação do mecanismo de Jurisdição Constitucional fundamentou a intervenção judiciária na Lei n. 13.979/20 (Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019) e no Decreto Legislativo 6/20 (Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020), e assim decidiu:

CONCEDO PARCIALMENTE A MEDIDA CAUTELAR na arguição de descumprimento de preceito fundamental, ad referendum do Plenário desta SUPREMA CORTE, com base no art. 21, V, do RISTF, para DETERMINAR a efetiva observância dos artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, todos da Constituição Federal na aplicação da Lei 13.979/20 e dispositivos conexos, RECONHECENDO E ASSEGURANDO O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS GOVERNOS ESTADUAIS E DISTRITAL E SUPLEMENTAR DOS

GOVERNOS MUNICIPAIS, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras; INDEPENDENTEMENTE DE SUPERVENIÊNCIA DE ATO FEDERAL EM SENTIDO CONTRÁRIO, sem prejuízo da COMPETÊNCIA GERAL DA UNIÃO (STF, 2020).

Inobstante os méritos das decisões do STF se mostrem escoreitas durante a pandemia do COVID 19, pairam críticas a despeito da deliberação monocrática dos ministros, vez que o uso do Plenário Virtual seria o recomendado, dando azo à conclusão doutrinária de que as decisões monocráticas exaradas pelo STF antes da crise parecem pouco ter evoluído durante a crise (MACEDO, 2020).

3.CONCLUSÃO

Da breve exposição sobre a forma de deliberação do Supremo Tribunal Federal conclui-se que a citada Corte carrega em si uma responsabilidade de alto impacto social, sobretudo em tempos de crise, requerendo do Poder Judiciário um protagonismo maior no enfrentamento às demandas coletivas.

Percebe-se que um dos principais entraves à maior eficácia deliberativa se configura no *deficit* de interação entre os membros do colegiado, resultando na fragmentação argumentativa das decisões, fator este acentuado pelas medidas de isolamento impostas pela pandemia do COVID 19.

Deste modo, novos olhares sobre as práticas deliberativas, desde sua fase pré inicial até as reverberações vinculantes que se perpetuam após a publicação das decisões exaradas, se fazem necessárias e válidas, sobretudo se permeadas por metodologias dialógicas.

4.BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **ADPF 669 MC / DF**, 31 de março de 2020. Disponível em: < > Acesso em: 05 de abril de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **ADPF 672 MC / DF**, 08 de abril de 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>> Acesso em: 05 de abril de 2022.

MACEDO, José Arthur de Castillo, GUALANO DE GODOY, Miguel. **As decisões do STF durante e após a pandemia: nada será como antes?** JOTA, 18/05/2020. Disponível em: <> Acesso em: 05 de abril de 2022.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional courts and deliberative democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MENDES, Conrado Hübner. **O projeto de uma corte deliberativa**. In: VOJVODIC, Adriana M. (Org.). *Jurisprudência constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. Salvador, JusPODIVM, 2016.

PANUTTO, Peter. A **plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo novo código de processo civil**. R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 18, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Deciding without deliberating**. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, p. 557-584, 2013. Disponível em: <>. Acesso em: 05 de abril de 2022.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Do we deliberate? If so, how?**. *European Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 2, p. 209–240, 2017.

STEINMETZ, Wilson. **Protagonismo político-institucional do Supremo Tribunal Federal e Covid-19: uma conjectura a partir da ADPG 669**. *Espaço Jurídico Journal of Law*, 2020.

PROPOSTA DE MEDIDAS DE COMPENSAÇÃO AMBIENTAL PELOS IMPACTOS DIRETOS E INDIRETOS GERADOS PELOS TERMINAIS METROPOLITANOS DE ÔNIBUS DA GRANDE BH: considerações técnicas e operacionais sobre o Terminal Ibirité, MG

VAGNER LUCIANO COELHO DE LIMA ANDRADE:

Pesquisador em Patrimônio Cultural, com formação inicial em Geografia, especializações em Políticas Públicas Municipais e Arte Educação; História, especializações em Museografia e Patrimônio Cultural e Metodologia de Ensino de História. ²⁶¹

RESUMO: Este trabalho intenciona apresentar propostas de medidas de compensação ambiental pelos impactos diretos e indiretos gerados pelos terminais metropolitanos de ônibus da Grande BH, em especial, o Terminal Ibirité, localizado Vila Pinheiros no distrito da Sede Municipal, em Ibirité - MG. A metodologia consistiu em ampla revisão bibliográfica com considerações técnicas e operacionais do sistema de transporte das regiões do Palmares (Norte), do Piratininga (Nordeste), do Marilândia (Leste), do Barreirinho (Sudeste), do Bosque (Sul), do Canal (Sudoeste), do Montreal (Oeste) e do Petrovale (Noroeste) integradas ao Terminal Metropolitano Ibirité. Futuramente, é possível que este terminal se conecte à linha de trem de passageiros, consolidando-se num relevante polo rodoferroviário. Após, analisar os sistemas de ônibus, tanto intermunicipais, quanto intramunicipais, propõe-se a reorganização e reestruturação do mesmo e medidas de compensação ambiental, sendo a principal a criação do Parque Estadual Metropolitano da Lagoa Ibirité, conforme diretrizes do PLAMBEL em 1979 e com 300 hectares no bairro Canal de Ibirité, e a criação dos Parques Urbanos Municipais do Grotão e das Candeias, anexando ecossistemas naturais ameaçados pela urbanização desenfreada. Ambas as áreas dos novos parques nas Matas das Candeias e do Grotão, são próximas do terminal e legitimam a compensação a ser feita de forma imediata.

PALAVRAS CHAVE: Compensação; Impactos; Ônibus; Parque; Terminal.

²⁶¹ Pesquisador em Patrimônio Cultural, com formação inicial em Geografia, especializações em Políticas Públicas Municipais e Arte Educação; História, especializações em Museografia e Patrimônio Cultural e Metodologia de Ensino de História. Formação Complementar em Artes Visuais, Filosofia, Sociologia e Turismo. Pesquisador em Patrimônio Natural, com formação inicial em Ciências Biológicas, especializações em Ecologia e Monitoramento Ambiental e Metodologia de Ensino de Ciências Biológicas; Gestão Ambiental, especializações em Gestão e Educação Ambiental e Administração Escolar, Orientação Educacional e Supervisão Pedagógica. Formação Complementar em Agroecologia, Ecologia, Educação do Campo e Pedagogia. E-mail: trezeagosto@yahoo.com.br

INTRODUÇÃO

Em 2008, o governo estadual reestruturou o sistema metropolitano de transporte coletivo, com nova numeração para as linhas e novo layout nas cores branco/vermelho, azul claro/azul/escuro, laranja/amarelo e verde claro/verde escuro. O novo sistema previa a construção de 23 terminais metropolitanos (Quadro I). Os instrumentos legais de criação foram publicados e versavam sobre o Terminal Rodoviário Metropolitano de Transporte Alvorada, o Terminal Rodoviário Metropolitano de Transporte Bernardo Monteiro, o Terminal Rodoviário Metropolitano de Transporte Cidade Verde, o Terminal Rodoviário Metropolitano de Transporte Ibité, o Terminal Rodoviário Metropolitano de Transporte Jardim Teresópolis, o Terminal Rodoviário Metropolitano de Transporte Linha Verde, o Terminal Rodoviário Metropolitano de Transporte Mega Space, o Terminal Rodoviário Metropolitano de Transporte Nova Contagem, o Terminal Rodoviário Metropolitano de Transporte Ressaca, o Terminal Rodoviário Metropolitano de Transporte Ribeirão das Neves, o Terminal Rodoviário Metropolitano de Transporte São Benedito, o Terminal Rodoviário Metropolitano de Transporte Sarzedo, o Terminal Rodoviário Metropolitano de Transporte Tancredo Neves, o Terminal Rodoviário Metropolitano de Transporte Vespasiano e o Terminal Rodoviário Metropolitano de Transporte Vila Pérola.

DECRETO COM NUMERAÇÃO ESPECIAL 438, de 05/08/2013
(REVOGADA)

DECLARA DE UTILIDADE PÚBLICA, PARA DESAPROPRIAÇÃO DE
PLENO DOMÍNIO, TERRENO NECESSÁRIO À CONSTRUÇÃO DO
TERMINAL RODOVIÁRIO METROPOLITANO DE TRANSPORTE
BERNARDO MONTEIRO, NO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE.

DECRETO COM NUMERAÇÃO ESPECIAL 667, de 17/10/2012
(REVOGADA)

DECLARA DE UTILIDADE PÚBLICA, PARA DESAPROPRIAÇÃO DE
PLENO DOMÍNIO, TERRENO NECESSÁRIO À CONSTRUÇÃO DO
TERMINAL RODOVIÁRIO METROPOLITANO DE TRANSPORTE
BERNARDO MONTEIRO, NO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE.

DECRETO COM NUMERAÇÃO ESPECIAL 533, de 14/08/2012
(REVOGADA)

DECLARA DE UTILIDADE PÚBLICA, PARA DESAPROPRIAÇÃO DE PLENO DOMÍNIO, TERRENO E BENFEITORIAS NECESSÁRIOS À CONSTRUÇÃO DO TERMINAL RODOVIÁRIO METROPOLITANO DE TRANSPORTE RESSACA, NO MUNICÍPIO DE CONTAGEM.

DECRETO COM NUMERAÇÃO ESPECIAL 39, de 20/01/2012

DECLARA DE UTILIDADE PÚBLICA, PARA DESAPROPRIAÇÃO DE PLENO DOMÍNIO, TERRENOS E BENFEITORIAS NECESSÁRIOS À CONSTRUÇÃO DO TERMINAL RODOVIÁRIO METROPOLITANO NOS MUNICÍPIOS DE RIBEIRÃO DAS NEVES E VESPASIANO.

Decreto sem número, de 09/09/2011 (REVOGADA)

DECLARA DE UTILIDADE PÚBLICA, PARA DESAPROPRIAÇÃO DE PLENO DOMÍNIO, TERRENO E BENFEITORIAS NECESSÁRIOS À CONSTRUÇÃO DO TERMINAL RODOVIÁRIO METROPOLITANO DE TRANSPORTE RESSACA, NO MUNICÍPIO DE CONTAGEM.

Decreto sem número, de 09/09/2011 (REVOGADA)

DECLARA DE UTILIDADE PÚBLICA, PARA DESAPROPRIAÇÃO DE PLENO DOMÍNIO, TERRENOS E BENFEITORIAS NECESSÁRIOS À CONSTRUÇÃO DO TERMINAL RODOVIÁRIO METROPOLITANO DE TRANSPORTE SÃO BENEDITO, NO MUNICÍPIO DE SANTA LUZIA.

Decreto sem número, de 09/09/2011

DECLARA DE UTILIDADE PÚBLICA, PARA DESAPROPRIAÇÃO DE PLENO DOMÍNIO, TERRENOS E BENFEITORIAS NECESSÁRIOS À EXPANSÃO DA ÁREA PARA CONSTRUÇÃO DO TERMINAL RODOVIÁRIO METROPOLITANO DE TRANSPORTE DE JUSTINÓPOLIS, LOCALIZADOS NO BAIRRO URCA, DISTRITO DE JUSTINÓPOLIS, NO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO DAS NEVES.

Decreto sem número, de 09/09/2011

DECLARA DE UTILIDADE PÚBLICA, PARA DESAPROPRIAÇÃO DE PLENO DOMÍNIO, TERRENO E BENFEITORIAS NECESSÁRIOS À

CONSTRUÇÃO DO TERMINAL RODOVIÁRIO METROPOLITANO DE TRANSPORTE RIBEIRÃO DAS NEVES, À MARGEM DA RODOVIA LMG 806, NO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO DAS NEVES.

Decreto sem número, de 11/08/2009 (REVOGADA)

DECLARA DE UTILIDADE PÚBLICA, PARA DESAPROPRIAÇÃO DE PLENO DOMÍNIO, TERRENO E BENFEITORIAS NECESSÁRIOS À CONSTRUÇÃO DO TERMINAL RODOVIÁRIO METROPOLITANO DE TRANSPORTE VILA PÉROLA, NO MUNICÍPIO DE CONTAGEM

Decreto sem número, de 17/08/2009

ALTERA DECRETO DE 15 DE JULHO DE 2009, QUE DECLARA DE UTILIDADE PÚBLICA, PARA DESAPROPRIAÇÃO DE PLENO DOMÍNIO, TERRENOS E BENFEITORIAS NECESSÁRIOS À CONSTRUÇÃO DO TERMINAL RODOVIÁRIO METROPOLITANO DE TRANSPORTE DE SANTA LUZIA, COM ÁREA APROXIMADA DE 17.770,50M², NO MUNICÍPIO DE SANTA LUZIA.

Decreto sem número, de 17/08/2009

ALTERA DECRETO DE 17 DE JULHO DE 2009, QUE DECLARA DE UTILIDADE PÚBLICA, PARA DESAPROPRIAÇÃO DE PLENO DOMÍNIO, TERRENO E BENFEITORIAS NECESSÁRIOS À CONSTRUÇÃO DO TERMINAL RODOVIÁRIO METROPOLITANO DE TRANSPORTE BETIM - BAIRRO JARDIM TERESÓPOLIS, NO MUNICÍPIO DE BETIM.

Decreto sem número, de 20/07/2009 (REVOGADA)

DECLARA DE UTILIDADE PÚBLICA, PARA DESAPROPRIAÇÃO DE PLENO DOMÍNIO, TERRENOS E BENFEITORIAS NECESSÁRIOS À CONSTRUÇÃO DO TERMINAL RODOVIÁRIO METROPOLITANO DE TRANSPORTE NOVA LIMA - MARGENS DA RODOVIA MG-030 KM 24 - NOVA LIMA, COM ÁREA TOTAL DE APROXIMADAMENTE 15.995,08M², NO MUNICÍPIO DE NOVA LIMA.

Decreto sem número, de 17/07/2009 (REVOGADA)

DECLARA DE UTILIDADE PÚBLICA, PARA DESAPROPRIAÇÃO DE PLENO DOMÍNIO, TERRENO E BENFEITORIAS NECESSÁRIOS À CONSTRUÇÃO DO TERMINAL RODOVIÁRIO METROPOLITANO DE TRANSPORTE BETIM - BAIRRO JARDIM TERESÓPOLIS, NO MUNICÍPIO DE BETIM.

Decreto sem número, de 15/07/2009

DECLARA DE UTILIDADE PÚBLICA, PARA DESAPROPRIAÇÃO DE PLENO DOMÍNIO, TERRENOS E BENFEITORIAS NECESSÁRIOS À CONSTRUÇÃO DO TERMINAL RODOVIÁRIO METROPOLITANO DE TRANSPORTE DE SANTA LUZIA, COM ÁREA APROXIMADA DE 17.770,50M², NO MUNICÍPIO DE SANTA LUZIA.

Decreto sem número, de 15/05/2009 (REVOGADA)

DECLARA DE UTILIDADE PÚBLICA, PARA DESAPROPRIAÇÃO DE PLENO DOMÍNIO, TERRENOS E BENFEITORIAS NECESSÁRIOS À CONSTRUÇÃO DO TERMINAL RODOVIÁRIO METROPOLITANO DE TRANSPORTE ALVORADA, COM ÁREA TOTAL DE APROXIMADAMENTE 13.724,60M², NO MUNICÍPIO DE SABARÁ.

Decreto sem número, de 15/05/2009

DECLARA DE UTILIDADE PÚBLICA, PARA DESAPROPRIAÇÃO DE PLENO DOMÍNIO, TERRENO E BENFEITORIAS NECESSÁRIOS À CONSTRUÇÃO DO TERMINAL RODOVIÁRIO METROPOLITANO DE TRANSPORTE SARZEDO, COM ÁREA TOTAL DE APROXIMADAMENTE 16.404,63M², NO MUNICÍPIO DE SARZEDO.

Decreto sem número, de 15/05/2009

DECLARA DE UTILIDADE PÚBLICA, PARA DESAPROPRIAÇÃO DE PLENO DOMÍNIO, TERRENOS E BENFEITORIAS NECESSÁRIOS À CONSTRUÇÃO DO TERMINAL RODOVIÁRIO METROPOLITANO DE TRANSPORTE DE IBIRITÉ, COM ÁREA TOTAL DE APROXIMADAMENTE 14.647,90M², NO MUNICÍPIO DE IBIRITÉ.

Decreto sem número, de 15/05/2009 (REVOGADA)

DECLARA DE UTILIDADE PÚBLICA, PARA DESAPROPRIAÇÃO DE PLENO DOMÍNIO, TERRENOS E BENFEITORIAS NECESSÁRIOS À CONSTRUÇÃO DO TERMINAL RODOVIÁRIO METROPOLITANO DE TRANSPORTE LINHA VERDE, COM ÁREA TOTAL DE APROXIMADAMENTE 10.315,80M², NO MUNICÍPIO DE VESPASIANO.

Decreto sem número, de 15/05/2009

DECLARA DE UTILIDADE PÚBLICA, PARA DESAPROPRIAÇÃO DE PLENO DOMÍNIO, O TERRENO E BENFEITORIAS NECESSÁRIOS À CONSTRUÇÃO DO TERMINAL RODOVIÁRIO METROPOLITANO DE TRANSPORTE NOVA CONTAGEM, COM ÁREA TOTAL DE APROXIMADAMENTE 22.259,83M², NO MUNICÍPIO DE CONTAGEM.

Decreto sem número, de 15/05/2009

DECLARA DE UTILIDADE PÚBLICA, PARA DESAPROPRIAÇÃO DE PLENO DOMÍNIO, O TERRENO E BENFEITORIAS NECESSÁRIOS À CONSTRUÇÃO DO TERMINAL RODOVIÁRIO METROPOLITANO DE TRANSPORTE TANCREDO NEVES, COM ÁREA TOTAL DE APROXIMADAMENTE 10.124,00M², NO MUNICÍPIO DE CONTAGEM.

Decreto sem número, de 15/05/2009 (REVOGADA)

DECLARA DE UTILIDADE PÚBLICA, PARA DESAPROPRIAÇÃO DE PLENO DOMÍNIO, O TERRENO E BENFEITORIAS NECESSÁRIOS À CONSTRUÇÃO DO TERMINAL RODOVIÁRIO METROPOLITANO DE TRANSPORTE MEGA SPACE, COM ÁREA TOTAL DE APROXIMADAMENTE 15.476,53M², NO MUNICÍPIO DE SANTA LUZIA.

Decreto sem número, de 15/05/2009

DECLARA DE UTILIDADE PÚBLICA, PARA DESAPROPRIAÇÃO DE PLENO DOMÍNIO, TERRENO E BENFEITORIAS NECESSÁRIOS À CONSTRUÇÃO DO TERMINAL RODOVIÁRIO METROPOLITANO DE TRANSPORTE DE JUSTINÓPOLIS, COM ÁREA TOTAL DE APROXIMADAMENTE 11.000,00M², NO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO DAS NEVES

Decreto sem número, de 24/09/2008 (REVOGADA)

DECLARA DE UTILIDADE PÚBLICA, PARA DESAPROPRIAÇÃO DE PLENO DOMÍNIO, TERRENOS E BENFEITORIAS NECESSÁRIOS À CONSTRUÇÃO DO TERMINAL RODOVIÁRIO CIDADE VERDE, LOCALIZADO NO BAIRRO CIDADE VERDE, NO MUNICÍPIO DE BETIM.

Decreto sem número, de 24/09/2008 (REVOGADA)

DECLARA DE UTILIDADE PÚBLICA, PARA DESAPROPRIAÇÃO DE PLENO DOMÍNIO, TERRENOS E BENFEITORIAS NECESSÁRIOS À CONSTRUÇÃO DO TERMINAL RODOVIÁRIO IBIRITÉ, LOCALIZADO NO BAIRRO VILA DOS PINHEIROS, NO MUNICÍPIO DE IBIRITÉ.

Decreto sem número, de 24/09/2008 (REVOGADA)

DECLARA DE UTILIDADE PÚBLICA, PARA DESAPROPRIAÇÃO DE PLENO DOMÍNIO, TERRENOS E BENFEITORIAS NECESSÁRIOS À CONSTRUÇÃO DO TERMINAL RODOVIÁRIO MEGA SPACE NO DISTRITO INDUSTRIAL DE SANTA LUZIA, NO MUNICÍPIO DE SANTA LUZIA.

Decreto sem número, de 24/09/2008 (REVOGADA)

DECLARA DE UTILIDADE PÚBLICA, PARA DESAPROPRIAÇÃO DE PLENO DOMÍNIO, TERRENOS E BENFEITORIAS NECESSÁRIOS À CONSTRUÇÃO DO TERMINAL RODOVIÁRIO SARZEDO, LOCALIZADO NAS QUADRAS 25 E 43 (INTEGRALMENTE) E PELA ÁREA INSTITUCIONAL 05, NO BAIRRO SANTA ROSA DE LIMA, NO MUNICÍPIO DE SARZEDO.

Decreto sem número, de 24/09/2008 (REVOGADA)

DECLARA DE UTILIDADE PÚBLICA, PARA DESAPROPRIAÇÃO DE PLENO DOMÍNIO, TERRENOS E BENFEITORIAS NECESSÁRIOS À CONSTRUÇÃO DO TERMINAL RODOVIÁRIO NOVA CONTAGEM - NA RODOVIA LMG-808, ENTRE O KM 6+100,00 E O KM 6+401,71, LADO ESQUERDO, SENTIDO BELO HORIZONTE - ESMERALDAS, NO MUNICÍPIO DE CONTAGEM.

Quadro I - Relação dos Terminas Rodoviários Metropolitanos de Transporte da RMBH

Belo Horizonte:	Terminais Alípio de Melo, Barreiro, Belvedere, Carlos Luz, Diamante, Dom Bosco, José Cândido da Silveira, Pampulha, Salgado Filho, São Gabriel, Venda Nova, Vilarinho, Waldomiro Lobo
Betim:	Terminais Betim (sede) e Citrolândia
Contagem:	Terminais Ceasa, Eldorado, João César de Oliveira, Nova Contagem e Vila Pérola
Ibirité:	Terminais Gabriel Passos, Ibirité (sede) e Tancredo Neves
Nova Lima:	Terminais Jardim Canadá e Nova Lima (sede)
Ribeirão das Neves:	Terminais Jardim Colonial, Justinópolis e Ribeirão das Neves (sede)
Sabará:	Terminal Ana Lúcia
Santa Luzia:	Terminais Santa Luzia (sede) e São Benedito
São José da Lapa:	Terminal São José da Lapa (sede)
Sarzedo:	Terminal Sarzedo (sede)
Vespasiano:	Terminais Morro Alto, Vespasiano(sede) e Vila Esportiva

Em Belo Horizonte oito terminais foram implantados, sendo dois deles mistos (municipal/metropolitano) terminais Alípio de Melo, Barreiro, Diamante, José Cândido da

Silveira, Pampulha, São Gabriel (misto), Venda Nova, Vilarinho (Misto). Já cinco não foram efetivados: Belvedere, Carlos Luz, Dom Bosco, Salgado Filho, Waldomiro Lobo. Na Grande BH, dos 23 previstos, apenas seis encontram-se em operação: Eldorado, Ibirité, Justinópolis, Morro Alto, São Benedito e Sarzedo, sendo que dos 17 restantes, ou foram extintos ou ainda serão implantados: Ana Lúcia, Betim, Ceasa, Citrolândia, Gabriel Passos, Jardim Canadá, Jardim Colonial, João César de Oliveira, Nova Contagem, Nova Lima, Ribeirão das Neves, Santa Luzia, São José da Lapa, Tancredo Neves, Vespasiano, Vila Esportiva e Vila Pérola

IBIRITÉ

Ibirité é uma municipalidade do estado brasileiro de Minas Gerais. Sua população em julho de 2021 foi mensurada em 184.030 habitantes. Agrega a Região Metropolitana de Belo Horizonte desde 1974 e confronta-se com os municípios de Belo Horizonte, Betim, Brumadinho, Contagem e Sarzedo. Sua área é de 72,395 quilômetros quadrados. A sede municipal, a 882 metros de altitude, tem sua posição verificada pelas coordenadas geográficas de 20° 01'15" de latitude sul e 40° 03'52" de longitude oeste (Conexa a velha Estação Ferroviária). Situado na zona metalúrgica, de acordo com a categorização de divisão urbana seguida pela Fundação João Pinheiro para o estado de Minas Gerais, em 1988, Ibirité foi identificada como centro local de 9º nível, associando-se a região polarizada por Belo Horizonte.

A cidade é rasgada pela Linha do Paraopeba da antiga Estrada de Ferro Central do Brasil, presentemente outorgada à MRS Logística para o condução de cargas. Até abril do ano de 2017, a urbe tinha um CEP exclusivo para todo o município, a partir de então, cada rua da cidade passou a ter um CEP individual, conforme os correios isso foi feito para facilitar e agilizar o processo de entrega de cartas na urbe. Para fins deste estudo dividimos a municipalidade em tres regiões culturais e ecológicas: Helena Antipoff (Canal de Ibirité), Sede Municipal e Professor Washington Pires (Parque Durval de Barros).

Helena Wladimirna Antipoff (transliteração do cirílico Елена Владимировна Антипова), a notória Helena Antipoff (Grodno, 25 de Março de 1892 — Ibirité, 09 de Agosto de 1974) foi uma psicóloga e pedagoga russa que após conseguir formação universitária na Rússia, Paris e Genebra, se fixou no Brasil a partir de 1929, atendendo a solicitação do governo do estado de Minas Gerais, na conjuntura da operacionalização da melhoria da educação popularmente designado como Reforma Francisco Campos-Mário Casassanta. Grande pesquisadora e docente da criança deficiente, Helena Antipoff (Figura 01) foi

precursora na iniciação da educação especial no Brasil, onde constituiu a primeira Sociedade Pestalozzi, começando o movimento pestalozziano brasileiro, que conta, hoje em dia com cerca de 100 estabelecimentos. Seu trabalho no Brasil é permanecido pela Fundação Helena Antipoff, na localidade de Fazenda do Rosário. o Distrito de Helena Antipoff (Canal de Ibirité) a ser criado será formado pelos bairros: Canaã 2ª Seção, Canal de Ibirité, Canoas 1ª Seção, Helena Antipoff, Industrial Ibirité, Jardim das Oliveiras 3ª Seção, Jardim das Rosas, Jardim Industrial 2ª Seção, Jardim Montreal, Jardim Rosário, Lago Azul 1ª Seção, Ouro Negro, Petrovale 2ª Seção, Quintas da Jangada 1ª Seção, Recanto da Lagoa 1ª Seção, Represa Ibirité, São Pedro 5ª Seção, Vila Escorpião, Vila Jaçanã, Vila Nunes e Vila Rosário.

Figura 01: Dona Helena Antipoff discursando



Fonte:

<https://ufmg.br/comunicacao/noticias/trajetoria-de-helena-antipoff-e-tema-do-documentario-entre-mundos>

Símbolo de Ibirité, o Parque Estadual da Serra do Rola-Moça, estabelecido na Região Metropolitana de Belo Horizonte (RMBH), é uma das mais relevantes áreas verdes urbanas no estado de Minas Gerais. Com 3 941,09 hectares de área, distribuídos nos municípios de Belo Horizonte, Brumadinho, Ibirité e Nova Lima, o Rola-Moça é o terceiro maior parque em área urbana do Brasil. O parque foi criado através do decreto estadual nº 36.071, de 27 de setembro de 1994. É avaliado como uma área única de proteção exclusiva de mananciais, indispensáveis para o provimento de água da RMBH, ensejo pelo qual não

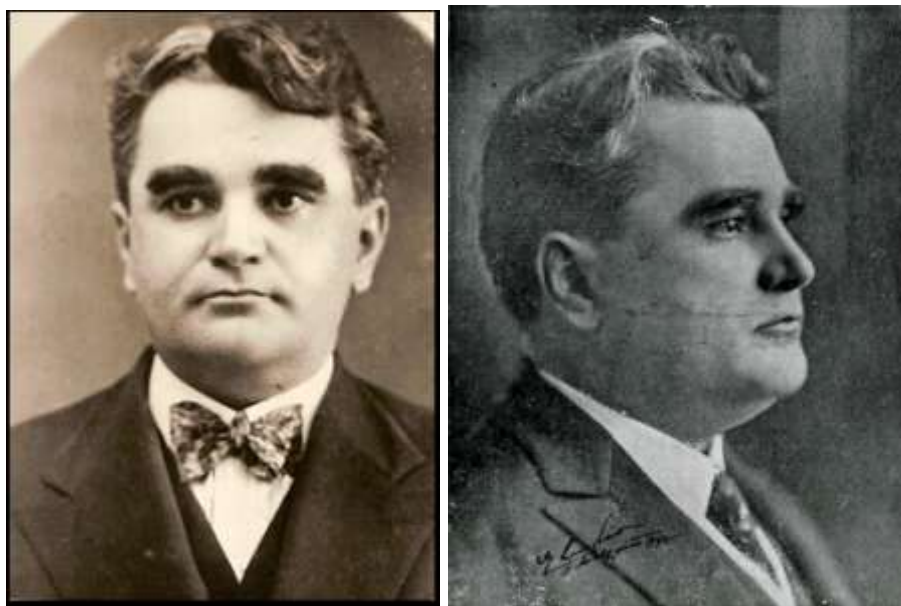
está inteiramente aberto ao turismo. A inspeção é feita por guardas, pela polícia militar ambiental e pela Companhia de Saneamento de Minas Gerais (COPASA). As demais extensões do parque estão autorizadas para a prática do ciclismo e outros desportos, bem como caminhadas e ações de educação ambiental.

A alcunha do parque se originou da história popular e foi vinculado no poema "A Serra do Rola-Moça" de Mário de Andrade mais tarde musicalizado por Martinho da Vila em 1987 no disco "Coração de Malandro". A poesia expõe o conto de um casal que, posteriormente ao matrimônio, atravancou a Serra regressando para sua habitação. O cavalo em que a moça estava deslizou no cascalho e ela despencou ladeira a baixo. O cônjuge açoitando seu cavalo partiu penhasco abaixo atrás da moça e "a Serra do Rola-Moça, Rola-Moça se chamou". O Distrito de Rola Moça se composta a partir da junção dos bairros: Águia Dourada, Bosque de Ibirité, Jardim Montanhês 2ª Seção, Monsenhor Horta 2ª Seção, Morada da Serra 1ª Seção, Morada do Sol 1ª Seção, Nossa Senhora de Lourdes 1ª Seção, Primavera 1ª Seção, Rola Moça, Vila Balsamo, Vila Bananal, Vila Barreirinho, Vila Tabuões e Vista Alegre 4ª Seção.

Acerca da sede municipal, O Distrito da Sede Municipal é formado pelos bairros: Afonso de Matos, Alvorada 3ª Seção, Antônio Amabile, Camargos 2ª Seção, Central Park 2ª Seção, Cruzeiro 3ª Seção, Dea Marly, Estrela do Sul 1ª Seção, Giácomo Aluotto, Jardim das Flores, Jardim Ibirité, Jardim Ipê 1ª Seção, Macaúbas 1ª Seção, Nossa Senhora de Fátima 4ª Seção, Novo Horizonte 3ª Seção, Parque Estrela do Sul, Primeiro de Outubro, Recanto das Árvores, Recanto Verde 2ª Seção, Santa Maria 4ª Seção, São Geraldo 3ª Seção, São Judas Tadeu 3ª Seção, Sítio Cafezal, Várzea 3ª Seção, Vila Candelária 2ª Seção, Vila Carvalho, Vila MetrÓpole, Vila Nova Esperança 2ª Seção, Vila Pinheiros, Vila Redenção e Vila São Luiz 1ª Seção

Washington Ferreira Pires (Formiga, 1892 — 1970) é um bairro da cidade e foi um médico neurologista e político brasileiro. Capacitou-se médico no ano de 1914, pela Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro, onde foi ajudante e educando dos Professores Miguel Couto, Antônio Austregésilo Rodrigues Lima e José Antônio de Abreu Fialho. Washington Pires (Figura 02) foi docente de Clínica Neurológica da Faculdade de Medicina de Belo Horizonte e escreveu diversas obras no campo da Neurologia.

Figura 02 - Professor Doutor Washington Ferreira Pires



Fonte: <http://www.acadmedmg.org.br/ocupante/washington-ferreira-pires/>

Consagrou-se também à política, tendo sido deputado estadual (1923-1930), Deputado Federal (1930; 1935-1937), e ministro da Educação e Saúde Pública (1932-1934) de Getúlio Vargas. Em 16 de setembro de 1932, recomendado pelo presidente de Minas, Olegário Maciel, tomou posse no Ministério da Educação e Saúde, em substituição a Francisco Campos, ocupando esta responsabilidade até o dia 25 de julho de 1934. Em julho de 1934, poucos dias antes de deixar o Ministério, impetrou um decreto rubricado pelo Presidente dispondo sobre “a profilaxia mental, assistência e proteção à pessoa e aos bens dos psicopatas, e inspeção dos ofícios psiquiátricos”. Foi eleito patrono da cadeira 86 da Academia Mineira de Medicina. Foi casado com Lindeia Sette Ferreira Pires.

Durval de Barros 3ª Seção ou Parque Duval de Barros é distrito de Ibitaré, desde 1976. É uma área da municipalidade que faz limites com Belo Horizonte (Durval de Barros 1ª Seção) e Contagem (Durval de Barros 2ª Seção), inclusive com determinadas partes pequenas do distrito pertencentes a dois municípios. O bairro nasceu em meados dos anos 1970, obra da ampliação imobiliária e do desenvolvimento urbano rápido da Grande BH. Tal aumento se deve à criação de um Centro Industrial associado ao bairro. O bairro tem a Avenida Coronel Durval de Barros, como via fundamental e de ligação, onde se encontra a Igreja de Nossa Senhora Aparecida e São Miguel, um alvo de referência para quem não reconhece o pólo comercial. Nesta igreja durante muito anos foi comandada pelo Padre Alvaro Antônio Monteiro de Barros, parente do Barão do Paraopeba, em Belo Vale. O bairro é um das regiões comerciais da urbe de Ibitaré. Apesar da carência de serviços como filiais bancárias ou dos correios, seduz um amplo contingente de habitantes de bairros

adjacentes, que desfrutaram de comércio diversificado e de acontecimentos esporádicos. Desde 1977 foi acomodado um Cartório na Avenida Coronel Durval de Barros, 50, sobreloja e em seguida transferido para a praça Zulmira Campos, que atende a região. O Durval de Barros é servido por distintas linhas de ônibus, que vinculam a região às áreas centrais de Belo Horizonte, Contagem, Ibirité; à Estação Eldorado, à região do Barreiro, à Estação Diamante e ao BH Shopping. O Distrito Washington Pires (antigo distrito de Parque Durval de Barros), será formado a partir da conexão entre os bairros: Aparecida 2ª Seção, Bela Vista 5ª Seção, Colorado 2ª Seção, Eldorado 2ª Seção, Fazenda Lajinha, José do Prado, Los Angeles 2ª Seção, Marilândia 2ª Seção, Mirante 2ª Seção, Palmares 2ª Seção, Palmeiras 2ª Seção, Parque Durval de Barros 3ª Seção, Parque Elizabeth, Piratininga 2ª Seção, Professor Washington Pires, Retiro do Jatobá, Serra Dourada 1ª Seção, Sol Nascente 2ª Seção, Vila Cascata, Vila Ideal, Vila Petrolina, Vila Serra Dourada e Vila Sossego.

LINHAS

Na era METROBEL, existiam exclusivamente duas linhas no municipais no sistema de Ibirité - uma permanecia dominada no sistema PROBUS, e a outra no sistema de territórios. Em meados dos anos 1980, as duas linhas se concentraram na linha PROBUS de numeração 0115, que continha múltiplos ramais, ocasião que durou até depois da municipalização do transporte coletivo de Ibirité. É válido registrar que existia a linha 0115 em Betim, que ligava a Fazenda Imbiruçu à Betim e perdurou entre 1990 e 1995.

Quadro II - Sistema Antigo de Linhas Municipais de Ibirité

Nº	Nome	Empresa	Período
T105	Jardim das Rosas / Ibirité	Viação Vale do Sol	xxxx-1982
<u>T205</u>	Palmares / Cascata	Col. Santa Marta	xxxx-1985
0115-A	Jardim das Rosas / Nossa Senhora de Fátima	Viação Cruzeiro	1985-2004

0115-B	Lagoa Azul/Palmares	Viação Cruzeiro	1985-2004
0115-C	Canãa / Bosque de Ibirité	Viação Cruzeiro	1985-2004
1156	Cascata/ Durval de Barros	Col. Santa Marta	xxxx-1985

O Sistema de Transporte Coletivo de Ibirité foi instituído em 2004, cinco após a municipalização da linha 0115, quando esta foi extinta e foi realizada a reorganização das linhas da cidade (Quadro III). Todas as linhas são ou foram operadas pela Viação Cruzeiro/Viação Sidon (Figura 03).

Quadro III - Lista do Novo Sistema de linhas Municipais de Ibirité (2004)

1002	Terminal Ibirité / Vila Ideal / Palmeiras / Marilândia	Viação Sidon	2014-2016
1000	Jardim das Rosas / Nossa Senhora de Fátima	Viação Sidon	Extinta
1001	Canãa / Bosque de Ibirité	Viação Sidon	Extinta
1002	Terminal Ibirité / Jardim Rosário / Vila Ideal / Palmeiras	Viação Sidon	2016-2020
1003	Canoas / Palmares	Viação Sidon	2004-2014
1003	Terminal Ibirité / Palmares / Lajinha	Viação Sidon	2014-2020

1004	Recanto da Lagoa / Morada da Serra	Viação Sidon	2004-2013
1004	Recanto da Lagoa / Hospital de Ibitaré	Viação Sidon	2013-2014
1004	Terminal Ibitaré / Recanto da Lagoa	Viação Sidon	2014-2020
1005	Cascata / Novo Horizonte	Viação Sidon	2008-2014
1005	Terminal Ibitaré / Cascata / Petrolina	Viação Sidon	2014-2020
1006	Lajinha / Ibitaré via Palmeiras	Viação Sidon	2013-2014
1006	Terminal Ibitaré / Bosque / Vista Alegre / Morada da Serra	Viação Sidon	2014-2020
1007	Terminal Ibitaré / Marilândia / Parque Elizabeth / Los Angeles	Viação Sidon	2016-2020
1008	Palmares / Jatobá (Ligeirinho)	Viação Sidon	2013-2016
1009	Terminal Ibitaré / Novo Horizonte	Viação Sidon	2014-2020

1010	Terminal Ibirité / São Pedro / Canaã / Lago Azul	Viação Sidon	2015-2016
1012	Terminal Ibirité / Morada da Serra / Vista Alegre / Bosque	Viação Sidon	2016-2017
7070	Terminal Ibirité / Palmeiras via Lago Azul / Jardim das Rosas	Viação Sidon	2019-2020
CH36A	Circular Hospital	Viação Sidon	2016-2020

Figura 03 - Layout antigo da linha 1003 Lagoa Azul/ Retorno Circular Palmares



Fonte: <https://busmg.wordpress.com/2014/09/12/1003-canoas-palmares/1003-035-ibirite-25-07-2014-4/>

Somente nos anos 2020, foi instituído o Sistema de Transporte Coletivo de Ibirité, com a inauguração de novo padrão de numeração e criação de várias linhas (Quadro IV).

Quadro IV - Lista do Novo Sistema de linhas Municipais de Ibirité (2020)

Nº	Nome	Empresa	Período
1012	Terminal Ibirité / Morada da Serra / Vista Alegre	Viação Sidon	2020- atual
1013	Recanto das Árvores / Lajinha / Palmeiras	Viação Sidon	2020- atual
1015	Fazendinha / Durval de Barros / Jardim Rosário	Viação Sidon	2020- atual
1020	Canaã / Monsenhor Horta	Viação Sidon	2020- atual
1021	São Pedro / Recanto Verde	Viação Sidon	2020- atual
1024	Cascata / Los Angeles	Viação Sidon	2020- atual
1025	Recanto da Lagoa / Durval de Barros	Viação Sidon	2020- atual
1030	Vila Ideal / Novo Horizonte	Viação Sidon	2020- atual
1031	Bosque / Durval de Barros	Viação Sidon	2020- atual

C001	Circular Hospital	Viação Sidon	2020-atual
C002	Circular Parte Alta		2020-atual

O terminal Ibirité está localizado na confluência da Avenida São Paulo, com a Rodovia Renato Azeredo, ao lado do Hospital e Maternidade Regional de Ibirité e é responsável pela integração das linhas alimentadoras municipais (Figura 04) com as linhas intermunicipais (Quadro V).

Figura 04 - Layout novo das linhas municipais de Ibirité



Fonte: <http://onibusibirite.blogspot.com/2017/11/linha-003-terminal-palmares-lajinha-ibirite-mg.html>

Quadro V - Linhas integradas ao terminal e sugestão de alterações operacionais para integrar as que estão de fora (Parque Durval de Barros e Professor Washington Pires)

300C	Terminal Ibirité / Belo Horizonte / Via Expressa (Semi-Direta)	Sem alterações
301C	Terminal Ibirité / Belo Horizonte via Avenida Amazonas	Sem alterações

302H	Terminal Ibirité / Hospitais	Sem alterações
303M	Terminal Ibirité / Estação Metrô Eldorado	Sem alterações
304M	Terminal Ibirité / Lago Azul / Jardim das Rosas / Estação Eldorado	Sem alterações
305R	Terminal Ibirité / Barreiro	Sem alterações
306R	Terminal Ibirité / BH Shopping	Sem alterações
833R	Terminal Sarzedo / Terminal Ibirité / Carrefour	Sem alterações
1000	Palmares / Regina / Alameda da Serra via Barreiro	Remanejar para o terminal
1100	Palmares / Bela Vista via João César de Oliveira	Remanejar para o terminal
1111	Washington Pires / Amazonas / Belo Horizonte	Remanejar para o terminal
1120	Sol Nascente / Tirol / Belo Horizonte	Remanejar para o terminal
1130	Palmares 1ª Seção / Belo Horizonte	Remanejar para o terminal
1140	Palmares 2ª Seção / Belo Horizonte	Remanejar para o terminal
1141	Palmares 2ª Seção / Regina / Belo Horizonte	Remanejar para o terminal

1150	Durval de Barros / Flamengo / Belo Horizonte	Remanejar para o terminal
1151	Palmeiras / Rua Pinhatã / Flamengo / Belo Horizonte	Remanejar para o terminal
1191	Palmeiras / Guanabara / Estação Eldorado	Remanejar para o terminal
1200	Palmares 2ª Seção / Lajinha / Belo Horizonte	Remanejar para o terminal
1201	Palmares 2ª Seção / Lajinha / Palmeiras / Belo Horizonte	Remanejar para o terminal
1210	Sol Nascente / Jatobá / Bairro Industrial / Água Branca	Remanejar para o terminal
1220	Sol Nascente / Água Branca via João César de Oliveira	Remanejar para o terminal
1231	Palmares 2ª Seção / Estação Eldorado	Remanejar para o terminal
1260	Durval de Barros / Palmares / Sol Nascente / Estação Diamante	Remanejar para o terminal
1270	Regina / Lindeia / Belo Horizonte	Remanejar para o terminal
1280	Lindeia / Belo Horizonte via Cidade Industrial	Remanejar para o terminal
1281	Lindeia / Bairro Industrial / Belo Horizonte	Remanejar para o terminal

1290	Vila Ideal / Estação Diamante	
1300	Palmares 2ª Seção / Bela Vista via João César de Oliveira	Remanejar para o terminal
1330	Washington Pires / João Pinheiro / Estação Eldorado	Remanejar para o terminal
1600	Petrolina / Estação Eldorado	Remanejar para o terminal
1620	Jardim das Rosas / Estação Eldorado via BR-381	Remanejar para o terminal
1621	Jardim das Rosas / Cascata / Estação Eldorado	Remanejar para o terminal
1630	Cascata / Estação Eldorado	Remanejar para o terminal
1640	Ouro Negro / Estação Eldorado	Mudar para Terminal Sarzedo
1650	Montreal / Ouro Negro / Cidade Industrial	Mudar para Terminal Sarzedo
1660	Montreal / Ouro Negro / Belo Horizonte	Mudar para Terminal Sarzedo
1661	Montreal / Belo Horizonte	Mudar para Terminal Sarzedo

1670	Montreal / Estação Eldorado	Mudar para Terminal Sarzedo
1671	Montreal / Petrovale / Estação Metrô Eldorado	Mudar para Terminal Sarzedo
1690	Cascata / Belo Horizonte	Remanejar para o terminal
1700	Bairro Eldorado / Estação Eldorado via BR-381	Remanejar para o terminal
1710	Petrovale / Estação Eldorado	Mudar para Terminal Sarzedo
1720	Recanto da Lagoa / Montreal / Ouro Negro / Petrovale / Belo Horizonte	Mudar para Terminal Sarzedo
1750	Águia Dourada / Estação Diamante	Remanejar para o terminal
1751	Vista Alegre / Estação Barreiro	Remanejar para o terminal
1770	Nossa Senhora de Lourdes / Estação Diamante	Remanejar para o terminal
1771	Nossa Senhora de Lourdes / Estação Barreiro	Remanejar para o terminal
1980	Morada da Serra / Estação Barreiro	Remanejar para o terminal
3356	Terminal Ibirité / Canaã / Lago Azul	Sem alterações

3370	Terminal Ibirité / Canoas / São Pedro	Sem alterações
3390	Terminal Ibirité / Jardim das Rosas	Sem alterações
3450	Terminal Ibirité / Bosque Ibirité	Sem alterações
3455	Terminal Ibirité / Bosque Ibirité / Monsenhor Horta	Sem alterações
3460	Terminal Ibirité / Monsenhor Horta / Jardim Montanhês	Sem alterações
3465	Terminal Ibirité / Monsenhor Horta / Bosque Ibirité	Sem alterações
3480	Terminal Ibirité / Recanto Verde / Jardim das Flores	Sem alterações
3500	Terminal Ibirité / Ibirité	Sem alterações
3520	Terminal Ibirité / Novo Horizonte / Ibirité	Sem alterações
3540	Terminal Ibirité / Bairro Eldorado via Ibirité	Sem alterações
3560	Marilândia / Belo Horizonte	Remanejar para o terminal
7580	Morada da Serra / Estação Diamante	Remanejar para o terminal

<https://movemetropolitano.com.br/ibirite>

com a integração das linhas do Pareque Durval de Barros e Professor Washington Pires, cria-se um novo sistema permitindo novas ligações como Água Branca, Bairro Industrial, Bela Vista 1ª Seção, Bela Vista 4ª Seção, Belo Horizonte via Avenida Amazonas, Belo Horizonte via BR-381, Flamengo, João César de Oliveira, Lindeia, Palmares de Cima, Palmares de Baixo e Regina (Quadro VI).

Quadro VI _ Novo Sistema do Terminal Metropolitano de Ibirité

300C	Terminal Ibirité / Belo Horizonte / Via Expressa (Semi-Direta)
301C	Terminal Ibirité / Belo Horizonte via Avenida Amazonas
302H	Terminal Ibirité / Hospitais via Tirol
303M	Terminal Ibirité / Estação Eldorado via Barreiro
304M	Terminal Ibirité / Estação Eldorado via BR-381
305R	Terminal Ibirité / Estação Diamante via Barreiro
306R	Terminal Ibirité / Alameda da Serra via Estação Diamante
833R	Terminal Sarzedo / Terminal Ibirité / Carrefour Flamengo
1000	Terminal Ibirité / Alameda da Serra via Estação Barreiro
1100	Terminal Ibirité / João César de Oliveira
1111	Terminal Ibirité / Washington Pires via Palmares 1ª Seção
1120	Terminal Ibirité / Sol Nascente

1130	Terminal Ibirité / Palmares 1ª Seção
1140	Terminal Ibirité / Palmares 2ª Seção via Sol Nascente
1141	Terminal Ibirité / Palmares 2ª Seção via Regina
1150	Terminal Ibirité / Durval de Barros via Sol Nascente
1151	Terminal Ibirité / Palmeiras via Rua Pinhatã
1191	Terminal Ibirité / Palmeiras via Guanabara
1200	Terminal Ibirité / Lajinha via Palmares 2ª Seção
1201	Terminal Ibirité / Lajinha via Palmeiras
1210	Terminal Ibirité / Sol Nascente
1220	Terminal Ibirité / João Pinheiro via Água Branca
1231	Terminal Ibirité / Palmares 2ª Seção via Jatobá
1260	Terminal Ibirité / Durval de Barros via Palmares
1270	Terminal Ibirité / Regina
1280	Terminal Ibirité / Cidade Industrial via Lindeia
1281	Terminal Ibirité / Bairro Industrial via Lindeia

1290	Terminal Ibirité / Vila Ideal
1300	Terminal Ibirité / João César de Oliveira
1330	Terminal Ibirité / Washington Pires via Palmares 2ª Seção
1600	Terminal Ibirité / Petrolina
1620	Terminal Ibirité / Jardim das Rosas via Vila Nunes
1621	Terminal Ibirité / Cascata via Jardim das Rosas
1630	Terminal Ibirité / Cascata via São Pedro
1690	Terminal Ibirité / Cascata via Lago Azul
1700	Terminal Ibirité / Bairro Eldorado via Vila Nunes
1750	Terminal Ibirité / Água Dourada
1751	Terminal Ibirité / Vista Alegre
1770	Terminal Ibirité / Nossa Senhora de Lourdes via Central Park
1771	Terminal Ibirité / Nossa Senhora de Lourdes via Jardim Ibirité
1980	Terminal Ibirité / Morada da Serra via Jardim Ibirité
3356	Terminal Ibirité / Jardim das Rosas via Canaã

3370	Terminal Ibirité / Canoas
3390	Terminal Ibirité / Jardim das Rosas via Lago Azul
3450	Terminal Ibirité / Bosque Ibirité via Jardim Ibirité
3455	Terminal Ibirité / Bosque Ibirité via Monsenhor Horta
3460	Terminal Ibirité / Monsenhor Horta via Jardim Montanhês
3465	Terminal Ibirité / Monsenhor Horta via Bosque Ibirité
3480	Terminal Ibirité / Recanto Verde
3500	Terminal Ibirité / Dea Marly
3505	Terminal Ibirité / Prefeitura Ibirité via Novo Horizonte
3520	Terminal Ibirité / Novo Horizonte via Jardim das Flores
3525	Terminal Ibirité / Novo Horizonte via Prefeitura Ibirité
3540	Terminal Ibirité / Bairro Eldorado via Lagoa Azul
3560	Terminal Ibirité / Marilândia
7580	Terminal Ibirité / Morada da Serra via Central Park

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considera-se emergencial compensação ambiental para os impactos diretos e indiretos do Terminal Ibirité. Em Ibirité existem 4 áreas municipais de preservação ambiental e 3 unidades de conservação estaduais: duas Áreas de Proteção de Mananciais (Decreto Estadual nº 22.109, de 14 de junho de 1982 que criou a APEE - Área de Proteção Especial Estadual do Corrego Taboão e o Decreto Estadual de número 22.110, de da mesma data em 1982, que definiu como área de interesse especial estadual, para proteção de mananciais, terrenos situados na bacia hidrográfica dos córregos Bálsamo e Fubá. Os três mananciais criados encontram-se no sopé da serra do Rola Moça. Para ampliar mais ainda a preservação, em 1994, no dia 08 de junho, foi criada a Área Estadual de Proteção Ambiental - APA do Vetor Sul da RMBH, com a assinatura do Decreto nº Estadual 35.624. Enfim, quatro anos depois, o Decreto Estadual 36.071, de 27 de setembro de 1994, criou o Parque Estadual da Serra do Rola-Moça (antigo Parque Estadual Florestal do Jatobá) quanto à esfera municipal, foram quatro instrumentos de criação de quatro áreas de preservação permanente:

1. Lei Municipal 1.397/1996, criou a Área de Preservação Permanente Mata Candeias e Grotão;
2. Lei Municipal 1.426/1996, criou a Área Particular de Preservação Ambiental Mata do Soca;
3. Lei Municipal 1.527/1998, criou a Área de Proteção Ambiental Mata da Sandoval Mata do Rosário;
4. Lei Municipal 1.527/1998, criou a Área de Preservação Ambiental Matinha do Rosário.

Como compensação ambiental deve se empreender um amplo inventário das áreas particulares e públicas de preservação ambiental, efetivando judicialmente sua preservação, já que o município cresce desordenadamente, com bairros e conjuntos nos quatro distritos Helena Antipoff, Rola Moça, Sede Municipal e Washington Pires.

LEI Nº. 2.223 DE 07 DE JANEIRO DE 2019.

“DISPÕE SOBRE A CRIAÇÃO DO PARQUE ECOLÓGICO DO NOVO HORIZONTE”.

O Sr. Prefeito do Município de IBIRITÉ:

FAÇO SABER que a CÂMARA de vereadores APROVOU e eu SANCIONO a seguinte LEI:

Art. 1º. Fica criado o Parque Ecológico do Novo Horizonte, Município de Ibitité, na área localizada entre as Ruas Calcário e Ferro.

Art. 2º. Esta área é considerada Área de lazer e Proteção Ambiental por abrigar árvores centenárias e espécies da floresta da Mata Atlântica e demais formas de vegetação natural.

Art. 3º. Sua criação tem por objetivos:

- I. conservar o patrimônio natural;
- II. conservar, preservar e manter a permeabilidade do solo;
- III. proteger a biodiversidade;
- IV. promover a melhoria da qualidade de vida das comunidades; e
- V. incluir programas de educação ambiental, de lazer ecológico e de recuperação das áreas degradadas.

Art. 4º. Fica vedado, no interior do Parque Ecológico do Novo Horizonte, o exercício de atividades efetivas potencialmente degradadoras do parque.

Art. 5º. A supressão da cobertura vegetal não será permitida nas áreas cobertas por espécies e a forma de vegetação nativa primária ou secundária nos estágios médio avançado de regeneração.

Parágrafo Único. A supressão da cobertura vegetal somente será admitida quando for indispensável à execução de projetos à promoção do lazer do parque.

Art. 6º. Para fins de implementar os dispositivos desta Lei, poderá o Executivo Municipal estabelecer convênios e parcerias com entidades públicas e privadas

Art. 7º. As despesas com a execução desta Lei correrão por conta das dotações orçamentárias vigentes.

Art. 8º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Ibirité, 07 de janeiro de 2019.

WILLIAM PARREIRA DUARTE, Prefeito

Seguindo o exemplo do Parque Professor Vicente Torres (Parque Ecológico Municipal do Cruzeiro), do Parque Ecológico Municipal do Eldorado, do Parque Ecológico Municipal do Ibituruna, do Parque Ecológico Municipal do Novo Horizonte, do Parque Ecológico Municipal Helena Antipoff e do Parque Estadual da Serra do Rola Moça, a Mata Candeias do Grotão deve ser transformada em parque urbano, assim como a Mata do Rosário, a Mata do Sandoval, a Mata do Soca e a Matinha do Rosário. A mata da Fazendinha, no Palmeiras também deve ser protegida.

CÂMARA MUNICIPAL DE IBIRITÉ

CEP.: 32.4000-000 - ESTADO DE MINAS GERAIS

Indicação nº 335/2017

O Vereador qu esta subscreve, ouvido o plenário na forma regimental vem indica ao executivo municipal, a necessidade:

- Construção de Parque Ecologico nas proximidades do Bairro Palmeira - Região denominada de Fazendinha.

Justificativa

É um anseio da população da região e será mais ma área de lazer para a população que usca qualidade de vida.

CÂMARA MUNICIPAL DE IBIRITÉ , 12 de junho de 2017

Vereador Welbert Ferreira de Farias

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMPOS, Regina Helena de Freitas. **Helena Antipoff: razão e sensibilidade na psicologia e na educação**. IN: Mulher, mulheres • Estudos Avançados. 17 (49), Dezembro 2003. Disponível em <<<https://www.scielo.br/j/ea/a/vrRrrTKm57vsYZvqDVpsgbx/?lang=pt>>> Acesso em 05. Nov. 2022

FUNDAÇÃO HELENA ANTIPOFF. **Memorial Helena Antipoff.** Disponível em <<<http://fha.mg.gov.br/pagina/memorial/helena-antipoff>>> Acesso em 05. Nov. 2022

GALERIA FÁBRICA DE APLICATIVOS. **Linhas da Ibiritrans.** Disponível em <<<http://galeria.fabricadeaplicativos.com.br/ibiritrans>>> Acesso em 05. Nov. 2022

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Município de Ibitité - MG.** Disponível em <<<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/mg/ibirite>>> Acesso em 05. Nov. 2022

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Panorama de Ibitité - MG.** Disponível em <<<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/mg/ibirite/panorama>>> Acesso em 05. Nov. 2022

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Histórico de Ibitité - MG.** Disponível em <<<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/mg/ibirite/historico>>> Acesso em 05. Nov. 2022

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Dados de Ibitité - MG.** Disponível em <<<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/mg/ibirite/pesquisa/23/25207?tipo=ranking>>> Acesso em 05. Nov. 2022

INSTITUTO ESTADUAL DE FLORESTAS DE MINAS GERAIS. **Parque Estadual da Serra do Rola Moça.** Disponível em <<<http://www.ief.mg.gov.br/component/content/198?task=view>>> Acesso em 05. Nov. 2022

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **Unidades de Conservação em Ibitité - MG.** Disponível em <<<https://uc.socioambiental.org/pt-br/noticia/145085>>> Acesso em 05. Nov. 2022

PLATAFORMA MOOVITAPP. **Linhas do município de Ibitité.** Disponível em <<https://moovitapp.com/index/pt-br/transporte_p%C3%BAblico-lines-Belo Horizonte-843-858231>> Acesso em 05. Nov. 2022

PREFEITURA MUNICIPAL DE IBIRITÉ. **Ibiritrans.** Disponível em <<<https://www.ibirite.mg.gov.br/detalhe-da-materia/info/ibiritrans/37252>>> Acesso em 05. Nov. 2022

PREFEITURA MUNICIPAL DE IBIRITÉ. Disponível em
<<<https://www.ibirite.mg.gov.br/detalhe-da-materia/info/departamento-de-meio-ambiente/6562>>> Acesso em 05. Nov. 2022

TERMINAL IBIRITÉ. **Informações sobre o Terminal Ibirité.** Disponível em
<<<https://www.terminal-ibirite.com/>>> Acesso em 05. Nov. 2022

TURCI, Deolinda Armani; RODRIGUES, Larissa Assunção; LOURENÇO, Érika. **Helena Antipoff: uma biografia intelectual.** In: Resenha Psicologia Escolar Educacional (Impressa) 18 (2), Maio-Agosto 2014. Disponível em
<<<https://www.scielo.br/j/pee/a/w8WTjPptHxdWLNbqGCrwxkq/?lang=pt>>> Acesso em 05. Nov. 2022

ANÁLISE DA LEI 14.181 DE 2021 E SUA APLICABILIDADE IMEDIATA: MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NAS SITUAÇÕES DE SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR

LAURA STELA INACIO FARIA:

Graduanda do Curso de Direito, pela Fundação de Ensino Superior de Goiatuba/GO – Fesg Centro Universitário de Goiatuba/GO – Unicerrado Curso de Direito. Estagiária do Ministério Público de Buriti Alegre/GO²⁶².

RESUMO: O presente trabalho discorre sobre a Lei 14.181/2021 que atualizou o Código de Defesa do Consumidor, introduzindo o sistema de prevenção e tratamento do superendividamento do consumidor. Deste modo, pretende-se averiguar a renegociação da dívida do consumidor superendividado sob o viés da análise econômica do direito; bem como realizar uma abordagem, sobre os métodos adequados de solução de conflitos nas situações de superendividamento do consumidor; mais voltado para uma abordagem crítico-reflexiva. Nesse sentido, sob o viés dos métodos adequados de solução de conflitos, que surge a problemática deste trabalho; de modo a verificar, qual seria o melhor método a ser adotado nas situações de superendividamento do consumidor: Conciliação ou mediação? Chegou-se à conclusão, de que o método humanizador a ser adotado no tratamento do superendividamento ultrapassa a tradicional distinção entre conciliação e mediação, dado o caráter social desse fenômeno, impondo a construção do plano de pagamento o “apoderamento” do superendividado em resgatar sua dignidade e preservar seu mínimo existencial. Este trabalho se utilizará como método de abordagem, a análise crítica dedutiva, através do procedimento técnico de pesquisa bibliográfica e fontes interdisciplinares de forma exploratória e qualitativa. Este trabalho se justifica pela sua importância social, visto que, o consumismo e o superendividamento estão em alta na sociedade, e isso gera transtornos que ferem a dignidade da pessoa humana, sendo de grande valia, o estudo deste trabalho, para prevenção do consumidor superendividado.

Palavras-chave: Boa-fé objetiva; Conciliação; Consumidor; Mediação; Mínimo existencial.

ABSTRACT: *The present work discusses the Law 14.181/2021 that updated the Consumer Defense Code, introducing the system of prevention and treatment of consumer over-*

²⁶² Contato: laurastelainaciof@gmail.com

indebtedness. In this way, it is intended to investigate the debt renegotiation of the over-indebted consumer under the bias of the economic analysis of law; as well as carrying out an approach on the appropriate methods of conflict resolution in situations of consumer over-indebtedness; more focused on a critical-reflective approach. In this sense, under the bias of adequate methods of conflict resolution, the problem of this work arises; In order to verify, what would be the best method to be adopted in situations of consumer over-indebtedness: Conciliation or mediation? It was concluded that the humanizing method to be adopted in the treatment of over-indebtedness goes beyond the traditional distinction between conciliation and mediation, given the social character of this phenomenon, imposing the construction of the payment plan the "empowerment" of the over-indebted to rescue their dignity and preserve their existential minimum. This work will be used as a method of approach, the critical deductive analysis, through the technical procedure of bibliographic research and interdisciplinary sources in an exploratory and qualitative way. This work is justified by its social importance, since consumerism and over-indebtedness are on the rise in society, and this generates disorders that hurt the dignity of the human person, being of great value, the study of this work, for the prevention of the over-indebted consumer.

Keywords: *Objective good faith; Conciliation; Consumer; Mediation; Existential minimum.*

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. A CULTURA DO CONSUMO NA (PÓS)MODERNIDADE: UM UNIVERSO DE NOVAS NECESSIDADES OU UMA INDÚSTRIA DE DESEJOS?; 3. CONSIDERAÇÕES SOBRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E SUA APLICABILIDADE; 3.1 As origens do mínimo existencial "substancial de consumo" presente na Lei 14.181/2021 e agora no CDC; 4. DOS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NAS SITUAÇÕES DE SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR; 4.1 Conciliação e mediação nas situações de superendividamento do consumidor; 4.2 Do procedimento da fase conciliatória e preventiva do processo de repactuação de dívidas; 4.3 A restauração do vínculo nos núcleos familiares superendividados; 4.4 Da advocacia colaborativa; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

A mais importante e mais esperada novidade legislativa na defesa do consumidor foi aprovada no dia 01 de julho de 2021: a Lei 14.181 que atualiza o CDC para a prevenção e o tratamento do superendividamento dos consumidores. Depois de cinco anos, o conhecido Projeto de Lei 3515/2015 (PLS 283, 2012 e PL 1805, 2021) foi aprovado, atualizando o CDC, reforçando a boa-fé na concessão responsável do crédito ao consumo e criando um sistema novo de conciliação em bloco das dívidas dos consumidores, preservando o mínimo existencial.

Aprovado na Câmara de Deputados em 09 de junho de 2021, o Projeto de Lei então numerado como 1805/2021 foi aprovado rapidamente e por unanimidade no Senado, com um texto de consenso liderado pelo Senador Rodrigo Cunha e que substituiu o PL 283/2012 do ex-Presidente e Senador José Sarney. Trata-se de o início de uma nova era de crédito responsável, proteção do consumidor pessoa natural e combate ao superendividamento, que apesar de vetos parciais, mantém intacto o espírito da Atualização, como se verá no decorrer deste trabalho (CONSULTOR JURÍDICO, 2021).

Trata-se de um texto legislativo maduro, preparado por uma Comissão de Juristas, discutido e debatido em anos de tramitação, um texto baseado nas lições do direito comparado, especialmente no modelo francês de reeducação financeira, mas adaptado à realidade brasileira (BENJAMIN; MARQUES, 2014). Essa aprovação é um passo fundamental para superar a cultura da dívida e passar para era da cultura do pagamento, diminuindo o número de endividados instituindo o crédito responsável, reduzindo uma mazela que tem prejudicado milhões de brasileiros, o superendividamento.

A lei que introduziu a prevenção e tratamento do superendividamento do consumidor no Brasil elevou a atuação de determinados agentes na concretização do combate a esse fenômeno social e mundial de exclusão social. Neste contexto, o protagonismo tanto para a prevenção quanto para o tratamento foi destinado inicialmente aos órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, art.104-C da lei especial, agora também do Código de Defesa do Consumidor, preservando ao Poder Judiciário o papel constitucional da apreciação em caso de lesão ou ameaça a direito.

Soma-se a esse grupo o desempenho da advocacia colaborativa, em consonância com a principiologia introduzida pelo Código de Processo Civil de 2015, a exemplo dos princípios da cooperação e do fomento aos métodos adequados de solução de conflito. Nesse formato, o diploma processual está em plena harmonia com a nova legislação ao resguardar o acesso à ação judicial de forma residual. É justamente, sob o viés dos métodos adequados de solução de conflitos, que surge a problemática deste trabalho; de modo a verificar, qual seria o melhor método a ser adotado nas situações de superendividamento do consumidor: Conciliação ou mediação?

Como hipótese, pode-se dizer, é que a partir da “Lei do Superendividamento” a defesa do consumidor transcende a exclusividade da decisão judicial, nela sendo incluída a conciliação e a mediação como ferramentas do processo humanizado de repactuação da dívida, que é “congelada” e são estabelecidas condições favoráveis a sua liquidação com a garantia do mínimo existencial para o consumidor devedor. Nesse sentido, vale salientar que os meios consensuais de resolução do conflito viabilizam a capacidade de retomada

do status de solvência do devedor para honrar com o pagamento de forma aceita pelo credor e exercer sua cidadania de forma plena.

Este trabalho, tem como objetivo geral, fazer uma análise da lei 14.181 de 2021, e de sua aplicabilidade imediata, bem como realizar uma abordagem, sobre os métodos adequados de solução de conflitos nas situações de superendividamento do consumidor; mais voltado para uma abordagem crítico-reflexiva.

O primeiro objetivo específico, visa discorrer sobre a cultura do consumo na (pós)modernidade, em forma de questionamento, indagando-se, se essa cultura do consumo poderia ser vista como um universo de novas necessidades ou uma indústria de desejos. Já o segundo objetivo específico, visa realizar algumas considerações sobre mínimo existencial e sua aplicabilidade. Partindo para o terceiro e último objetivo específico, aqui será dado ênfase aos métodos adequados de solução de conflitos nas situações de superendividamento do consumidor.

Este trabalho se justifica pela sua importância social, visto que, o consumismo e o superendividamento estão em alta na sociedade, e isso gera transtornos que ferem a dignidade da pessoa humana, sendo de grande valia, o estudo deste trabalho, para prevenção do consumidor superendividado. Já como importância jurídica, vê-se uma necessidade de um maior diálogo das fontes (Constituição Federal; Código Civil; Código de Defesa do Consumidor – Lei do Superendividamento; dentre outras), onde faça valer os direitos desses consumidores vulneráveis, respeitando o limite financeiro de cada um, e fazendo valer a legislação, não ficando ali, só no papel.

Essas e outras questões são discutidas neste texto, que foi desenvolvido em pesquisa teórica, com o apoio de técnicas de pesquisa documental indireta (doutrina e jurisprudência), numa abordagem lógico-dedutiva, partindo-se do delineamento do cenário contemporâneo das relações consumeristas, passando-se, na sequência, ao estudo das práticas mercadológicas e, por fim, analisando-se o fenômeno do superendividamento de maneira específica.

Em respeito ao método científico adotado, deve-se destacar que é esse o caminho trilhado na investigação, que culmina com algumas propostas no sentido de resgatar a dignidade do vulnerável, o restabelecimento de suas mínimas condições de sobrevivência, bem como, em médio prazo, a reestruturação de sua vida financeira.

2. A CULTURA DO CONSUMO NA (PÓS)MODERNIDADE: UM UNIVERSO DE “NOVAS NECESSIDADES” OU UMA “INDÚSTRIA DE DESEJOS”?

A conduta de adquirir bens, enquanto uma das características mais identificadoras do ser humano, posto que indispensável à sobrevivência e à manutenção da espécie, perpassa, desde os tempos mais remotos, a vida de todos os sujeitos.

Esse fato é corroborado pela própria História da Humanidade, ao revelar que, já no Código de Hamurabi (TEIXEIRA, 2014, p. 71), século XVIII a.C., era possível identificar, ainda que de maneira muito incipiente, alguns elementos atinentes ao fenômeno do consumo, bem como tentativas de disciplinar as relações firmadas entre os respectivos negociantes. Por exemplo, o construtor de embarcações respondia pelos danos advindos de falhas no produto, delineando um fóssil do que hoje se conhece como relação consumerista (ALMEIDA, 2006, p. 1)²⁶³.

Também existiram normas protetivas semelhantes no Antigo Egito, que eram aplicadas para assegurar os interesses de indivíduos que recebessem bens adulterados ou de natureza diferente da inicialmente contratada (conduta sancionada com multa proporcional ao dano do adquirente) (PERIN JUNIOR, 2003).

No século XIII a.C., o Código de Manu (Leis 697 e 698) punia a adulteração ou a entrega de coisas em espécie inferior à pactuada ou, ainda, a venda de bens de mesma natureza por preços diversos (FILOMENO, 2016, p. 300).

Na história helênica, fiscalizava-se a venda de produtos no mercado, especialmente quanto à adulteração da qualidade e do peso (o trigo era o bem mais visado). Multas eram aplicadas para a inobservância do correto e taxas eram cobradas dos comerciantes. Além disso, Cícero também defendia a possibilidade de quebra contratual para vícios ocultos nos produtos (BORGES, 2012, p. 36).

Em Roma, desde a Lei das XII Tábuas, o comprador podia esperar transparência do devedor, especialmente quanto aos vícios na coisa. Ações ressarciam o comprador em casos de vícios ocultos na coisa vendida (PEDRON, 2000). Outros exemplos ainda podem ser colacionados no mesmo sentido: a Lei Sempcônia (123 a.C.), que incumbia ao Estado a distribuição de cereais abaixo do preço de mercado; a Lei Clódia (58 a.C.), que reservava o benefício de tal distribuição aos indigentes e a Lei Aureliana (270 d.C.), que determinava a distribuição do pão diretamente pelo Estado (PRUX, 1998, p. 79).

263 Para a "teoria finalista", adotada pelo Código de Defesa do Consumidor Brasileiro – Lei 8.078/90 –, trata-se de vínculo jurídico estabelecido entre o fornecedor – que pode tomar a forma de fabricante, produtor, importador, comerciante e prestador de serviço –, aquele que se dispõe a fornecer bens e serviços a terceiros, e o consumidor que, subordinado às condições e aos interesses impostos pelo titular dos bens ou serviços, no atendimento de suas necessidades, retira o produto do mercado de consumo, dando-lhe o destino final.

Ainda seguindo o curso da História, na Idade Média houve a sedimentação do comércio e já se iniciava o embrião das indústrias, bem como surgiram os burgos. Com isso, favoreceram-se, além da atividade econômica minimamente organizada, a adulteração e a fraude de alimentos e especiarias (TEIXEIRA, 2014, p. 71). Nesse período, a proteção ao consumidor foi bastante rudimentar, sendo apenas o exemplo francês o mais contundente: Luiz XI, em 1481, editou lei que previa o banho quente para quem vendesse manteiga misturada com pedra (para aumentar o peso) e leite misturado com água (para elevar o volume). Além desse, Portugal, nas Ordenações Filipinas (1603), previa a possibilidade de desfazimento da venda em caso de engano (com a consequente retenção de metade do preço) (FILOMENO, 2016, p. 3).

Foi apenas no Século XVIII e no Ocidente, especialmente graças à Revolução Industrial e a consolidação do capitalismo é que surgiram as primeiras iniciativas voltadas à normatização das relações de consumo. Em 1872, nos Estados Unidos, foram publicadas as primeiras regras disciplinadoras das relações consumeristas, eis que reprimiam fraudes praticadas em contratos comerciais houve também, nesta mesma fase, a criação de algumas agências governamentais, v.g, a Federal Trade Commission, a qual, dotada de amplos poderes investigatórios, tinha como principal finalidade, a aplicação das leis de repressão às práticas comerciais desleais e de proteção ao consumidor (ALMEIDA, 2006 apud SANT'ANNA; NASCIMENTO PEREIRA; CONSALTER, 2020, p. 66-67).

Além desse fato, a atuação do Presidente Kennedy, especialmente no discurso dirigido ao Congresso em 15 de março de 1962, cujo tema foi o problema com o veículo recordista de vendas chamado *Ford Pinto*, que continha um defeito no tanque de combustível e fez com que ocorressem inúmeros acidentes com incêndios e vítimas fatais, gerou a onda protecionista dos vulneráveis e aumentou a pressão para que ocorresse a responsabilidade dos fornecedores (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 4-5).

Em 22 de dezembro de 1972, na França, foi publicada lei que oferecia ao consumidor o tempo de sete dias para ponderar sobre a compra feita. Além desta, a *Loi Royer* (1973), que punia a propaganda enganosa; a *Loi Scrivener* (1978), que vedava a publicidade abusiva; e o *Code de La Consommation*, decreto que normatizou as relações de consumo naquele país (ALMEIDA, 2006, p. 301).

E a necessidade de tutela suplantou os limites nacionais, fato que resultou na aprovação pela Organização das Nações Unidas (ONU) da Resolução 39/248/85, que materializou a evolução dos sistemas jurídicos rumo ao bom amparo do consumidor. Ela apresenta amplo conteúdo axiológico e fez incidir sobre os Estados o pacto de instaurar políticas públicas visando à tutela dos consumidores, respeitando, evidentemente, as

regionalidades e a economia de cada país. As questões pertinentes ao consumo e à legislação correlata adquiriram ainda mais força e destaque no cenário internacional com a estruturação da Comunidade Europeia, época em que o direito comunitário passou a dar efetividade às diretrizes disciplinadoras da publicidade e responsabilidade civil pelos acidentes de consumo (GORJÃO-HENRIQUE, 2008).

Acatando essa orientação, o Brasil, embora a legislação específica em defesa do consumidor só tenha vindo ao ordenamento jurídico em 1990, não esteve alheio à sua necessidade de proteção, sendo possível enumerar, apenas pelo critério cronológico, algumas leis que antecederam não só a Lei 8.078/90, mas também a própria Constituição de 1988: a) o Decreto 22.626/33, de repressão à usura; b) a Constituição de 1934, que, nos artigos 115 e 117, elencou as primeiras regras de proteção à economia popular; c) os Decretos-leis 869/38 e 9.840/46, que cuidaram da previsão dos crimes contra a economia popular, resultando, posteriormente, na Lei 1.521/51 – Lei de Economia Popular; d) a Lei 4.137/62 – Lei de Repressão ao Abuso do Poder Econômico; e e) a Lei 7.347/85, que disciplinou a Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao consumidor, juntamente com a tutela de outros direitos (SANT’ANNA; NASCIMENTO PEREIRA; CONSALTER, 2020, p. 68).

Voltando-se as luzes para a norma constitucional (1988), esta buscou minimizar a vulnerabilidade do indivíduo consumidor, entendendo-se tratar de desdobramento do princípio da dignidade humana e elevando a defesa do consumidor à categoria de direito fundamental (KOURI, 2013).

Ademais, a mesma norma ainda elevou a tutela consumerista à categoria de princípio da ordem econômica e impôs ao Estado o dever de elaborar um Código de Proteção e Defesa do Consumidor a fim de disciplinar essas específicas relações, o que, para Rizzatto Nunes, mostrou-se um grande avanço, eis que “ele não participa do ciclo de produção e, nesta medida, não tem acesso a esses meios, assim como também não dispõe de prévios mecanismos de controle sobre os produtos e serviços que adquire [...], logo, necessita de proteção específica” (NUNES, 2015, p. 57).

Ao retomar a trajetória do consumo e sua proteção na legislação específica no Brasil, depara-se com a publicação da Lei 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), reconhecido pela literatura, de modo quase unânime, como um microsistema que, dotado de princípios e regras, tanto de direito material como processual, igualmente se revelou inovador na respectiva disciplina.

Vale ressaltar que essas pontuações históricas pertinentes à vulnerabilidade do indivíduo que consome e os movimentos estatais no sentido de tutelá-lo auxiliam na compreensão da potencialização desse marcante aspecto do sujeito (pós)moderno, o qual busca encontrar o “seu eu” no mercado, conduta esta geradora de efeitos muitas vezes negativos, a exemplo do superendividamento (BAUMAN, 2001).

Isso ocorre porque, mesmo diante da existência de uma gama de disposições normativas que objetivam proteger os consumidores vulneráveis, o ato de consumir representa, atualmente, muito mais do que uma simples compra de objetos, ou contratação de serviço, em si mesma considerada. Diametralmente, como resultado de uma perigosa e profunda inversão de valores e percepções, experimentada diariamente pelos indivíduos contemporâneos, os quais são envoltos pelos certos e irresistíveis apelos do mercado e das mídias, o consumo ganhou status de referencial de existência e satisfação humana (SANT’ANNA; NASCIMENTO PEREIRA; CONSALTER, 2020, p. 68).

Passa-se, então, ao desenho do estado da arte dessas relações tão marcantes da sociedade de consumo pós-moderna. Seu desenho se inicia por alguns traços marcantes: “elevação do nível de vida, abundância das mercadorias e dos serviços, culto dos objetos e dos lazes, moral hedonista e materialista [...]” (LIPOVETISKY, 2009, p. 184).

Os aspectos delineados são indicadores perfeitos da denominada “sociedade de consumo”, descrita por Bauman como “a única na história humana a prometer a felicidade na vida terrena, aqui e agora e a cada agora sucessivo. Em suma, uma felicidade instantânea e perpétua” (BAUMAN, 2008, p. 60). Dessa maneira, o ato de consumo passa, atualmente, a corresponder ao atendimento das necessidades primárias do indivíduo e se torna tão importante que se confunde com a ideia de felicidade (BAUMAN, 2008, p. 41).

O grande problema reside no fato de que se inicia uma cadeia sem fim de novas necessidades gerando novas mercadorias, que por seu turno dão ensejo a outros desejos e a outros produtos, o que “inaugura uma era de obsolescência embutida dos bens oferecidos no mercado [...]” (BAUMAN, 2008, p. 43).

Com base nesse mesmo cenário factual, Lipovetsky, ao abordar a questão do individualismo do sujeito contemporâneo, também faz algumas considerações sobre o consumismo, conceituando-o como um mecanismo que se fundamenta na sedução, considerando que “os indivíduos adotam os objetos, as modas, as fórmulas de lazer elaboradas pelas organizações especializadas, porém de acordo com suas conveniências, aceitando isto e não aquilo, combinando livremente os elementos programados” (LIPOVETISKY, 2007, p. 84-85). Ou, ainda: “a sociedade centrada na expansão das

necessidades é, antes de tudo, aquela que reordena a produção e o consumo de massa sob a lei da obsolescência, da sedução e da diversificação, aquele que faz passar o econômico para a órbita da forma moda” (LIPOVESTISKY, 2009, p. 184).

Observa-se, então, que essa conduta não decorre de um comportamento natural, mas, sim, de uma atitude “implantada”, que se baseia nos mitos da felicidade e da igualdade, ou seja, o indivíduo só se sente igual (pareado com os demais) e, portanto, feliz se corresponder ao poder e à capacidade de compra de todo um grupo ou estrato social a que queira pertencer. E para que essa sensação de felicidade realmente exista, o sujeito precisa não só dos bens que quantitativamente consegue possuir, mas, principalmente, que esses bens comportem o peso simbólico (que corresponde ao sucesso, à beleza etc.), inserto em tais objetos (SANT’ANNA; NASCIMENTO PEREIRA; CONSALTER, 2020, p. 70-71).

Destaque-se que essa impressão de que a felicidade pode advir do ato de consumo é tão sedutora e convincente que conduz o indivíduo a condutas estereotipadas, gerando na pessoa a necessidade de adquirir produtos de grifes ou fabricantes predeterminados, pois parece ser “bom” e também o torna “adequadamente identificado” no grupo ou coletividade em que pretende se ver inserido (GAULIA, 2016, p. 59). Surge, aí, o que Bauman identifica como uma sociedade que “[...] promove, encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumista e rejeita todas as opções culturais alternativas” (BAUMAN, 2008, p. 71).

O que se verifica da leitura dessa constatação é que o consumo não é mais uma atividade comum, veículo de bens e serviços e supridor da sobrevivência das pessoas, mas, sim, uma faceta social (pós)moderna em que se difunde e excita desejos sob o pseudopretexto de sentir-se feliz ou incluso num determinado nicho.

Outro ponto é o referente à rotulação dos indivíduos conforme o uso ou não de determinadas marcas. Nestas, há a “[...] a dupla dimensão de emblema e nome produz, portanto, a sujeição, cujo rebento é a criação de um grupo ou coletivo. A clientela de uma marca representa, então, um grupo constituído como uma corporação” (QUESSADA, 2003, p. 149). Isso faz com que a pessoa que faça uso desta ou daquela marca e a exiba passe a demonstrar uma espécie de servidão espontânea: “[...] uma forma de renúncia ao conhecimento dado pela palavra, em proveito de um sistema de signos que o representa e o situa como membro de um coletivo unificado pelo nome da marca” (QUESSADA, 2003, p. 149).

Assim, para os *homo consumericus* não é mais suficiente apenas adquirir para suprir as suas necessidades básicas. É imperioso consumir muito, sempre e cada vez mais. Para Bauman, na sociedade de consumidores todos têm que tratar o consumo como uma conduta vocacionada que é, “[...] ao mesmo tempo, um direito e um dever humano universal que não conhece exceção” (BAUMAN, 2001, p. 71-72).

Na mesma toada, Lipovetsky entende que ocorre uma alteração no principal fato motivador da prática consumerista, pois o que passa a servir de base à dinâmica do consumo não é mais a finalidade em si do produto ou serviço, mas, sim, a busca da satisfação pessoal de forma constante e ilimitada, na qual a valoração distrativa das mercadorias, não raras vezes, tem o poder de suplantar seu valor honorífico e utilitário (LIPOVESTISKY, 2007, p. 44).

Vê-se, então, a instauração de um círculo vicioso, pois as “novas necessidades” originam “novos desejos” e, a partir dessa dinâmica de mercado, o consumismo não mais diz respeito à simples satisfação das necessidades do sujeito, mas, sim, das necessidades de identificação e aprovação de outrem ou, posto de outra maneira, um desejo fundado na comparação, vaidade, inveja e no anseio de pertencer a determinado agrupamento social (CARVALHO; FERREIRA, 2016, p. 187).

Para passar às considerações já realizadas, é importante registrar, ainda, outra crucial faceta do consumismo alhures rapidamente mencionada, qual seja, a obsolescência programada dos produtos, que corresponde a uma estratégia mercadológica bastante difundida em determinados setores de produção, notadamente de aparelhos eletrônicos e/ou tecnologia.

Assim, para que a atual sociedade de consumo possa sobreviver nesses patamares do “excesso” e, mais do que isso, tenha condições de prosperar e manter o mercado aquecido, faz-se mister que os seus atores protagonistas, os consumidores, sintam a necessidade constante de adquirir bens, ainda que o objetivo dessa conduta esteja centrado na ilusória e falaciosa busca do “sentir-se bem”, mediante o uso e a ostentação de uma imensa variedade de “novos” e “indispensáveis” objetos (CARVALHO; FERREIRA, 2016, p. 186).

Nesse contexto social contemporâneo, mercadorias e produtos são instrumentos utilizados para obter a admiração do outro, e o ritmo imposto por essa cultura de consumo alimenta, ainda mais, os desejos do indivíduo que, uma vez satisfeitos, são imediatamente substituídos por outros (CARVALHO; FERREIRA, 2016, p. 187-188).

Daí se extrai a ideia de que a sociedade de consumo tem como um de seus combustíveis a “não satisfação” das pessoas ou, em outros termos, a sua infelicidade, que é alimentada cada vez que os produtos se depreciam e se desvalorizam logo após terem

sido adquiridos. Aí, a cada vez que se compra algo para si, imediatamente se originam outras “[...] necessidades/desejos/vontades ainda mais novos” (BAUMAN, 2008, p. 64).

E, resultante desse engendramento, os mesmos bens de consumo passam a ser produzidos em versões cada vez mais customizadas, despertando no consumidor (pós)moderno um intenso desejo de realizar novas aquisições, ou seja, mesmo naquelas hipóteses em que o produto da antiga versão ainda se mostre eficiente e útil, é bem provável que venha a ser descartado e substituído pelo novo (SANT’ANNA; NASCIMENTO PEREIRA; CONSALTER, 2020, p. 70-71).

Para Bruno Miragem (2013), a obsolescência programada consiste na “redução artificial da durabilidade dos produtos ou do ciclo de vida de seus componentes, para que seja forçada a recompra prematura”, representando, portanto, uma espécie de artifício utilizado pelo fornecedor para aumentar suas vendas e margem de lucro.

Ao analisar essa questão, sob outra importante perspectiva, André Gorz (2010) destaca que a dita obsolescência programada, além de contribuir a outros malefícios imediatos, endividamento do consumidor, subtrai deste o senso de responsabilidade ambiental o usufruto e descarte dos produtos, os quais são comumente despejados em espaços inadequados, sem a mínima preocupação com os prejuízos causados ao meio ambiente.

Outro aspecto que se destaca nessa conjuntura social (pós)moderna é o denominado “consumo-distração”, prática realizada em corredores e vitrines dos grandes centros comerciais e, em tese, esvaziada de preocupações mais profundas, sem qualquer fidelidade ao produto, bastando o significado simbólico desse novo estilo de vida que, aos olhos também dos outros indivíduos, reflete um estado de “felicidade concreta”. E, evidentemente, nessa equação não entram o trabalho, a benemerência, a essencialidade humana (BAUMAN; DONSKIS, 2014, p. 180)

E para encerrar esse tópico, impende o resgate da ideia desenvolvida até esse ponto, que reside no seguinte: até há pouco, o ato de consumo consistia no suprimento das necessidades elementares das pessoas. Agora, há uma mudança profunda, que ocorre por meio da adoção de outros valores, mediante os quais o ato de consumo passa a ser realizado como eco às sugestões e práticas de *marketing*, o que se perfaz numa relação de dependência dos indivíduos (pós)modernos e o mercado.

Por seu turno, as relações de consumo também se modificaram, abandonando a clássica concepção para avançar às “contratações de massa”, que são estabelecidas por meio de simples adesão (nem sempre tão simples assim), mas, em muitas circunstâncias,

por publicidade nebulosa, sub-reptícia, enganosa e tendenciosa à promoção de lucros injustos e irregulares pelos fornecedores, o que contribui, sobremaneira, para a ocorrência do fenômeno do superendividamento.

3. CONSIDERAÇÕES SOBRE MÍNIMO EXISTENCIAL E SUA APLICABILIDADE

O mínimo existencial tem fonte constitucional, e a Lei 14.181/2021 inclui o mínimo existencial como parte integrante da definição de superendividamento, o que é uma inovação.

Segundo Marques:

A proteção do mínimo existencial e a proteção das condições mínimas de sobrevivência do consumidor pessoa natural respeita o princípio da "dignidade da pessoa humana" (art. 1º, III da CF/1988), da proteção especial e ativa do consumidor (art. 5º, XXXII, da CF/1988) e concretiza o objetivo fundamental da República de "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (art. 3º, III, da CF/1988), assim como realiza a finalidade da ordem constitucional econômica de "assegurar a todos existência digna" (art. 170 da CF/1988) (MARQUES, 2022, p. 43 apud VANZO; TONIAL, 2022, p. 6).

No relatório do Anteprojeto está escrito: O mínimo existencial, enquanto garantia, "independe de expressa previsão constitucional", conforme leciona Ingo Sarlet (2007). E prossegue o autor, ensinando que "o objeto e conteúdo do mínimo existencial, compreendido também como direito e garantia fundamental, haverá de guardar sintonia com uma compreensão constitucionalmente adequada do direito à vida e da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundamental" (SARLET, 2007).

Tanto a necessidade de preservar o mínimo existencial, em especial nos contratos de crédito consignado, que retira do idoso a possibilidade de liberdade de escolha a quem pagar (despesas médicas, remédios, alimentação etc.), quanto a necessidade de reforçar o dever de informar e de esclarecimento sobre os ônus do crédito e do inadimplemento, antes da contratação, assim como a oferta prévia mantida por algum tempo, para poder o consumidor comparar ofertas e refletir melhor antes de vincular-se, devem ser levadas em consideração na proposta (MARQUES; BENJAMIN, 2009).

No sistema francês, que permite a reeducação do consumidor ao se submeter a uma conciliação conjunta com todos seus credores e comprometer-se a pagar suas dívidas, também há que se preservar o mínimo existencial ou mínimo vital denominado "*restre a vivre*" (FLORES, 2011, p. 67). Noção oriunda do direito público, como ensina Kazuo

Watanabe, "o *mínimo existencial*, além de variável histórica e geograficamente, é um conceito dinâmico e evolutivo, presidido pelo princípio da proibição de retrocesso, ampliando-se a sua abrangência na medida em que melhorem as condições socioeconômicas do país" (WATANABE, 2011).

Essa noção, conhecida também na França, tem a ver com a dignidade da pessoa humana, mas o mínimo existencial em matéria de crédito, apesar de ter sua origem na noção do direito público, seria a "quantia capaz de assegurar a vida digna do indivíduo e seu núcleo familiar destinada à manutenção das despesas de sobrevivência, tais como água, luz, alimentação, saúde, educação, transporte, entre outras" (CARVALHO; SILVA, 2018).

Hoje, indiretamente, por se permitir a consignação de apenas 30% do salário do funcionário público, imagina-se que o mínimo existencial é 70% do salário ou pensão. Em outras palavras, com os 70% a pessoa pode continuar a escolher quais dos seus devedores paga mês a mês e viver dignamente com sua família, mesmo que ganhe pouco, sem cair no superendividamento. Limitar a consignação a esse patamar parece necessário também no Brasil (CAVALLAZZI; SILVA; LIMA, 2010).

Na organização do plano, há de se preservar o mínimo existencial, ou o credor não consegue cumprir o plano e pagar suas dívidas. Preservado esse mínimo, pela presença do Judiciário e do conciliador indicado pelo juízo, o consumidor estimula-se a pagar e a limpar seu nome.

Interessante notar, que nas versões preliminares dos anteprojetos que seriam mais tarde o PLS 283/2012 e PLS 281/2012, na Comissão de Juristas do Senado Federal as regras iniciais estavam todas no Projeto de Lei inicial, do superendividamento, Art. 1º, 5º, 6º e 7º.12 A discussão em audiências públicas a Comissão de Juristas do Senado Federal ensaiou uma definição de mínimo existencial, mas não inclui (MARQUES, 2021).

Somente no primeiro relatório na Comissão Temporária de Modernização do Código de Defesa do Consumidor (criada em 18 de outubro de 2013, pelo Requerimento 1.179, de 2013), incluiu-se uma definição exemplificativa de mínimo existencial (na repactuação de dívidas e na concessão de crédito, a preservação do mínimo existencial, entendido como a quantia mínima destinada à manutenção das despesas mensais razoáveis de sobrevivência, tais como água, luz, alimentação, saúde e moradia, entre outras despesas essenciais), a qual não foi aceita no plenário e o substitutivo do Senador Ferraço final já não a menciona (MARQUES, 2021). A inclusão vinha assim explicada e justificada na Minuta do relatório da Comissão em dezembro de 2013:

A inclusão da preservação do mínimo existencial é importante para fornecer alguns parâmetros aos financiadores na hora da concessão do crédito e também ao juiz ou ao conciliador do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor no momento de aceitar o plano e a conciliação (repactuação) (MARQUES; LIMA, 2013).

Seria mais um direito básico do consumidor e o texto é mencionado na tese de doutorado de Karen Bertoncello:

Art. 6º, XII – na repactuação de dívidas e na concessão de crédito, a preservação do mínimo existencial, compreendido como a quantia mínima destinada à manutenção das despesas mensais razoáveis de sobrevivência assim entendidas as referentes a água, luz, alimentação, saúde, moradia e educação (BERTONCELLO, 2015, p. 83).

Tratava-se de exemplos, mas foram muito discutidos e se preferiu delegar à regulamentação, assim alcançou-se no plenário uma aprovação unânime, preservando-se a noção em abstrato. Mencione-se que, além do PLS 283/2012, também o projeto processual, o PLS 282/2012, que não foi aprovado no Senado Federal, mencionava o mínimo existencial, no então denominado art. 104-A da parte processual coletiva (MARQUES, 2021).

Em resumo, no Substitutivo final do Senador Rodrigo Ferraço, que dá nascimento ao PL 3515/2015, nesse momento, foi inserida a necessidade de regulamentação do mínimo existencial, possivelmente por Decreto ou pelo Banco Central, e retirados quaisquer exemplos do que constitui essa noção geral e constitucional do mínimo existencial, em matéria de concessão de crédito e repactuação de dívidas. O parecer final do substitutivo, parecer 698/2015 do Senador Ferraço, explica a necessidade de regulamentação e a importância da noção (MARQUES, 2021). Assim sendo, a inclusão do mínimo existencial foi muito positiva e ainda estendida durante a passagem do PL 3515/2105 na Câmara. Veremos, agora, alguns detalhes.

3.1 As origens do mínimo existencial “substancial de consumo” presente na Lei 14.181/2021 e agora no CDC

O mínimo existencial tem sua origem no direito público, trata-se de um direito fundamental ao mínimo de existência digna. Realmente é esta a expressão “existência digna” do art. 170, *caput*, da CF/1988, direito fundamental social retirável do art. 6º da CF/1988 (TORRES, 2009). A doutrina considera que o mínimo existencial seria direito:

Pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a; tem validade erga omnes, aproximando-se do conceito e das consequências do estado de necessidade; não se esgota no elenco do art. 5º da Constituição nem em catálogo preexistente, é dotado de historicidade, variando de acordo com o contexto social (CARVALHO; SILVA, 2018 apud VANZO; TONIAL, 2022, p. 7).

No direito privado, está ligado à ideia de não penhorabilidade do patrimônio mínimo, de um mínimo vital ou de sobrevivência protegido. Em direito do consumidor, o direito ao mínimo existencial está presente nas discussões do corte de luz, nas interpretações da cláusula geral de boa-fé e equidade do art. 51, inciso IV, do CDC (FACHIN, 2006).

Como ensina Kazuo Watanabe, “o *mínimo existencial*, além de variável histórica e geograficamente, é um conceito dinâmico e evolutivo, presidido pelo princípio da proibição de retrocesso, ampliando-se a sua abrangência na medida em que melhorem as condições socioeconômicas do país” (WATANABE, 2011).

A doutrina defende que a noção constitucional seja adaptada ao superendividamento, o que os irmãos Dahinten denominam: “mínimo existencial de consumo” (DAHINTEN; DAHINTEN, 2016). A ideia é correta, pois há um mínimo existencial constitucional e uma noção mais restrita na concessão de crédito e na repactuação das dívidas através dos planos de pagamentos, conciliatórios ou judiciais da Lei 14.181/2021, que apesar de ligada à dignidade da pessoa humana, tem mais proximidade com um mínimo de sobrevivência “substancial” (BERTONCELLO, 2015), na sociedade de consumo ou da noção francesa instrumental e pragmática de um *reste a vivre* (o necessário, o que viabiliza, o que sobra para viver, no caso a caso dos planos de pagamento das dívidas) (CARVALHO; SILVA, 2018). Nesse sentido, denomina este mínimo existencial da Lei 14.181/2021 e agora do CDC, de “mínimo existencial substancial de consumo” (MARQUES, 2021).

O conceito de mínimo existencial constitucional, como ensina Ingo Sarlet, é difícil de ser fixado, evolui no tempo e é mais amplo diretamente vinculado à garantia irrenunciável de uma existência digna, assim “abrange mais do que uma mera sobrevivência física, situando-se além do limite da pobreza absoluta”, bem como “não pode ser reduzida à mera existência” (SARLET, 2011). Porém, mesmo nessa largueza abstrata constitucional, trata-se de um direito social com efeitos horizontais entre privados:

(...) o mínimo existencial no que diz com a garantia da satisfação das necessidades básicas para uma vida com dignidade, assume a condição de conteúdo irrenunciável dos direitos fundamentais sociais (assim como o conteúdo em dignidade é irrenunciável no campo dos direitos fundamentais em geral), e, portanto, vincula o próprio (particular) titular do direito e, por via de consequência, também acaba por gerar um correlato e direto dever jurídico de respeito e proteção, mesmo por parte de outros particulares (...) (SARLET, 2016, p. 140).

Nesse ponto do direito-dever de respeito e proteção se insere a nova regra de garantia, na concessão do crédito e na repactuação das dívidas (art. 6º, XII, do CDC), da “preservação do mínimo existencial, nos termos da regulamentação”. Concorde-se, pois, que se trata de concreção da noção constitucional a um caso concreto especial, de dignidade do consumidor, seja na concessão de crédito, seja na repactuação de dívidas e em todos os planos de pagamento da Lei 14.181/2021.

Karen Bertoncello (2015) opta por não incluir um cálculo básico para o mínimo existencial (a fixação em lei de um percentual fixo como mínimo existencial deve ser evitada). A autora considera que a construção de um mínimo existencial no caso a caso, através da conciliação do superendividamento, tem caráter pedagógico e depende da atuação ativa de todos os envolvidos naquele ambiente de renegociação.

Assim, Karen Bertoncello sugere uma classificação e instrumentos para concretizar caso a caso essa figura, esse “direito social fundamental”, sugerindo:

O *mínimo existencial substancial* (ou mínimo existencial propriamente dito) pode ser identificado quanto ao momento, quanto à forma e quanto ao conteúdo, a saber: a) *quanto ao momento*, é identificado na fase conciliatória, quando alcançado o entendimento entre devedor e credor(es), com a formatação de acordo homologado pelo juiz; ou, na fase judicial, através da prolatação da sentença; b) *quanto à forma* (moldura), o mínimo existencial substancial deve ser assegurado ex officio, é irrenunciável, não podendo ser fixado aprioristicamente; c) *quanto ao conteúdo* (pintura), deve ser apurado quando da apreciação do caso concreto com a preservação de parte do orçamento pessoal do devedor para garantir que viva em condições dignas e viabilizando o pagamento das despesas básicas (BERTONCELLO, 2015, p. 123 apud OLIVEIRA, 2022).

E defende a denominação “mínimo existencial substancial”, que é encontrada caso a caso, mas trata-se de quantia “capaz de atender as despesas básicas do devedor” (BERTONCELLO, 2015, p. 131).

A Ordem dos Economistas do Brasil, em seus relevantes estudos enviados à Câmara de Deputados e ao Senado Federal sobre o impacto macroeconômico do PL 3515/2015, também enviou documento sobre os gastos e conclui que, na faixa de 1 a 5 salários mínimos, a maioria dos consumidores que precisarão de ajuda para a repactuação das dívidas necessitam preservar 65% a 70% do que ganham para manter os gastos de consumo mínimos (MARQUES, 2021).

Na Portaria Modelo do Brasilcon para instituições de Núcleos de Apoio aos Superendividados para os PROCONs, destaca-se que, se pela Lei 14.181/2021 o plano de pagamento as dívidas exclui as com garantia real, dos financiamentos imobiliários, as contraídas por indenizações judiciais, as dívidas alimentícias, as dívidas fiscais, as dívidas de condomínio, as dívidas rurais e de aluguel, essas deverão ser levadas em conta para o estabelecimento do mínimo existencial do consumidor, mas que ficam fora do processo de repactuação de dívidas (MARQUES, 2021).

Como esclarece Karen Bertoncello, os elementos que compõem o mínimo existencial serão apurados caso a caso, mas referem-se: “1. Despesa mensal para alimentação própria, despesa de aluguel ou moradia; despesa com saúde e medicamentos, despesa com luz, com água, com telefone (hoje com internet e dados), despesas com impostos diretos, com eventuais pensão alimentícia e educação” (BERTONCELLO, 2015, p. 104-105).

Como se observa, desde a concepção da Lei 14.181/2021 o mínimo existencial “substancial de consumo” é parte essencial, verdadeira base e finalidade de preservação (para evitar e prevenir o superendividamento e a ruína) dos consumidores na concessão do crédito e construir o alicerce de boa-fé para a repactuação das dívidas e os planos de pagamento, sejam conciliatórios, sejam judiciais. Essa nova noção, abstrata, instrumental, substancial, será importante paradigma novo para o CDC.

4. DOS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NAS SITUAÇÕES DE SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR

A Lei especial 14.181/2021 inseriu no artigo 5º do CDC duas exigências para a execução da política nacional das relações de consumo, a saber: “VI – instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa natural” (BRASIL, 1990).

O texto legal destaca os dois momentos de atuação no combate ao superendividamento, utilizando linguagem aberta para expressar a forma pela qual o poder público e, bem assim, as entidades privadas deverão empreender esforços na instrumentalização da lei. "VII – instituição de núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento" (BRASIL, 1990).

Os núcleos de conciliação e mediação de conflitos especializados na matéria do superendividamento retratam a necessidade de priorização e relevância do tema diante da repercussão evidenciada nas pesquisas há mais de 15 anos.

Neste particular, percebe-se o cuidado do legislador ao endereçar a exclusividade da atuação dos órgãos públicos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e do Poder Judiciário para a realização da "fase conciliatória e preventiva do processo de repactuação de dívidas", conforme previsão dos artigos 104-A e 104-C.

Veja-se que a necessidade de atendimento multidisciplinar no acolhimento do superendividado, respeitada a estrutura disponível e no anseio da ampliação do destino de verba orçamentária para a ampliação, dialoga com os objetivos do Conselho Nacional de Justiça, quando da publicação da Resolução 125/2010, na medida em que se propôs a promover o fomento, a organização e a uniformização da oferta de política pública permanente de mecanismos para solução consensual dos litígios (BRASIL, 2010).

Daí por que a instalação dos núcleos poderá estar adstrita aos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, no âmbito extrajudicial, como nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC's), com atuação extrajudicial ou judicial. E nesta linha de verificação, a nomenclatura adotada na legislação merece algumas ponderações diante da evolução da doutrina relacionada à denominação e conteúdo dos métodos adequados de solução de conflitos.

4.1 Conciliação e mediação nas situações de superendividamento do consumidor

O estudo comparativo entre os métodos de resolução de conflitos impõe observar sua classificação, a qual ficou denominada de métodos construtivos ou destrutivos, de acordo com a curva ascendente ou descendente da expansão do conflito no curso da relação processual. Não é incomum que o resultado leve o conflito ao patamar de "independentemente de suas causas iniciais. Prossegue o autor, apontando que os métodos construtivos viabilizam o fortalecimento da relação social preexistente à disputa ao final da relação processual ou pré-processual (AZEVEDO, 2009, p. 19).

A esse respeito, tivemos a oportunidade de escrever:

Veja-se que uma análise perfunctória dos métodos consensuais de resolução de conflitos em sede de superendividamento permitiria

evidenciar seu caráter construtivista, na medida em que as relações sociais e jurídicas atingidas pelo superendividamento, sujeitas à renegociação das dívidas, usualmente, terão continuidade após o resgate da saúde financeira do devedor. É que a experiência tem demonstrado que os contratos submetidos à renegociação voluntária revelam relações de trato sucessivo, a exemplo dos cartões de crédito, contratos bancários em geral, planos de saúde, compras efetuadas a prazo diretamente com o comerciante local, entre outras. Com isso, a utilização do método construtivista não apenas possibilitará a rápida reinserção social do superendividado, mas, também, preservará a continuidade da relação com o fornecedor de crédito (BERTONCELLO, 2017).

Segundo Cahali, a diferenciação feita entre a conciliação e a mediação indicia que a primeira seria destinada às relações de consumo, porque voltada à “solução de conflitos objetivos, nos quais as partes não tiveram convivência ou vínculo pessoal anterior, cujo encerramento se pretende” (CAHALI, 2011, p. 37). Nesse passo, podemos afirmar a adequação do método da conciliação aos conflitos de natureza circunstancial, atuando o conciliador com a possibilidade de sugerir e questionar os conciliandos. Não obstante o conciliador esteja desprovido de poderes de decisão, “recomenda soluções e alerta a respeito dos riscos da aceitação ou não de determinada proposta” (FIORELLI et al, 2016, p. 56).

No que concerne às situações de superendividamento, comumente nos defrontamos com relações continuadas, incluindo diferentes fornecedores de crédito, titulares de relação de fornecimento de bens essenciais (água, luz) ou de serviços em que a catividade do consumidor pode atuar como fator de agravamento do superendividamento (contratos bancários, de telefonia, de TV a cabo, de internet).

É nessa medida que vale pontuar a necessidade de lapidação da conciliação com técnicas de mediação como método mais adequado às hipóteses de superendividamento do consumidor. A mediação mantém o foco no conflito, e não na solução. Portanto, a finalidade pretendida destina atenção às partes para o restabelecimento de uma convivência com equilíbrio de posições, independente de se chegar a uma composição, embora esta seja naturalmente desejada (BERTONCELLO, 2021).

Daí por que são as técnicas empregadas na mediação que interessam às peculiaridades das situações de superendividamento do consumidor, porquanto a obtenção do acordo ensejará a renegociação com a permanência do vínculo e a vigência de novas obrigações recíprocas.

4.2 Do procedimento da fase conciliatória e preventiva do processo de repactuação de dívidas

A essência do procedimento de repactuação de dívidas, seja na fase conciliação como na judicial, apresenta identidade de valores: a pronta atuação dos órgãos públicos no resgate da cidadania do consumidor pessoa natural. Nesse passo, o procedimento é célere e simplificado, sendo iniciado com as declarações prestadas pelo devedor quando do preenchimento do formulário. Note-se que nesta fase não há exigência de capacidade postulatória, permitindo que o consumidor atue em nome próprio sem a presença de advogado, na forma do artigo 104-A, da Lei 8.078 de 1990.

Da mesma forma, o procedimento previsto na Lei 14.181/2021 inicia pela fase de conciliação das dívidas que pode ser realizada extrajudicialmente pelos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (Procons, Defensorias Públicas e Ministério Público) ou no Poder Judiciário (MARQUES; LIMA; VIAL, 2021).

O convite para audiência conciliatória é endereçado a todos os credores declarados pelo consumidor. No curso desta, denominada originariamente de audiência de renegociação, o conciliador ouvirá as propostas dos credores no mesmo ato. As declarações feitas pelo devedor abrangem dados pessoais, com descrição de receitas e despesas (BERTONCELLO, 2009). Note-se que a descrição de despesas é adstrita aos itens relacionados à sobrevivência, a saber: "luz, aluguel, água, telefone, alimentação própria, pensão alimentícia, educação, plano de saúde, medicamentos, impostos e outras" (MARQUES; BERTONCELLO, 2010, p. 69).

A partir da comparação entre o total das despesas declaradas, a média da receita familiar e das propostas feitas pelos credores, que, em geral, representa parcelamentos das dívidas, o conciliador poderá auxiliar o superendividado na elaboração do plano de pagamento ponderando a distribuição dos pagamentos em respeito às despesas envolvidas com a sua sobrevivência e respeitando o limite de cinco anos, previsto no artigo 104-A, caput (BERTONCELLO, 2021).

A dinamicidade da audiência cumpre relevante papel na aproximação das partes e construção do plano de pagamento. Nesse sentido:

O ponto alto dessa audiência é justamente a possibilidade de coleta simultânea e/ou sucessiva das propostas na mesma sessão, permitindo que o consumidor superendividado possa escolher, se for o caso, a ordem dos pagamentos, conforme critérios pessoais de capacidade de reembolso ou, até mesmo, da natureza da dívida. Com isso, o conciliador exercerá o papel determinante na renegociação das dívidas e respectivo resgate da saúde financeira do

superendividado, na medida em que facilitará essa aproximação com os credores e, acima de tudo, será o veículo pacificador e redutor da frequente confusão mental que o devedor se encontra quando acometido da condição de superendividado (MARQUES; LIMA; VIAL, 2021, p. 125-126).

A esse respeito, o artigo 104-A contempla limites qualitativos na elaboração do plano de pagamento ao prever a preservação das “garantias e as formas de pagamento originalmente pactuadas”, assim como o § 1º determina a exclusão do superendividado ativo consciente, das dívidas provenientes de contratos de crédito com garantia real, de financiamentos imobiliários e de crédito rural (BERTONCELLO, 2021).

É justamente, nesse contexto, que a audiência de conciliação concretiza a preservação do mínimo existencial instrumental, por intermédio da construção conjunta entre conciliador, devedor e credores, conferindo caráter pedagógico ao ato com o emprego das seguintes técnicas, específicas e impositivas:

(a) *municiação do superendividado*: o programa de tratamento do superendividamento, na medida da sua estrutura disponível, deveria oferecer atividades voltadas ao reforço da elaboração de orçamento familiar. Essas atividades podem preceder à audiência de renegociação, permitindo que o devedor obtenha a orientação de profissionais específicos para uma melhor avaliação das propostas apresentadas pelos credores em audiência; (b) *empoderamento do consumidor*: o conciliador procederá à declaração de abertura da audiência, promovendo a compreensão de todos os presentes sobre a condição de fenômeno social do superendividamento, assegurando o atendimento pessoalizado ao superendividado a fim de permitir a minoração de eventual estigma enfrentado pelo devedor. Outrossim, o conciliador promoverá a escutatória do superendividado, se este assim o desejar, uma vez que a experiência tem demonstrado a necessidade de o devedor expor as razões que o levaram ao endividamento excessivo; (c) *coleta simultânea das propostas*: a voluntariedade na participação do procedimento pré-processual de tratamento do superendividamento não autoriza que o conciliador ou que o órgão público ao qual esteja vinculado escolham quais os credores deverão ser convidados para a renegociação. A escolha compete ao consumidor superendividado, salientando que a presença da totalidade dos credores oportunizará o conhecimento das condições reais e atuais de reembolso com a

adequação simultânea do plano de pagamento. Ainda, é nesse momento que o conciliador oportunizará a harmonia no prosseguimento das relações de consumo, “elevando” a atuação conjunta das partes em alcançar a solução para o adimplemento; (d) *preservação do mínimo existencial stricto sensu*: a elaboração simultânea do plano de pagamento deverá observar a preservação de valor que viabilize a continuidade do pagamento das despesas relacionadas à manutenção do mínimo existencial, respeitados os limites do orçamento familiar do devedor; e o (e) *reforço ao compromisso de mútuo comprometimento*: o termo de audiência registrará esse comprometimento, com as advertências sobre o vencimento antecipado da dívida em caso de inadimplemento ou de fraude contra credores. O mútuo comprometimento está relacionado com as obrigações do credor em viabilizar o pagamento, fornecendo, no tempo certo, o boleto bancário, por exemplo, retirando os dados do devedor do cadastro de inadimplentes no prazo acordado, entre outras (BERTONCELLO, 2021).

Denota-se que a complexidade da construção do plano de pagamento e da reinserção do consumidor corrobora o 17º Objetivo de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da ONU, oportunizando o envolvimento de entidades civis e governamentais no apoio à formação de uma rede capaz de minorar os efeitos dessa causa de exclusão social (BERTONCELLO, 2015). Entre os atores beneficiados neste cenário diversificado, vale elencar os estudantes, os segregados prestes a receber a liberdade condicional, entre outros.

4.3 A restauração do vínculo nos núcleos familiares superendividados

A origem da Justiça Restaurativa está situada na justiça criminal na década de 1970, a partir de experiências em comunidades norte-americanas. Contudo, este “conjunto de princípios, uma filosofia, uma série alternativa de perguntas paradigmáticas. [...] oferece uma estrutura alternativa para pensar as ofensas” (ZHER, 2012, p. 15), está voltado ao restabelecimento de práticas de pacificação social nas mais variadas áreas de atuação. Exemplo disso situa-se na realização de círculos de construção de paz em escolas com foco na prevenção de conflitos existentes nas relações entre alunos, entre professores e/ou alunos e professores.

E a pertinência da inserção das famílias superendividadas nas práticas restaurativas está relacionada com a amplitude das consequências geradas pelo fenômeno social do superendividamento. O desemprego, a redução de renda, a separação/divórcio ou doença atuam como causas originárias do superendividamento passivo que desencadeia situações de violência doméstica, dificuldades em estabelecer um relacionamento harmônico e

equilibrado entre pais e filhos, incremento da crise sócio-política que assola o país e degradação da educação fundamental.

A esse respeito, Catarina Frade elucida claramente o cenário do superendividamento: “Esta instabilidade financeira e esta gestão ‘no fio da navalha’ repercutem-se negativamente na sua produtividade, no seu desempenho social, nas suas relações familiares e na sua saúde física e psíquica” (FRADE, 2012, p.17). E especifica os impactos advindos do fenômeno ao descrever “estados depressivos, tendências suicidas, abuso de substâncias, violência doméstica, desespero e revolta são características observáveis nestes indivíduos e nas suas famílias” (FRADE, 2012, p. 17).

A sistemática de aplicação da Justiça Restaurativa ao reforço do vínculo familiar nas hipóteses de superendividamento do consumidor é compreendida pelos agentes integrantes da proposta de restauração à luz da doutrina originária estudada por Zher (2012, p. 53): “vítima, ofensor e comunidade”. No caso do superendividamento, a identificação dos agentes deve vir acompanhada dos ensinamentos de Rosângela Cavallazzi (2015), acerca da desconstrução dos “mitos no tratamento do superendividamento”.

Neste contexto, a figura da vítima não se limita apenas ao cônjuge ou aos filhos do superendividado, uma vez que o próprio devedor é o resultado das opções políticas de um governo que priorizou a ampliação do crédito desprovido da regulamentação atinente à sua concessão, sem adentrar na ausência de plano de contingência para o enfrentamento da crise.

É nesse sentido que a doutrina especializada no tema do superendividamento dos consumidores aponta expressamente os efeitos psicológicos gerados por este fenômeno. Neste ambiente de insegurança econômica, de excesso de confiança na capacidade de gerir seu orçamento e de confusão mental quanto à certeza do montante das dívidas (muitas vezes em virtude da complexidade dos encargos incidentes), o fôlego das relações familiares é colocado em xeque. O núcleo familiar já fragilizado transborda os limites do tolerável, ensejando consequências comportamentais (KILBORN, 2006).

Com isso, a aplicação da Justiça Restaurativa ao procedimento de tratamento das situações de superendividamento, em qualquer fase prevista na Lei 14.181/2021, deve proporcionar às famílias superendividadas a possibilidade de participar de círculos restaurativos. É certo que a aproximação voluntária do devedor com seus credores viabilizará a renegociação e a reestruturação do passivo. Contudo, é imprescindível que o devedor esteja preparado para gerenciar conjuntamente com o núcleo familiar o orçamento frente ao plano de pagamento das dívidas.

4.4 Da advocacia colaborativa

Como visto anteriormente, o Código de Processo Civil de 2015, art. 6º, introduziu no ordenamento jurídico processual o princípio da cooperação direcionando à priorização do acesso à Justiça mediante a adoção dos métodos adequados de solução de conflitos, a exemplo da redação dos artigos 139, V; 165 a 175. Na mesma linha, a Resolução 125 de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, contemplou no artigo 6º, incisos VI e VII, a necessidade de execução do trabalho em rede de colaboração:

Art. 6º [...].

VI – estabelecer interlocução com a Ordem dos Advogados do Brasil, Defensorias Públicas, Procuradorias e Ministério Público, estimulando sua participação nos Centros Judiciários de Solução de Conflito e Cidadania e valorizando a atuação na prevenção dos litígios;

VII – realizar a gestão junto às empresas e às agências reguladoras dos serviços públicos a fim de implementar práticas autocompositivas e desenvolver acompanhamento estatístico, com a instituição de banco de dados para visualização de resultados, conferindo selo de qualidade (BRASIL, 2010).

Merece destaque a previsão da atuação em rede, notadamente em vista da ambição do espírito das normativas aqui citadas, congregando a mudança de cultura: a construção conjunta de solução em lugar da espera da decisão judicial; e a reinserção do devedor na sociedade mediante a elaboração conjunta do plano de pagamento com preservação do mínimo existencial.

O exercício da advocacia colaborativa está diretamente relacionado com a atuação dos procuradores nas situações de superendividamento do consumidor, tanto em representação ao devedor como, e talvez, especialmente, aos credores. Note-se que a Lei especial atribuiu valor significativo às práticas leais e cooperativas não apenas na concessão do crédito, como também na renegociação. Esta expertise demandará capacitação e desenvolvimento de técnicas há muito estudadas, como visto supra, para a construção de solução conjunta e continuidade de relações jurídicas saudáveis (BERTONCELLO, 2015).

É neste viés que a própria normativa do CNJ estabelece a criação do selo de qualidade, tratado no inciso VII, que pretende classificar e reconhecer a atuação proativa das empresas em alcançar soluções pacíficas capazes de gerar ganhos mútuos nas relações contratuais. E o papel do advogado colaborativo encontra voz na finalidade de prevenção

e de tratamento do superendividamento do consumidor: “Enquanto o advogado contencioso briga por seu cliente e, muitas vezes, até piora o relacionamento entre as partes, o colaborativo se coloca como um resolvidor de problemas (*problem solver*), como alguém disposto a ajudar a remover os obstáculos que impedem o consenso” (PINHO; SALLES, 2015).

E o Capítulo VI-A do Código de Defesa do Consumidor atualizado oferece um rol ilustrativo e exemplificativo sobre as práticas leais dos fornecedores. Nessa linha, o artigo 54-C, inciso II, veda expressamente que a oferta de crédito seja efetuada sob o argumento da ausência de consulta a serviços de proteção ao crédito ou sem análise da capacidade de reembolso do consumidor, configurando a titulação atribuída pelo Prof. Bruno Miragem à Lei 14.181: Lei do Crédito Responsável (MIRAGEM, 2020).

Na prática, a atuação diligente do fornecedor de crédito encontra plena conformidade com o avanço dos meios tecnológicos empregados na formação da vontade do consumidor e futura produção probatória, como já visto em ações judiciais movidas contra instituição financeira para questionamento quanto à natureza do produto adquirido: contrato de empréstimo consignado com desconto em folha de pagamento ou contrato de cartão de crédito consignado, cuja cobrança é lançada na fatura mensal mediante adoção de encargos maiores e respectivo pagamento de percentual descontado diretamente da conta-corrente do consumidor.

Pelo exposto, a prática da advocacia colaborativa está diretamente relacionada com as hipóteses de prevenção do superendividamento do consumidor. Esta é a lição do mestre Jean Calais-Auloy quando aponta a imprescindibilidade de consulta a cadastros ao lembrar que a lei francesa, de 1º de julho de 2010, estabeleceu a obrigação de consulta e de cuidado, endereçada ao fornecedor de crédito, para verificação das condições de solvabilidade do consumidor, sob pena de perda dos juros (CALAIS-AULOY; TEMPLE, 2010, p. 652).

Ato contínuo, o art. 54-D, *caput* e seu parágrafo único do CDC/1990 (introduzido pela Lei nº 14.181 de 2021), dispõe que:

Art. 54-D. Na oferta de crédito, previamente à contratação, o fornecedor ou o intermediário deverá, entre outras condutas:

[...].

Parágrafo único. O descumprimento de qualquer dos deveres previstos no *caput* deste artigo e nos arts. 52 e 54-C deste Código poderá acarretar judicialmente a redução dos juros, dos encargos ou

de qualquer acréscimo ao principal e a dilação do prazo de pagamento previsto no contrato original, conforme a gravidade da conduta do fornecedor e as possibilidades financeiras do consumidor, sem prejuízo de outras sanções e de indenização por perdas e danos, patrimoniais e morais, ao consumidor (BRASIL, 1990).

Verifica-se assim, que entre nós, sanção civil correlata foi expressamente contemplada na atualização legislativa, reservando-se ao Poder Judiciário a possibilidade da análise da atuação do credor nos termos do artigo 54-D, parágrafo único.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito haveria ainda a dizer, mas o limite do tempo nos impede de continuar essa avaliação do belo texto aprovado. Mencione-se que com essa importante aprovação da Lei 14.181, 2021 no Senado, elementos teóricos postos em prática e já utilizados no ordenamento jurídico brasileiro, organiza-se a atualização do CDC para os próximos anos e inicia-se uma nova era: do crédito consignado, da prevenção e do tratamento do superendividamento e ainda mais importante, a primeira menção do CDC a necessidade de proteção especial da pessoa natural consumidora.

Como exposto anteriormente, este trabalho foi proposto a comemorar as práticas outrora desenvolvidas, antes da promulgação da Lei 14.181/2021, mas, especialmente, valorizar as linhas introduzidas em nosso ordenamento jurídico que destinam a solidificação da cultura da paz e do pagamento no âmbito da sociedade brasileira.

Como se pode notar no decorrer deste trabalho, a atualização do Código de Defesa do Consumidor permitiu a figura do convênio entre entes públicos do SNDC e 'as instituições financeiras ou suas associações' (Art. 104-C caput *in fine*), o que pode ajudar no sucesso das conciliações. De todo modo a prática é que, como por exemplo o PROCON-SP, os PROCONS tenham convênios com o Poder Judiciário para realizar melhor a fase conciliatória, mas a Lei 14.181/2021 abriu a possibilidade dos órgãos públicos do SNDC realizarem concorrentemente e de forma autônoma (quando desejarem) a fase conciliatória e preventiva do processo de repactuação de dívidas.

Considerando que a Lei nº 14.181, de 01 de julho de 2021 institui mecanismos "de proteção do consumidor pessoa natural" (Art. 5, VI) e "núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento" (Art. 5, VII) e especialmente autorizando concorrentemente "aos órgão públicos do SNDC a fase conciliatória e preventiva do processo de repactuação de dívidas" (Art. 104-C caput), entendemos que a Lei 14.181/2021 é completa; já que ela traz procedimento específico e que não depende de regulamentação específica quanto ao processo de repactuação de dívidas. Parece positivo que seja

complementada por instruções dos Tribunais de Justiça, dos Ministérios Públicos, Defensorias Públicas e PROCONS.

A regulamentação que será necessária é em relação ao mínimo existencial. O mínimo existencial tem fonte constitucional e a Lei 14.181/2021 inclui o mínimo existencial como parte integrante da definição de superendividamento, o que é uma inovação. A lei menciona sua regulamentação futura, mas o uso da noção em si independe de regulação, a qual não pode retroceder, por se tratar de direito fundamental, assim deverá ser apenas declaratória e não constitutiva desse direito.

Diante do exposto, e de modo a responder a problemática deste trabalho, pode-se dizer, que o método humanizador a ser adotado no tratamento do superendividamento ultrapassa a tradicional distinção entre conciliação e mediação, dado o caráter social desse fenômeno, impondo a construção do plano de pagamento o “apoderamento” do superendividado em resgatar sua dignidade e preservar seu mínimo existencial. Nesta sistemática, a reestruturação do passivo do devedor superendividado, em sede de método autocompositivo, mereceria uma aplicação mista, agregando na conciliação as técnicas advindas da mediação.

Mista porque a atuação positiva do conciliador, opinando e sugerindo a melhor solução referente às propostas perante o orçamento individual ou familiar do devedor, resultaria em maior proveito a ambas as partes e respeitaria a falta de equilíbrio prévio na relação de consumo. E a aplicação de técnicas da mediação reverterá em proveito do superendividado, porquanto as relações com maior incidência nesse fenômeno social são de longa duração, entabuladas com agentes financeiros. Em verdade, a aproximação do devedor com seus credores, proporcionada na audiência de conciliação, revela a própria instrumentalização do mínimo existencial.

Significa dizer que a lei especial denominou “conciliação e mediação”, no inciso VII do artigo 5º do CDC (BRASIL, 1990), no exato espírito inclusivo da norma, independente da identificação, o foco a ser observado é o resultado da prática de resgate da cidadania. De todo modo, a atualização do Código de Defesa do Consumidor traz a possibilidade de retomada do crescimento econômico saudável, com base no crédito responsável e na reinserção de consumidores no mercado brasileiro.

Antes da Covid-19, a instabilidade do país já trazia elevadas taxas de juros praticadas no país, mas, após a crise, a redução de renda, o desemprego, a doença, as mortes, as separações, todos são fatores que contribuem para o superendividamento dos consumidores e a conseqüente instabilidade financeira do país, que ganha agora um sopro de vida com aprovação definitiva da Lei 14.181/2021 de atualização do CDC. Que venha

esta nova era de maior boa-fé e lealdade na concessão do crédito e no tratamento do superendividamento da pessoa natural.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Manual de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

AZEVEDO, André Gomma. **Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas**: uma análise sob a perspectiva construtivista. Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt; DONSKIS, Leonidas. **Cegueira moral**: a perda da sensibilidade na modernidade líquida. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

BENJAMIN, Antônio H.; MARQUES, Cláudia Lima. **Extrato do Relatório-Geral da Comissão de Juristas do Senado Federal para atualização do Código de Defesa do Consumidor (14.03.2012)**. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 92, p. 303-366, mar.-abr. 2014.

BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. **Superendividamento e dever de renegociação**. In: *Superendividamento aplicado*: aspectos doutrinários e experiência no Poder Judiciário. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

_____. **Superendividamento do consumidor**: mínimo existencial, casos concretos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Mínimo existencial instrumental e o papel dos CEJUSC's na restauração do vínculo da família superendividada**. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de (Org.). *Direitos do consumidor endividado II*: vulnerabilidade e inclusão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 291-308.

_____. **Núcleos de conciliação e mediação de conflitos nas situações de superendividamento: conformação de valores da atualização do Código de Defesa do**

Consumidor com a Agenda 2030. *Conciliation and conflict mediation centres in situations of over-indebtedness: conforming the values of the update of the Consumer Defense Code with the 2030 Agenda.* Revista de Direito do Consumidor | vol. 138/2021 | p. 49 - 68 | Nov - Dez / 2021.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 de mar. de 2022.

_____. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 07 mar. 2022.

_____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução Nº 125 de 29/11/2010.** Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 12 jul. 2021.

_____. **Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020.** Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm. Acesso em: 16 jun. 2022.

_____. **Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021.** Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm. Acesso em: 18 jun. 2022.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem.** São Paulo: Ed. RT, 2011.

CALAIS-AULOY, Jean; TEMPLE, Henri. **Droit de la consommation.** 8. ed. Paris: Dalloz, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Nova Lei do Superendividamento:** uma rápida visão. Revista Consultor Jurídico. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-21/controversias-juridicas-lei-superendividamento-rapida-visao>. Acesso em: 08 jul. 2022.

CARVALHO, Diógenes Faria de; SILVA, Frederico Oliveira Silva. **Superendividamento e mínimo existencial:** teoria do *restre à vivre*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 118, p. 363-386, jul.-ago. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. **Confiança no futuro: desconstruindo quarto mitos no tratamento do superendividamento**. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 100, ano 24, p. 425-449, São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; LIMA, Clarissa Costa de. **Tradições inventadas na sociedade de consumo: crédito consignado e a flexibilização da proteção ao salário** *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 76, p. 74-111, out. 2010.

CONSULTOR JURÍDICO. **Lei do Superendividamento é sancionada com vetos e entra em vigor**. *Revista Consultor Jurídico*. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-02/lei-superendividamento-sancionada-vetos-entra-vigor>. Acesso em: 19 maio 2022.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês**. São Paulo: RT, 2002.

DAHINTEN, Augusto Franke; DAHINTEN, Bernardo Franke. **A proteção do consumidor enquanto direito fundamental e direito humano: consolidação da noção de mínimo existencial de consumo**. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 106, p. 135-165, jul.-ago. 2016.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FIORELLI, José Osmir et al. **Mediação e solução de conflitos: teoria e prática**, 2016.

FLORES, Philippe. **A prevenção do superendividamento pelo Código de Consumo**. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 78, abr. 2011. p. 67.

FRADE, Catarina. **Sobreendividamento e soluções extrajudiciais: a mediação de dívidas**. In: *Congresso de Direito da Insolvência*. Lisboa: Almedina, 2012.

_____. **O perdão de dívidas na insolvência das famílias**. In: SANTOS, Ana Cordeiro (Org.). *Famílias endividadas: uma abordagem da economia política e comportamental: causas e consequências*. Coimbra: Almedina, 2015.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. **Direito comunitário**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

GORZ, André. **Ecológica**. Trad. Celso Azzan Jr. São Paulo: Annablume, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

KILBORN, Jason J. **Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor**: buscando as causas e avaliando soluções. In: *Direitos do consumidor endividado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 66-104.

_____. **Comparative Consumer Bankruptcy. Durham**: Carolina Academic Press, 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1008150. Acesso em: 15 jun. 2022.

KOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do consumidor**: contratos, responsabilidade civil e defesa em juízo. São Paulo: Atlas, 2013.

LIPOVETISKY, Gilles. *A era do vazio*. Barueri: Manole, 2005.

_____. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

_____. **O império do efêmero**: a moda e seu destino nas sociedades modernas. Trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

MARQUES, Claudia Lima. **A vulnerabilidade dos analfabetos e dos idosos na sociedade de consumo brasileira**: primeiros estudos sobre a figura do assédio de consumo. In: MARQUES, Claudia Lima; GSELL, Beate. (Org.). *Novas tendências do Direito do Consumidor*. Rede Alemanha-Brasil de pesquisas em Direito do Consumidor. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 46-87.

_____. **Mulheres, Idosos e o Superendividamento dos Consumidores**: cinco anos de dados empíricos do Projeto-Piloto em Porto Alegre. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 100, p. 393-423, jul.-ago. 2015.

_____. **Conciliação em matéria de superendividamento dos consumidores**. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de. (Org.). *Direitos do consumidor endividado II: vulnerabilidade e inclusão*. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 265 e seg.

_____. **Notas sobre a Lei 14.181/2021**: a noção de mínimo existencial e sua aplicação imediata. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, V. 137, Set-Out. 2021.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman. **Consumer over-indebtedness in Brazil and the need of a new consumer Bankruptcy legislation**. In: RAMSAY, Iain et al. (ed.). *Consumer over-indebtedness*. Oxford: Hart Publ, 2009. p. 156 e s.

MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). **Direitos do Consumidor Endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: Ed. RT, 2006.

MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de. **Extratos dos Substitutivos dos Projetos de Lei 281, 282 e 283 de 2012 de Autoria do Senador Ricardo Ferraço**. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 90, p. 265-294, nov.-dez. 2013.

MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Káren R. Danilevicz. **Cadernos de investigação científica**. Brasília: DPDC/SDE, 2010.

_____. **Dados da pesquisa empírica sobre o perfil dos consumidores superendividados da Comarca de Porto Alegre nos anos de 2007 a 2012 e notícia sobre o Observatório do Crédito e Superendividamento Ufrgs-MJ**. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 99, p. 411-437, 2015.

MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; VIAL, Sophia. **Superendividamento dos consumidores no pós-pandemia e a necessária atualização do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo. 2021. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/105-dc.pdf?d=637581604679873754>. Acesso em: 14 out. 2022.

_____. **Nota à atualização do Código de Defesa do Consumidor para “aperfeiçoar a disciplina do crédito”, “para a prevenção e o tratamento do superendividamento” e “proteção do consumidor pessoa natural”**. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, vol. 136, p. 517-538, 2021.

MIRAGEM, Bruno. **Vício oculto, vida útil do produto e extensão da responsabilidade do fornecedor: comentários à decisão do REsp 984.106/SC, do STJ**. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 85, p. 325 e ss., jan. 2013.

_____. **Consumer credit and overindebtedness: the brazilian experience**. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 130, p. 65-77, jul.-ago. 2020.

NUNES, Luis Antônio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

OLIVEIRA, Julio Moraes. **A Lei do Superendividamento e o novo paradigma do mercado de crédito**. *Consultor Jurídico*. 2022. Disponível em:

https://www.conjur.com.br/2022-fev-09/garantias-consumo-lei-superendividamento-paradigma-mercado-credito#_ftn17. Acesso em: 12 jun. 2022.

PERIN JUNIOR, Écio. **A globalização e o direito do consumidor**: aspectos relevantes sobre a harmonização legislativa dentro dos mercados regionais. Barueri: Manole, 2003.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; SALLES, Tatiana. **Os novos desafios da mediação judicial no Brasil**. Revista de Informação Legislativa, v. 205, p. 55-70, 2015.

PRUX, Oscar Ivan. **Responsabilidade civil do profissional liberal no Código de Defesa do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

QUESSADA, Dominique. **O poder da publicidade na sociedade consumida pelas marcas**: como a globalização impõe produtos, sonhos e ilusões. Trad. Joana Angélica D. Melo. São Paulo: Futura, 2003.

RODRIGUES BARBOSA, Wander. **A Lei do Superendividamento e a Possibilidade de Recuperação do Cadastro da Pessoa Física**. Revista Jus. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/91838/tudo-sobre-a-lei-do-superendividamento-e-o-processo-de-repactuacao-de-dividas>. Acesso em: 17 maio 2022.

ROSA, Tais Hemann da; ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Notas Sobre a Tutela do Consumidor Superendividado no Brasil**: Um novo caso de proteção da pessoa contra si mesmo (atualidades e perspectivas). Arquivo Jurídico. Teresina-PI, v. 2, n. 1, p. 81-104. 2015. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/download/4508/2649>. Acesso em 22 jul. 2022.

SANT'ANNA, A.; NASCIMENTO PEREIRA, D.; CONSALTER, Z. M. **Boa-Fé e Superendividamento nas Relações de Consumo**. 30 ANOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Coleção: Comunicação e Políticas Públicas. Agendas Fáticas. Boa Vista: Editora da UFRR. 2020. Disponível em: <https://works.bepress.com/eloi/644/>. Acesso em: 05 fev. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado**. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 61, p. 90-125, jan.-mar. 2007.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 309 e ss.

_____. **Mínimo existencial e relações privadas**: algumas aproximações, in MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Cláudia Costa de. (Org.). *Direitos*

do consumidor endividado II: vulnerabilidade e inclusão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016 (p. 107-142).

SENADO FEDERAL. **Atualização do Código de Defesa do Consumidor**. Relatório. Presidência do Senado Federal, Brasília, 2012. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2012/03/14/comissao-de-juristas-encerra-primeira-etapa-do-cdc>. Acesso em: 15 jul. 2022.

TEIXEIRA, Odelmir Bilhalva. **Aspectos principiológicos do Código de Defesa do Consumidor**. Campinas: Russel, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VANZO, Bárbara Vitória; TONIAL, Nadya Regina Gusella. **Do superendividamento ao resgate do mínimo existencial: uma questão de dignidade da pessoa humana**. UPF. Rio Grande do Sul. 2022. Disponível em: <http://repositorio.upf.br/bitstream/riupf/2278/1/CAS2022B%C3%81RBARAVIT%C3%93RI%20AVANZO.pdf>. Acesso em: 29 set. 2022.

WATANABE, Kazuo. **Controle jurisdicional das políticas públicas: mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis**. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 193, mar. 2011.

ZHER, Howard. **Justiça restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2012.

DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA REFORMA TRABALHISTA

HENRIQUE FELICIO GROSS RIBEIRO:

Graduando em Direito pela Universidade
São Judas Tadeu – Mooca/SP²⁶⁴.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo discutir acerca dos aspectos jurídicos decorrentes das alterações introduzidas na Consolidação das Leis do Trabalho, pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, conhecida como Reforma Trabalhista. Desta forma, serão analisados os artigos: 790-B, caput e seu §4º; artigo 791-A, § 4º e artigo 844, § 2º, todos da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como serão debatidas as consequências da alteração da concessão do benefício da justiça gratuita. A pesquisa se classifica como indutiva, descritiva e bibliográfica. O trabalho ainda abordará sobre a decisão Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, que julgou parcialmente procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.766, declarando inconstitucionais os artigos: 790- B, caput e seu § 4º e artigo 791-A, § 4º, afastando, assim, as limitações e mitigação do acesso à Justiça do Trabalho.

PALAVRAS CHAVES: Reforma Trabalhista. Acesso à Justiça. Justiça Gratuita.

SUMMARY: The present work aims to discuss the legal aspects arising from the changes introduced in the Consolidation of Labor Laws, by Law No. In this way, articles will be analyzed: 790-B, caput and its §4th; article 791-A, § 4 and article 844, § 2, all of the Consolidation of Labor Laws, as well as the consequences of changing the granting of the benefit of free justice will be discussed. The research is classified as inductive, descriptive and bibliographical. The work will also address the decision of the Federal Supreme Court, in the context of concentrated control of constitutionality, which partially upheld the Direct Action of Unconstitutionality No. , § 4, thus removing the limitations and mitigation of access to the Labor Court.

KEYWORDS: Labor Reform. Access to justice. Free Justice.

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa visa analisar a (In)Constitucionalidade da Reforma Trabalhista no aspecto das rescisões trabalhistas, quanto ao princípio da proteção do trabalhador, se este fica ou não desamparado devido as mudanças na relação de trabalho.

²⁶⁴ Contato: grosshenrique@hotmail.com

A garantia constitucional ao amplo acesso à jurisdição é prevista no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, e o direito ao acesso à justiça gratuita tem previsão no mesmo dispositivo, no inciso LXXIV, que ampara a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem carência de recursos para arcar com as custas processuais. São garantias fundamentais positivadas e dotadas de proteção especial contra a discricionariedade de quem quer seja.

Vale ressaltar que o advento da Reforma Trabalhista, por exemplo, alterou a condenação dos honorários, em ações individuais, que somente era possível nos casos de assistência por sindicato representante de certa categoria. No entanto, era assegurada a condenação do vencido aos honorários assistenciais, não havendo que se falar em honorários de sucumbência.

Logo, se as partes reclamassem em causa própria, não poderiam usufruir dos referidos honorários caso viessem a ser vencedoras da causa. Sendo assim, com a Reforma Trabalhista a questão mudou. Nos termos da Lei nº 13.467/2017, caberá ao juiz fixar o valor dos honorários, observando os diversos critérios elencados no art. 791-A da Consolidação das Leis do Trabalho, sendo que esses valores deverão permanecer no limite entre 5% e 15%. Semelhante situação também alcança os honorários periciais.

O interesse da pesquisa e relevância pelo tema advém das diversas polêmicas e debates sobre a Reforma Trabalhista, que visando modernizar a regulamentação das relações de trabalho no país, e objetivar a diminuição do número de demandas perante a Justiça do Trabalho, inseriu dispositivos na Consolidação das Leis do Trabalho que acabam por inibir e intimidar o trabalhador de acessar à justiça.

O direito do trabalho é um ramo que compreende grande parte da sociedade e toda temática voltada para essa parcela é de grande relevância, sobretudo ao pensar nas novidades trazidas pela Lei 13.467/17- reforma trabalhista, e suas implicações nessa parcela social.

Desse modo a pesquisa encontra justificativa no momento em que o direito à igualdade dos trabalhadores para fins de equiparação salarial deve ser mantido e de maneira alguma sofrer qualquer tipo de afronta.

2. ASPECTOS DO DIREITO DO TRABALHO E DA REFORMA TRABALHISTA DA LEI 13.467/2017

O direito do trabalho foi regulamentado no ano de 1930, na Era Vargas, no qual com a origem das indústrias, os direitos dos trabalhadores precisaram ser assegurados, para garantir o equilíbrio na relação de trabalho, dando amparo as relações trabalhistas

dos empregados, uma vez que constituem a parte hipossuficiente na relação contratual trabalhista (BIAVASKI, 2007, p. 58).

As relações laborais surgiram juntamente com a criação das leis trabalhistas, uma vez que, as normas não englobam algumas situações cotidianas que ocorrem no ambiente de trabalho. Diante disso, foi necessário utilizar-se da equidade e da analogia, princípios gerais do direito, e mesmo o direito comparado, como uma forma de complementação das normas trabalhistas.

Contudo, o direito da proteção, conforme ensina o autor Américo Plá Rodriguez, é um direito que engloba todos os demais princípios, pois a proteção é o principal alicerce para o direito do trabalho, sendo este criado para proteger a parte economicamente mais fraca da relação, os trabalhadores. Derivando do princípio da proteção, existem subprincípios, que objetivam os direitos dos trabalhadores quando normas são confrontantes e também quando há sucessões normativas que retiram benefícios dos empregados (2002, p.89).

Um dos principais objetivos da Reforma Trabalhista foi a crise econômica que ainda assola o país, repercutindo de forma intensa no mercado de trabalho. Nesse contexto, surge a necessidade de implementação de uma nova política de modernização das leis trabalhistas. Publicada em 14 de julho de 2017, por meio da Lei 13.467/2017, a Reforma Trabalhista propôs modificações expressivas em toda esfera trabalhista. (CARVALHO, 2017, pág 83).

O direito do trabalho é um ramo do direito privado que é responsável por regular a relação jurídica entre trabalhadores e empregadores, baseado nos princípios e leis trabalhistas. É um dos ramos do direito privado mais importantes para sociedade, responsável por regular a relação jurídica entre trabalhadores e empregadores.

2.1 Constitucionalização do Direito do Trabalho

O Direito do Trabalho nasceu por necessidade humanitária de regulamentar as relações entre empregadores e empregados, visando a proteção destes, em especial contra a exposição das mais indignas e desumanas condições de trabalho, especialmente durante à Revolução Industrial. Os trabalhadores viviam com jornadas excessivas, não existência de salário mínimo suficiente à manutenção das suas necessidades básicas, inexistência da seguridade social para os momentos de invalidez, velhice e outras necessidades fundamentais do ser humano. (MELO, 2018, pag. 1,2).

A nova estrutura de produção da Revolução Industrial alterou os paradigmas existentes até então, trazendo como consequência, a diminuição dos postos de trabalho. Grande parte do trabalho humano foi substituído pelas máquinas a vapor, levando a uma drástica redução naquela, já precária, qualidade de vida dos trabalhadores, que eram submetidos a jornadas superiores a 14 horas de trabalho por dia, cujos acidentes de trabalho eram constantes e os salários irrisórios. (MELO, 2018, pag.1,2).

Menores e mulheres sofriam todo tipo de discriminação e exploração, pois, além de trabalharem em jornadas extensas, não recebiam nem a metade do que ganhavam os homens adultos. É nesse difícil cenário, marcado por precárias condições de trabalho, que começaram a eclodir as revoltas sociais, marcadas pelo surgimento dos movimentos trabalhistas coletivos, como greves. (MELO, 2018).

Em decorrência disso e por necessidade, os trabalhadores se organizaram em sindicatos e buscaram a intervenção do Estado como forma de estabelecer algum equilíbrio na desigual relação entre capital e trabalho. (MELO, 2018).

Para ajudar na implementação desse propósito, foi criada a Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1919, como parte do Tratado de Versalhes. A OIT foi fundada sob a convicção primordial de que a paz universal e permanente somente pode estar baseada na justiça social. (MELO, 2018).

As longas jornadas de labor sempre foram uma preocupação no mundo do trabalho, em razão das consequências e dos prejuízos nefastos que delas decorrem para a saúde dos trabalhadores e para a sociedade em geral. Por isso, na primeira Conferência Internacional do Trabalho, em 1919, a OIT adotou seis convenções, sendo que a primeira delas respondia a uma das principais reivindicações do movimento sindical e operário do final do século XIX e começo do século XX, qual seja, a limitação da jornada de trabalho a 8 horas diárias e 48 horas semanais. (MELO, 2018).

Nessa linha social e humanitária, na maioria dos países globais, com muitas lutas, os trabalhadores conquistaram direitos importantes, até atingirem o chamado piso vital mínimo necessário à dignificação do ser humano.

No Brasil, somente a partir de 1988, com a promulgação da Constituição Federal é que os trabalhadores obtiveram importantes conquistas sociais, somadas a direitos obtidos nas negociações coletivas e normatizados pela Justiça do Trabalho, com o apoio de importantes movimentos grevistas, embora nunca tenham atingido o chamado Estado de bem-estar social, como noutros países, especialmente europeus. (MELO, 2018).

Os direitos sociais fundamentais trabalhistas marcaram grandes e importantes conquistas na Constituição brasileira de 1988, ultrapassando aqueles meramente

patrimoniais para atingir direitos da personalidade voltados à proteção da dignidade da pessoa humana; entre esses, o direito a condições de trabalho dignas, que preserve a saúde física e mental do trabalhador, a não discriminação e um salário mínimo capaz de manter as suas necessidades básicas e de sua família.

Ainda, em 1988, os trabalhadores conquistaram o direito de greve e da não intervenção do Estado na organização sindical, o que significou importante avanço no fortalecimento da organização por melhores condições de trabalho. (MELO, 2018).

2.2 A Reforma Trabalhista - Lei 13. 467/2017

Após quase uma década de crescimento econômico com baixas taxas de desemprego, crescimento real dos salários e relativa diminuição das desigualdades sociais, o Brasil passou por uma forte desaceleração de sua economia a partir do ano de 2014, seguida de uma crise política que resultou no impeachment em 2016 e em uma eleição que elegeu um governo conservador em 2018.

O resultado desta crise política e econômica tem sido, até o momento, a ampliação de ofensivas contra os direitos dos trabalhadores e do sistema de regulação social, compreendido especialmente pelas instituições do trabalho no país. Argumentando pela necessidade de reformas estruturais e institucionais para se enfrentar a crise, os governos que se sucederam ao de 2016 vêm engendrando uma série de reformas que afetam profundamente direitos sociais da sociedade brasileira. Algumas delas já foram aprovadas pelo legislativo federal.

Em forte oposição ao pensamento social desenvolvimentista que presidira os governos anteriores, as reformas propostas pelo governo do ex-presidente Michel Miguel Elias Temer apontaram para a redefinição do papel do Estado, bem como para o desmonte de direitos sociais e trabalhistas, tendência que se manteve no governo do atual presidente Jair Messias Bolsonaro. (Repositório UFSC, 2021, pág 10).

A principal reforma proposta e aprovada nessa área ainda pelo governo do ex-presidente Michel Temer foi a reforma trabalhista, que aponta para a flexibilização das condições de contratação, uso e remuneração do trabalho, de modo que o verdadeiro custo do ajuste econômico defendido por estes governos recai sobre os trabalhadores.

A proposta da reforma trabalhista feita pelo governo de Michel Temer, que resultou na Lei 13.467 de 13 de julho de 2017, também conhecida como Lei da Reforma Trabalhista, incorporou uma série de propostas que já tramitavam isoladamente no Congresso e no Senado, muitas delas propostas por parlamentares ligados aos interesses das principais entidades patronais.

Segundo os defensores da reforma, entidades patronais e parlamentares alinhados aos seus interesses em grande maioria, a prevalência de negociações coletivas sobre normas legais e institucionais, bem como a flexibilização das formas de contratação e remuneração da força de trabalho, funcionariam como elemento chave de ajuste do mercado de trabalho pela via da oferta (CNI, 2012, pg. 16).

Assim, o mercado poderia se “reequilibrar” rapidamente frente aos choques de oferta e, as empresas poderiam ganhar competitividade frente às oscilações da demanda e frente à concorrência internacional.

O principal argumento apresentado pelos defensores da reforma, entre outros, é o de que as atuais leis trabalhistas “engessariam” as relações de trabalho, aumentando o custo do trabalho e aumentando a burocracia, dificultando assim o ajuste da empresa à conjuntura econômica quando necessário (Síntese, 2019, pág5).

Alega-se ainda que haveria um descompasso entre o crescimento da produtividade e o crescimento dos custos do trabalho, especialmente associados aos salários e aos encargos trabalhistas. Segundo este argumento, relações flexíveis de trabalho proporcionariam maior produtividade e competitividade, gerando mais oportunidades de trabalho, ao permitir que as empresas tivessem mais liberdade para adequar o nível de emprego da mão de obra à demanda e à concorrência (Síntese, 2019, pag.6).

Outro argumento apresentado seria a necessidade de “modernização” da legislação trabalhista. Com a premissa de que as leis trabalhistas são “arcaicas” - a maior parte das leis que regem o regime CLT são dos anos 1940 - (Síntese, 2019, p.8).

Tais mudanças que privilegiam a negociação em detrimento da lei e flexibilizam o emprego de mão de obra, prejudicando os trabalhadores no sentido de enfraquecer sindicatos, especialmente das categorias menos organizadas, bem como marginalizando um contingente, cada vez, maior de trabalhadores. Isso aconteceria seja com contratos precários de trabalho, seja com a terceirização irrestrita, seja com flexibilização da jornada e com remuneração variável. (Síntese, 2019, p.8).

Neste sentido, as leis trabalhistas são vistas como uma fonte de “insegurança jurídica” e de “excesso de burocracia”, de modo que os empresários só não contratariam mais trabalhadores frente ao aumento da demanda em função da insegurança e dos altos custos que estas leis impõem a eles.

O “excesso” de direitos (emprego formal) ainda seria responsável, segundo essa visão, pela grande quantidade de trabalhadores “sem direitos” (emprego informal), pois

impossibilitariam que os empresários empregassem mais pessoas pelas vias do emprego formal.

O modelo de mercado de trabalho defendido pela reforma trabalhista aponta, portanto, para um mercado de trabalho extremamente flexível, onde os trabalhadores teriam pouca ou nenhuma segurança frente as oscilações da conjuntura econômica, sem falar no acirramento da desigualdade e do desemprego. (BARBOSA, 2011).

A reforma trabalhista, portanto, assim como a aprovação da terceirização de forma irrestrita e outras iniciativas de reforma que ainda estão em andamento, visam quebrar a resistência dos trabalhadores, submetê-los a uma lógica de competição desenfreada e abrir caminho para a flexibilização e intensificação da acumulação de capital no Brasil.

Assim, estas reformas, e a reforma trabalhista em especial, baseiam-se em um corpo teórico nascido na década de 1970, que procurava explicar a crise do Estado de bem-estar social e da relação de trabalho fordista diante da estagnação econômica e da alta inflação (estagflação) que assolaram os países industrializados, naquele período. (BARBOSA, 2011).

A solução proposta por esta perspectiva às crises econômicas seria a flexibilização do mercado de trabalho, bem como a “refundação” da sua regulamentação, de modo a garantir que os mercados conseguissem se auto ajustar rapidamente mediante choques externos de oferta, cada vez mais comuns em um mundo cada vez mais globalizado.

Dessa forma, seria o papel do Estado que a livre concorrência e a livre negociação entre os agentes econômicos fosse o estado natural do capitalismo contemporâneo. Tais reformas visam atingir os mesmos objetivos que estes corpos teóricos defendiam para os países desenvolvidos na década de 1970, constituindo o que hoje chamamos de consenso neoliberal (BARBOSA, 2011).

Mediante a desproteção da legislação, os trabalhadores estariam cada vez mais submetidos às oscilações da conjuntura econômica, uma vez que poderiam ser facilmente dispensados, obrigados a aceitarem salários cada vez menores e a negociarem, individual ou coletivamente, direitos historicamente conquistados, uma vez que o negociado teria prevalência sobre o legislado.

Os fundamentos da reforma trabalhista e das reformas sociais impostas pelos governos pós-impeachment estão assentados não apenas nas diferentes perspectivas teóricas que compõem o *mainstream* ortodoxo da teoria econômica, mas também em uma visão de mundo profundamente neoliberal em que prevalecem os imperativos do mercado globalizado ao invés da proteção social. (BARBOSA, 2011).

3 PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS TRABALHISTAS DE PROTEÇÃO AO EMPREGADO

Pode-se destacar a importância dos princípios gerais que estão dispostos na Constituição da República de 1988, na medida em que são comuns a todos os ramos do direito. São imprescindíveis para servir de modelo na elaboração das normas, bem como para aplicabilidade do direito material ou processual trabalhista, são eles: contraditório e ampla defesa, igualdade e isonomia, devido processo legal e duplo grau de jurisdição. (FELIPE, 2012, pág 6).

Os princípios ligados especificamente à relação de trabalho, são: princípio da proteção, princípio da primazia da realidade, princípio da irrenunciabilidade, princípio da continuidade, princípio da razoabilidade, princípio da boa-fé. Além de mostrar a diferença entre normas e princípios, comumente confundidos em nosso cotidiano. (FELIPE, 2012, pág 8).

3.1 Princípio da Proteção ao Empregado

O princípio protetor está vinculado à ideia de se atribuir interpretação mais favorável ao trabalhador na aplicação da norma jurídica. (ÁVILA, 2012, p. 36.). É possível aferi-lo na Constituição Federal quando dispõe que *“os direitos sociais são fundamentais e lhes reveste com a proteção da cláusula pétrea”*. (ÁVILA, 2012, p. 36.).

Nos dizeres do brilhante doutrinador Américo Plá Rodrigues: *“O princípio de proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador.* (SILVESTRE, 2019).

Enquanto no direito comum, uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes. No Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes. (RODRIGUEZ, 2000, pag.35).

Porém, no contexto de reorganização empresarial e da crescente massa do proletariado, o princípio protetivo deve servir de norte ao legislador para que se possa criar um sistema de tutelas adequadas as novas relações jurídicas que se apresentam e que estão muito mais além do que aquelas agasalhadas pelos contratos de trabalho subordinados e autônomos dos modelos tradicionais.

Tem-se três fases sobre a evolução dos princípios: (i) Jusnaturalista: os princípios não possuíam qualquer grau de normatividade e que vai até o período da Escola Histórica do Direito quando a dogmática cede lugar aos positivistas; (ii) Positivistas: caracterizado pelo período em que os princípios ingressam nos códigos com a função de servirem de

válvulas de segurança, isto é, utilizados como critérios de interpretação para provocar a extensão da lei e eliminar o vazio do legislativo; (iii) Pós-positivista: trata, definitivamente dos princípios como direito. (Lacerda, 2009).

3.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade é o valor que inspira todo o ideário dos direitos humanos em todas as suas dimensões e deve ser o arrimo de todo e qualquer ordenamento jurídico constitucional democrático. (SILVA, Enciclopédia jurídica da PUC-SP).

Toda pessoa humana, ser racional, com um fim em si mesmo, possui um valor absoluto, intrínseco e inalienável: a dignidade (humanidade). (SILVA, Enciclopédia jurídica da PUC-SP).

A dignidade humana deve vir em primeiro lugar, como estabelecido no art. I da Declaração Universal dos Direitos Humanos: "*Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e deve agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade*". (SILVA, 2022, pág 1).

Partindo-se dessa declaração, o ser humano, de um modo geral, é um ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio do qual está ou aquela vontade possa servir-se a seu talento. O ser racional denomina-se pessoas; seres humanos, dotados de razão e consciência, pois são pela sua própria natureza, um fim em si mesmo. (SILVA, 2022, pág 2).

A pessoa humana é revestida em sua essência de humanidade, dignidade de condição humana, razão pela qual deve estar em seu lugar de destaque, por ser o valor, a fonte dos direitos humanos. (SILVA, 2022, pág 2).

O Direito Material do Trabalho, compreendendo o Direito Individual e o Direito Coletivo – e que tende a ser chamado, simplesmente, de Direito do Trabalho, no sentido lato - pode, finalmente, ser definido como por Godinho como:

Complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam a relação empregatícia de trabalho e outras relações normativamente especificadas, englobando, também, os institutos, regras e princípios jurídicos concernentes às relações coletivas entre trabalhadores e tomadores de serviços, em especial através de suas associações coletivas (DELGADO).

Pode-se concluir que tais princípios citados por Godinho, são de extrema importância, associando a ideia de trabalhadores unidos, conseguem preservar ainda mais

seus respectivos direitos, de modo que não sejam desrespeitados.

3.3 Princípio da Proteção

Informa este princípio que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia (obreiro), visando retificar (ou atenuar) no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho (GODINHO, Migalhas, 2019).

3.4 Princípio da norma mais favorável

Dispõe que o operador do Direito do Trabalho deve optar pela regra mais favorável ao obreiro em três situações ou dimensões distintas: no instante da elaboração da regra; no contexto de confronto entre regras concorrentes (hierarquia); e no contexto de interpretação das regras jurídicas (GODINHO, Migalhas, 2019)

3.5 Princípio da condição (ou cláusula) mais benéfica

Importa na garantia de preservação, ao longo do contrato, da cláusula contratual mais vantajosa ao trabalhador, que se reveste do caráter de direito adquirido. Ademais, para o princípio, no contraponto entre dispositivos contratuais concorrentes, há de prevalecer aquele mais favorável ao empregado. Não envolve conflito de regras, mas tão somente de cláusulas contratuais (tácitas ou expressas; oriundas do próprio pacto ou de regulamento de empresa). (GODINHO, 2019, p.99).

3.6 Princípio *in dubio pro misero* (ou *pro operário*)

Diz respeito a forma de interpretação da norma jurídica, determinando que quando uma mesma norma admitir mais de uma interpretação, deve prevalecer a mais favorável ao empregado. Para o prof. Godinho tal determinação já está presente no princípio da norma mais favorável. (GODINHO, 2019, p.102).

O autor faz um alerta porque tal princípio ligado ao Direito Processual do Trabalho, não se aplica, prevalecendo o critério do ônus da prova.

3.7 Princípio da Vedação ao Retrocesso Social

O princípio da vedação ao retrocesso social tem como conteúdo a proibição do legislador em reduzir, suprimir, diminuir, ainda que parcialmente, o direito social já materializado em âmbito legislativo e na consciência geral. (NAHAS, 2020, pág 2).

Tal princípio alude a ideia de que o Estado, após ter implementado um direito fundamental, não pode retroceder, ou seja, não pode praticar algum ato que vulnere um

direito que estava passível de fruição, sem que haja uma medida compensatória efetiva correspondente. (NAHAS, 2020, pág 2).

Assim, os valores sociais são a base do Estado Democrático de Direito, que se constitui naquele que aplica em seu território os direitos e garantias fundamentais por meio de proteção jurídica, especialmente por intermédio da constituição. Também é baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão, dentre outras características. (ANDRADE, 2012, p.381).

Como ponto principal desse princípio, encontra-se o princípio da autonomia do legislador. Pode parecer haver conflito entre o princípio da vedação do retrocesso e o Estado Democrático de Direito, mas isto não ocorre, como bem expressa Luís Roberto Barroso:

O princípio da proibição do retrocesso decorre justamente do princípio do Estado Democrático e Social de Direito, do princípio da dignidade da pessoa humana, do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras dos direitos fundamentais, do princípio da proteção da confiança e da própria noção do mínimo existencial (2001, p.158).

Como já citado, os preceitos relativos a direitos sociais não são exauridos pela Constituição (sistema jurídico aberto), deixando uma margem para dar opções ao legislador. Por isso, faz-se premente a compreensão da utilização do princípio da proibição do retrocesso desde a sua origem (ANDRADE, 2012, p.381).

04 - DAS MUDANÇAS (IN)CONSTITUCIONAIS TRAZIDAS PELA REFORMA TRABALHISTA -LEI 13.467/2017.

Em 2017, seduzido e influenciado pela proposta da Reforma Trabalhista Espanhola e, sem atribuir valor aos direitos constitucionais trabalhistas, o presidente do Brasil vigente na época sancionou a lei 13.467 de 2017 sob o pretexto de aumentar a economia e reduzir os milhões de desempregados no país.

Todavia, essa utopia, na verdade, viola inúmeros princípios e garantias constitucionais, pois, através de suas ideias flexíveis, o trabalhador se depara diante de contratos e acordos favoráveis somente ao padrão e as empresas. Essa modificação drástica alterou inúmeros pontos da CLT de 1943, introduzindo flexibilizações e retirando, mesmo que camuflado na justificativa de geração de emprego, garantias que são constitucionalmente invioláveis.

4.1 A Inconstitucionalidade da condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais pelo empregado

Segundo Abreu (2004, p. 54) diversas são as causas para o obstáculo de acesso à justiça, mas que em geral podem ser classificados em três tipos: econômicos, sociais e culturais. Diante dos obstáculos, disserta Silva (2016, p. 158):

[...] enquanto não se criarem as condições econômicas e sociais indispensáveis ao gozo dos direitos fundamentais, sempre haverá dificuldades para a implementação do princípio da Justiça igual para todos, porque a relação de injustiça está na própria configuração da ordem social. (Silva, 2016, p. 158).

Complementa Silveira (2001, p. 17) que “[...] *é também dever do Estado assegurar o acesso à justiça a toda a sociedade, mas como já foi dito, boa parcela vive ao desabrigo da tutela do Estado, por falta de estrutura do Poder Judiciário*”.

Cappelletti e Garth (1998, p. 45) explicam três obstáculos enfrentados pelos cidadãos na busca pelo efetivo acesso à justiça. O primeiro obstáculo trata da grande dificuldade que os cidadãos desfavorecidos financeiramente têm de reconhecer e encontrar formas efetivas ao acesso à justiça. Os altos custos de processos, taxas e honorários advocatícios fizeram com que as populações mais carentes renunciassem seus direitos, ou, até mesmo, devido ao baixo conhecimento acabavam deixando de exercê-los (SILVÉRIO, 2012, p. 01).

Significa dizer que o alto custo do processo prejudica o cidadão de duas formas: durante o processo judicial, com as taxas e honorários advocatícios, e antes de ingressar judicialmente, que devido ao pouco conhecimento, acaba renunciando ao deixar de exercer algum direito.

A Lei 13.467/2017 introduziu uma nova regra, a fim de regular o tema, mitigando o acesso à justiça, que é uma garantia fundamental do indivíduo. Depois de analisar acerca dos honorários advocatícios, suas condições de incidência antes e depois, a Reforma Trabalhista e a grande mudança nos honorários sucumbenciais no cenário trabalhista, percebe-se a importância de uma interpretação adequada do dispositivo confrontado a fim de obter a eficácia da garantia constitucional.

A partir da inclusão do artigo 791-A no poder normativo trabalhista brasileiro, os honorários advocatícios sucumbenciais passam a decorrer da mera sucumbência.

A inconstitucionalidade do artigo 791-A da Consolidação das Leis do Trabalho, em seu § 4º, foi reconhecida incidentalmente, em controle de constitucionalidade concreto, por alguns Tribunais Regionais do Trabalho, tais como exemplo: o TRT da 4ª Região,

situado no Rio Grande do Sul, e da 14ª Região, situado em Rondônia/Acre. (UFRGS, 2020, pág 9).

Em decisões plenárias estes órgãos julgadores destacaram a inconstitucionalidade da exigência de honorários sucumbenciais, no que diz a expressão *“desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa”* (notícias TST, 2021).

Em recente julgamento, concluído em 21 de outubro de 2021, o Supremo Tribunal Federal – STF, por maioria, entendeu pela inconstitucionalidade dos artigos 790-B, caput e § 4º, e 791-A, § 4º, da CLT. Prevaleceu no julgamento o voto intermediário do Ministro Alexandre de Moraes, que votou pela procedência parcial da ADIn, porque julgou constitucional o artigo 844, §2º, da CLT. (notícias TST, 2021).

4.2 Da violação do Acesso à Justiça pelo trabalhador

A Reforma Trabalhista que passou a vigorar em novembro de 2017, ficou imputada a responsabilidade de pagamento de honorários periciais e de sucumbência, a parte que fosse sucumbente no processo, parte que perdeu algum pedido, bem como o objeto da perícia.

Assim, tanto a empresa como o empregado passaram a ser responsáveis pelo pagamento se restassem sucumbentes.

No caso dos empregados, poderia, inclusive, ser utilizados recursos do próprio processo para quitação, como créditos advindos de demais ações em curso.

Entretanto, muito se questionou sobre a inconstitucionalidade das referidas previsões, vez que desde as alterações trazidas pela Reforma Trabalhista, diversos juristas defendiam que as medidas feriam à garantia constitucional de acesso à justiça, prejudicando o empregado, parte hipossuficiente da relação. (FERREIRA, Michelle Ap. Durso Alves. *Decisão do STF declara inconstitucional cobrança de honorários de sucumbência e honorários periciais aos beneficiários da justiça gratuita*. Conteúdo Jurídico, Brasília- DF: 03 dez 2021,)

Contudo, também havia algumas teses contrárias que fomentavam que não ter as referidas previsões legais, traziam grande aumento na litigância abusiva e incoerente por parte dos autores, que litigavam por qualquer motivo, muitas vezes sem ter razão e provas do alegado. (FERREIRA, Michelle Ap. Durso Alves. *Decisão do STF declara inconstitucional cobrança de honorários de sucumbência e honorários periciais aos beneficiários da justiça gratuita*. Conteúdo Jurídico, Brasília- DF: 03 dez 2021).

Assim, por meio da ADIn 5766 restaram declarados inconstitucionais os artigos 790-B caput e seu § 4º da CLT que assim determinavam:

Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita.

§ 4º- Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo.

Além disso, também restou inconstitucional o artigo 791-A que tratava sobre o pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais, a saber:

Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

Desta forma, por maioria de votos o STF entendeu como inconstitucionais os artigos 790-B, caput e §4º e o 791-A, § 4º da CLT, não imputando à parte sucumbente o pagamento de honorários periciais e honorários sucumbenciais, desde que a parte comprove se tratar de beneficiário da justiça gratuita. (FERREIRA, Michelle, 2021, Migalhas).

Se assim restar comprovado, a parte será isenta ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, bem como ao pagamento de honorários periciais, mesmo que sucumbente.

Contudo, vale ressaltar que o artigo 844 da CLT não foi declarado inconstitucional, sendo mantida a previsão de que se houver ausência injustificada do reclamante em

audiência, será condenado em custas, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar motivo justificável. (FERREIRA, 2021, pág. única).

A declaração de inconstitucionalidade dos supracitados dispositivos legais buscou assegurar o amplo acesso à justiça, em observância aos valores sociais do trabalho, ao princípio da igualdade, da dignidade humana e de tantos outros preceitos que justificam o reconhecimento do acesso à justiça como direito fundamental.

De certa forma, a partir de uma interpretação literal e restritiva do artigo 790-B da Consolidação das Leis do Trabalho, resta evidente que o legislador foi totalmente contrário ao objetivo do texto constitucional, e a parte final do caput do dispositivo mencionado e seu § 4º são flagrantemente inconstitucionais, pois violam os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia (inciso III do artigo 1º e caput do artigo 5º da Constituição Federal, respectivamente) (Notícias STF, 20/10/2021).

4.3 A Posição do Supremo Tribunal Federal sobre as (In)constitucionalidades

O Supremo Tribunal Federal (STF) julgou inconstitucionais em 20/10 dois dispositivos da CLT, inseridos após a vigência da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017). (FERREIRA, 2021, pág. única)

Os artigos foram discutidos no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5766, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR).

Os artigos que foram considerados inconstitucionais pelo colegiado – 790-B, caput e parágrafo 4º, artigo 791-A, parágrafo 4º da CLT – estabelecem a necessidade de pagamento de honorários periciais e advocatícios de sucumbência pela parte vencida, mesmo que esta seja beneficiária da Justiça Gratuita. Ainda mesmo, que tenham obtido créditos suficientes para o pagamento dessas custas em outra demanda trabalhista.

Assim, a partir desta decisão, o demandante vencido não mais arcará com os custos do processo, como honorários periciais e advocatícios sucumbenciais, ainda que beneficiário da Justiça Gratuita.

No entanto, foi mantida a validade do artigo 844, parágrafo 2º da CLT, que também era objeto de questionamento pela PGR, o qual prevê que os custos processuais devem ser pagos pela parte que faltar sem justificativa à audiência do processo e não apresentar justificativa legal no prazo de 15 dias, ainda que beneficiário da Justiça Gratuita.

5 CONCLUSÃO

Foi exposto a importância de certificar a hierarquia da Constituição Federal como principal fonte e idealizadora para as leis e atos normativos subordinados a ela. Foi apresentada algumas de suas inúmeras alterações no ordenamento jurídico e os prejuízos que aconteceu na vida dos empregados.

Na medida em que, no decorrer dos anos, com a vigência da nova legislação trabalhista, constatou-se que inúmeros pontos da citada lei se encontravam com preceitos opostos aos princípios e ao texto da Constituição Federal.

Entretanto, ações de pontos específicos como as que estão em tramite no Superior Tribunal Federal (STF) não são capazes de sanar todas as violações dos direitos e garantias dos trabalhadores.

Assim sendo, dado a importância do tema, foi apresentado a necessidade de o STF analisar toda a Reforma Trabalhista como um todo, para afirmar todos os pontos controversos e declarar sua inconstitucionalidade perante a Lei Maior.

Dessa forma, a necessidade de declarar a Reforma Trabalhista como inconstitucional advém da certeza de que o trabalho é o principal meio de dignificar o homem e que este necessita que seus direitos e garantias estejam enraizados não somente na Lei Maior, mas transparente nas leis e atos normativos que regem a esfera trabalhistas

REFERÊNCIAS

ABREU, **Pedro Manoel Acesso à Justiça e Juizados Especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

ARBEX, Cobra Sergei; ZAKKA, Rogério Marcus. **Estatuto da Advocacia, Prerrogativas e Ética**. São Paulo: Manoele, 2012.

BARBOSA, Ruy Pereira. *Assistência Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BARROSO, Luís Barroso. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BEIJATO JUNIOR, Roberto; GONZAGA Alvaro A.; NEVES, Karina P. **Estatuto da Advocacia e Novo Código de Ética e Disciplina da OAB comentados**. 6. ed. São Paulo: Método, 2019.

BIANSIN, Roberta B.; LAZZARIN, Sonilde. A (in)constitucionalidade do art. 791-A, §4º da Consolidação das Leis do Trabalho e a Jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista Fórum Justiça do Trabalho**, Rio Grande do Sul: HS Editora, a. 36, p. 11-26, set 2019.

BRASIL. Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del5452.htm. Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. Lei n.º 13.105/2015, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 29 set. 2021.

BRASIL. Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Dispõe sobre Código Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm#art1218. Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, Agravo de Instrumento em Recurso Revista n.º 6908820185060007, Relator Desembargador Ives Gandra da Silva Martins Filho, 4ª Turma, julg. 10 de setembro de 2019. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1278658658/agravo-de-instrumento-emrecurso-de-revista-airr-6908820185060007/inteiro-teor-1278658809>. Acesso em: 12 out. 2021.

ARAÚJO JUNIOR, Marco Antônio; BARROSO, Darlan (Org.). Reforma Trabalhista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. 31 p. Disponível em: . Acesso em: 20 set. 2018.

ASSIS, Rebeca Luise Bensabath Dantas de. **A valorização do negociado sobre o legislado na reforma trabalhista**. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia, Bahia, v. 06, n. 9, 1-16, out. 2017. Disponível em: Acesso em: 20 set. 2018.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de direito do trabalho**. 9 ed. São Paulo: LTr, 2013.

BIAVASCHI, M. B. **O Direito do trabalho no Brasil – 1930 -1942; a construção do sujeito de direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007. 495 p.

BORGES, Fábio. **Convenções coletivas ganham cláusula que obriga homologação das rescisões nos sindicatos**. Notícias do TRT-SC. 2018. Disponível em: Acesso em: 26 set. 2018.

<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/principios-constitucionais-trabalhistas-sua-eficacia-na-relacao.htm#:~:text=6.1.->

Princípio da proteção, alcance da mesma vantagem jurídica

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/373/edicao-1/principio-protetor-no-direito-do-trabalho>

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/507/edicao-1/dignidade-humana>

https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_82/geraldo_magela_melo.pdf

https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/180129/103_00436.pdf?sequence=1&isAllowed=y

https://www.abet2019.sinteseeventos.com.br/simposio/view?ID_SIMPOSIO=9

[file:///C:/Users/Marketing/Downloads/ABET%202019%20-%20A%20reforma%20trabalhista%20no%20Brasil%20e%20o%20pensamento%20neoliberal%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Marketing/Downloads/ABET%202019%20-%20A%20reforma%20trabalhista%20no%20Brasil%20e%20o%20pensamento%20neoliberal%20(2).pdf)

<https://www.redalyc.org/journal/3509/350971276002/html/>

<https://www.migalhas.com.br/depeso/316823/o-principio-protetivo-e-a-reforma-trabalhista>

<https://mayhe.jusbrasil.com.br/artigos/623274710/o-principio-da-norma-mais-favoravel-no-direito-do-trabalho>

<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/941803/qual-a-diferenca-entre-o-principio-da-condicao-mais-benefica-e-o-da-indisponibilidade-dos-direitos-trabalhistas-katy-brianezi#:~:text=Segundo%20ensinamentos%20de%20Maur%C3%ADcio%20Godinho,adquiridas%20n%C3%A3o%20podem%20ser%20suprimidas.>

<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3755/O-principio-in-dubio-pro-operario-e-suas-aplicacoes>

<https://www.tst.jus.br/-/stf-decide-que-benefici%C3%A1rio-da-justi%C3%A7a-gratuita-n%C3%A3o-pagar%C3%A1-honor%C3%A1rios-advocat%C3%ADcios-e-periciais>

<https://conteudojuridico.com.br/coluna/3305/deciso-do-stf-declara-inconstitucional-cobranca-de-honorrios-de-sucumbncia-e-honorrios-periciais-aos-beneficirios-da-justia-gratuita>

https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=475159&ori=1&fbclid=IwAR3Xj5DqHA_LAfnsqKUZHYpRua_Obo_-f9ZZ470TdDL7DF1Gw3OT4kE5pU

O RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA *POST MORTEM* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

RICARDO BENEVENUTI SANTOLINI:

Advogado. Graduado em bacharelado em Direito pelo Centro Universitário São Camilo. Pós Graduado em Direito Previdenciário pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Pós Graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus²⁶⁵.

RESUMO: O reconhecimento a paternidade é um instituto protegido pela legislação constitucional e civil, tendo como finalidade primordial a proteção dos direitos das crianças e adolescentes, entretanto, podendo ser reconhecido ainda para pessoas maiores de idade. Cabe destacar ainda que a norma prevê o reconhecimento da paternidade para os filhos consanguíneos, mas também para qualquer outro tipo de paternidade. Além disso, a paternidade pode ser reconhecida quando tanto quando o ente paterno estiver em vida ou de maneira póstuma. Assim, o presente trabalho tem como finalidade realizar um estudo acerca do reconhecimento da paternidade socioafetiva *post mortem*, apresentando o entendimento legal e jurisprudencial contemporânea a respeito da matéria.

PALAVRAS-CHAVE: paternidade; afetividade; direito de família; *post mortem*.

SUMÁRIO: 1 ASPECTOS INICIAIS; 2 A EVOLUÇÃO DO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO; 2.1 O RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE DE ACORDO COM AS NORMAS CONTEMPORÂNEAS; 2.2 DO RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA NA LEGISLAÇÃO ATUAL; 2.3 DA POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE AFETIVA *POST MORTEM* DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL; 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS; 4 REFERÊNCIAS

1 ASPECTOS INICIAIS

Inicialmente é relevante destacar que a sociedade brasileira encontra-se em constante evolução, devendo o legislador acompanhar estas mudanças sociais para que a

²⁶⁵ Pós Graduado em Direito Eleitoral pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Pós Graduando em Direito de Família e Sucessões pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Graduado em Licenciatura em Filosofia pela UFES – Universidade Federal do Espírito Santo. Graduando em Letras/Português pelo IFES – Instituto Federal do Espírito Santo. Corretor e Avaliador de Imóveis. Contato: santolini-benevenuti@hotmail.com

norma tenha, cada vez mais, efetividade perante os cidadãos. Uma destas normas nas quais encontra-se em constante evolução é o direito de família, principalmente a questão da formação da família e, conseqüentemente, reconhecimento de direitos sobre seus componentes.

Dentre este tema encontra-se o reconhecimento da paternidade que, com base na legislação contemporânea, possui como finalidade assegurar o direito das crianças, dos adolescentes e ainda daqueles maiores de idade que não tiveram seu direito reconhecido judicialmente ou extrajudicialmente, conforme será demonstrado a seguir.

2 A EVOLUÇÃO DO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Analizando sistematicamente a evolução histórica do reconhecimento da paternidade na legislação brasileira é relevante destacar que seus primeiros indícios foram apresentados no Código Civil de 1916, momento em que traz a distinção entre os filhos considerados legítimos, ilegítimos e legitimados. De acordo com o artigo 337, daquela norma, traz o entendimento de que são considerados legítimos “os filhos concebidos na constancia do casamento, ainda que anulado (art. 217), ou mesmo nullo, se se contraiu de boa fé”²⁶⁶

Esta mesma norma ainda trazia o entendimento acerca da diferenciação entre os filhos legítimos e os legitimados, sendo que, os primeiros, conforme já destacado pelo artigo 337, do Código Civil de 1916, traz o entendimento de que são aqueles que eram concebidos ao longo do casamento, mesmo que anulado, sendo que a concepção foi adquirida de boa-fé, enquanto a filiação legitimada encontrava-se prevista entre os artigos 353 e 355, da norma civilista de 1916, consiste dos filhos adquiridos pelos pais em momento anterior ao casamento, sendo que seus direitos são os mesmos daqueles que são considerados legítimos.

Entretanto, os filhos considerados ilegítimos pela norma civilista de 1916, eram filhos que, perante a norma, eram alvos de diversas discriminações, como sendo aqueles que eram fruto de incestos ou adultérios, sendo que, mesmo reconhecido por um dos cônjuges, não poderiam residir no mesmo lar conjugal sem o consentimento do outro e ainda não poderiam ser subordinados a condição de filho, conforme se infere dos artigos 355 a 367, da norma acima mencionada.

Alguns anos mais tarde, mais precisamente em 1942, foi editado Decreto-Lei nº 4737, e que foi um grande marco para o reconhecimento da paternidade sobre os filhos

²⁶⁶BRASIL. Lei nº 3071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 14 mar. 2021.

naturais, tendo em vista que estes últimos, que foram havidos fora do matrimônio, poderiam pleitear o reconhecimento da paternidade após o desquite.

Já no ano de 1949, mais precisamente no dia 21 de outubro, foi sancionada a Lei 883, que tinha como finalidade o reconhecimento dos filhos considerados ilegítimos pela norma civilista até então em vigor, quando houver dissolvida a sociedade conjugal, sendo que, no parágrafo primeiro da mesma norma ainda trazia o posicionamento de que, mesmo durante o matrimônio, qualquer um dos cônjuges poderia realizar o reconhecimento da paternidade, aprovado antes ou depois da concepção do infante, sendo que, neste último caso, era considerado pela norma como irrevogável.²⁶⁷

Importante se faz frisar que, no ano de 1977 foi editada a Lei 6.515, também conhecida como a Lei do Divórcio, que trouxe importantes alterações a respeito da filiação, como por exemplo, alterou o artigo 51, da Lei 883/1949, no sentido de reconhecer o filho que foi concebido extraconjugal mediante testamento cerrado, bem como reconhecendo o direito de herança em igualdade de condições com os filhos considerados legítimos, excetuando apenas nos casos de serem autores ou cúmplices de crime de homicídio tentado ou consumado contra o genitor, bem como se praticar qualquer tipo de infração de calúnia em Juízo ou acusar por infração contra a honra, além de praticar qualquer ato de fraude ou violência contra o autor da herança, com a finalidade de dispor dos bens ou testamento, conforme previsão do artigo 1.595 e seus incisos, do Código Civil de 1916, bem como se praticar contra o ascendente ofensas físicas, injúria grave, desonestidade da filha que vive na residência paterna, ter relações íntimas com a madrasta ou padrasto ou ainda praticar qualquer tipo de desamparo contra ascendente em alienação mental ou grande enfermidade, previstos no artigo 1.744, da mesma norma acima mencionada.²⁶⁸

No ano de 1984, a Lei 883/1949 sofreu nova alteração, desta vez através da Lei Ordinária 7.250, no sentido de acrescentar o parágrafo segundo, do artigo 1º, com o intuito de permitir que, mediante decisão judicial transitada em julgado, o filho ilegítimo poderá ser reconhecido pelo cônjuge separado há mais de cinco (05) anos ininterruptos.²⁶⁹

2.1 O reconhecimento de paternidade de acordo com as normas contemporâneas

²⁶⁷BRASIL. Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949. **Dispõe sobre o reconhecimento dos filhos ilegítimos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/l0883.htm>. Acesso em: 14 mar. 2021.

²⁶⁸BRASIL. Lei nº 3071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 14 mar. 2021.

²⁶⁹BRASIL. Lei nº 7250, de 14 de novembro de 1984. **Acrescenta parágrafo ao art. 1º da Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949, que dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7250.htm>. Acesso em: 14 mar. 2021.

Cabe destacar que o direito de filiação se encontra previsto tanto na esfera constitucional quanto na esfera infraconstitucional, mais precisamente através do Código Civil vigente e de leis ordinárias, conforme serão apresentados a seguir.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira norma brasileira a prever a igualdade entre os filhos havidos ou não do matrimônio, quebrando, pela primeira vez, os paradigmas, até então existentes entre os filhos legítimos, ilegítimos e legitimados, acrescentando, inclusive, o direito sobre os filhos concebidos por adoção, conforme se infere do artigo 227, parágrafo sexto, da Constituição Federal e que abaixo se segue:

§ 6º 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.²⁷⁰

Nesta esteira ainda deve destacar as palavras do renomado jurista Carlos Roberto Gonçalves a respeito da mudança legislativa em 1988:

A Constituição de 1988 (art. 227, §6º) estabeleceu absoluta igualdade entre todos os filhos, não admitindo mais a retrógrada distinção entre filiação legítima e ilegítima, segundo os pais fossem casados ou não, e adotiva, que existia no Código Civil de 1916.²⁷¹

Dois anos após a entrada em vigor da Constituição Cidadã, mais precisamente em 1990 entrou em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente, no sentido de regulamentar a proteção sobre as crianças e adolescentes, sendo que, o artigo 27 da referida norma traz o entendimento de que decorre da criança ou adolescente o direito de reconhecimento da filiação, sendo este imprescritível, personalíssimo e indisponível.

Algum tempo mais tarde, mais precisamente no dia 29 de dezembro de 1992 entrou em vigência a Lei 8.560, regulamentando o direito de investigação de paternidade dos filhos que foram concebidos fora do casamento. Cabe destacar que, com o advento da referida norma, os incisos do artigo 1º remonta que os filhos podem ser reconhecidos da seguinte maneira:

Art. 1º O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

270BRASIL. Constituição Federal de 1988. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 14 mar. 2021.

271GONÇALVES, Carlos Roberto. **DIREITO CIVIL – PARTE GERAL**. 9. ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2011, 1 v, p. 320.

- I - no registro de nascimento;
- II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;
- III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;
- IV - por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.²⁷²

Assim, pode-se verificar que o reconhecimento da paternidade após o advento da Constituição Federal de 1988 conferiu garantias ao filho considerado ilegítimo pelo Código Civil de 1916, tendo em vista que a Lei 6.515/1977 alterou o artigo 51, da Lei 883/1949 informava, até então, que o filho havido fora do relacionamento conjugal apenas poderia ser reconhecimento através de testamento cerrado, enquanto o advento da Lei 8.560/1992 ampliou as formas de reconhecimento da paternidade dos filhos concebidos fora do casamento, conforme já destacado acima.

Alguns anos mais tarde, mais precisamente no dia 10 de janeiro de 2003 entrou em vigor o novo Código Civil brasileiro, instituído no qual trouxeram diversas inovações a sociedade brasileira, revogando diversos institutos que se encontravam arcaicos para a época e que estavam presentes no Código Civil anterior. Uma destas inovações se deu com relação ao reconhecimento da paternidade, no sentido de coibir completamente a discriminação existente entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos, mas sim recepcionando o artigo 227, parágrafo sexto, da Constituição Federal, ilustrando o mesmo junto ao 1.596, cuja descrição assim se segue:

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.²⁷³

Cabe destacar ainda que, apesar dos filhos havidos fora do relacionamento conjugal gozar dos mesmos direitos que aqueles adquiridos durante o matrimônio, caso

272BRASIL. Lei 8.560, de 29 de dezembro de 1992. **Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8560.htm>. Acesso em: 14 mar. 2021.

273BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 14 mar. 2021.

não tenha sido reconhecido dentro da legalidade, é necessário que o interessado faça o requerimento da paternidade para assegurar seus direitos e garantias.

2.2 Do reconhecimento da filiação socioafetiva na legislação atual

Com análise sistemática sobre o artigo 1.596, do Código Civil brasileiro é possível verificar que, na parte final do referido texto normativo, o legislador informou que não haverá qualquer tipo de ato discriminatório relativo à filiação.

Ocorre que o instituto da filiação não se encontra conceituado perante a lei, mas apenas junto a doutrina. Assim, necessário se faz destacar as palavras e Silvio Rodrigues a respeito da filiação, destacando o sentido amplo do presente instituto:

Sob o aspecto do Direito, a filiação é um fato jurídico do qual decorrem inúmeros efeitos. Sob perspectiva ampla, a filiação compreende todas as relações, e respectivamente sua constituição, modificação e extinção, que têm como sujeitos os pais com relação aos filhos.²⁷⁴

Com isso, a doutrina entende que a filiação pode acontecer de três maneiras: a filiação jurídica, a filiação biológica e a filiação socioafetiva. A primeira delas corresponde aquela filiação decorrente da lei, no caso o filho da mulher casada com seu marido, demonstrando, assim, que não há que se discutir a sua existência, tendo em vista que é presumida por força de lei. Com isso é relevante destacar o entendimento do artigo 1.597, do Código Civil brasileiro e que abaixo se segue:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

274 RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 28. ed. rev. e atual. Francisco José Cahali; de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002). São Paulo, SP: Saraiva, 2004, 6 v, p. 223

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.²⁷⁵

Por outro lado, existe a filiação biológica, que consiste naquela paternidade que é comprovada mediante comprovação do material genético entre as partes. Neste caso não precisa haver a comprovação qualquer de vínculo afetivo entre pai e filho, mas sim a comprovação consanguínea de que o interessado é filho da pessoa que almeja. Atualmente a comprovação da filiação biológica se dá através de um exame de DNA em laboratórios especializados para verificar se os materiais genéticos entre as partes são similares ou não, para caracterização do reconhecimento da paternidade.

Importante se faz destacar que o próprio Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento acerca da recusa da realização do exame de DNA durante o procedimento de investigação de paternidade, editando a súmula 301, momento em que ficou expresso que “em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade”²⁷⁶

Por fim, a paternidade socioafetiva encontra-se prevista no ordenamento jurídico brasileiro, cujo instituto reconhece a paternidade não por questões consanguíneas, mas sim em razão da aproximação fraternal existente entre as partes, caracterizando um liame entre pai e filho que os aspetos consanguíneos não conseguem alcançar. O artigo 1.593, do Código Civil contemporâneo, em sua parte final, vem amparando esta forma de filiação, eis que é relatado o entendimento de que “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.”²⁷⁷

Cabe destacar ainda que a filiação socioafetiva se encontra pacificada junto a I Jornada de Direito Civil, realizada entre os dias 11 e 13 de setembro de 2002 e que, através dos enunciados 103 e 108, reconheceram, mais uma vez, o referido instituto, cujo teor segue abaixo:

²⁷⁵BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 14 mar. 2021.

²⁷⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 301**. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula301.pdf. Acesso em: 14 mar. 2021.

²⁷⁷BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 14 mar. 2021.

Enunciado 103. O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.²⁷⁸

Enunciado 109. No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva.²⁷⁹

Por fim, cumpre salientar ainda que o estado de filiação socioafetiva consiste em algo que não é imposto por ninguém, mas sim algo que acontece de maneira natural, em que uma parte aceita o encargo de pai, enquanto a outra consente em ser o filho de seu genitor.

2.3 Da possibilidade de reconhecimento da paternidade afetiva *post mortem* de acordo com o entendimento jurisprudencial contemporâneo

Comprovada a existência da paternidade socioafetiva na legislação brasileira, é necessário destacar os momentos em que são possíveis o reconhecimento da paternidade *post mortem*, ou seja, mesmo após a morte do pai afetivo. Apesar de o referido instituto tratar-se de um entendimento bem recente, o Supremo Tribunal Federal a já vem proferindo decisões no sentido de permitir o reconhecimento da paternidade afetiva, sem prejudicar a paternidade sanguínea, conforme se aduz do entendimento do Tema 622, no Recurso Extraordinário 898.060, de relatoria do Ministro Luiz Fux, datado do dia 21 de setembro de 2016.²⁸⁰

Neste caso, o Ministro, ora Relator, sustentou em seu entendimento a necessidade de reconhecimento do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana em prol do postulante, previsto no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna de 1988, tendo como eixo central a família, bem como a busca pela felicidade, sendo que este elemento encontra-se

278BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 103**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/734>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

279BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 108**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/740>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

280 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 898.060**. Relator: Ministro LUIZ FUX. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>>. Acesso em: 28 out. 2022.

implícito ao preceito anteriormente identificado, eis que o indivíduo permanece livre para escolher seus próprios objetivos de vida, inclusive para formação de sua entidade familiar.

Na mesma oportunidade, o próprio Ministro ainda enfatizou que a compreensão de família exige a ampliação da norma em relação ao vínculo parental, podendo a mesma decorrer do casamento, que detém presunção de veracidade, em razão de descendência biológica ou pela afetividade, permitindo, assim, que a paternidade afetiva seja reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Fundamentou-se ainda, o nobre relator na ementa do presente recurso, acerca da possibilidade de “dupla paternidade”, mediante a aplicação do direito comparado, no qual mencionou o posicionamento da jurisprudência americana, mais precisamente da Suprema Corte do Estado da Louisiana, que desde a década de 1980 permite o reconhecimento da paternidade socioafetiva com o intuito de proteger o princípio *mor* do melhor interesse da criança.

Por fim, na própria ementa do julgado supra mencionado foi destacada a tese que deverá ser utilizada em casos semelhantes ao discutido, com os seguintes dizeres:

A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.²⁸¹

Em razão de tais fatos, os Tribunais de Justiça dos estados estão seguindo o entendimento de que, se é possível o reconhecimento da paternidade afetiva, conseqüentemente é permitido que este direito seja concedido mesmo que um dos genitores esteja falecido e, assim, o deferindo o pedido na condição *post mortem*, sendo que, podemos exemplificar tal fato através do julgado no Tribunal de Justiça de São Paulo, através de Apelação Cível AC: 10024263120188260068 SP 1002426-31.2018.8.26.0068, de relatoria da Desembargadora Maria do Carmo Honorio, cujo julgamento e publicação ocorreram no dia 09 de novembro de 2021 junto a 6ª Câmara de Direito Privado, cuja ementa permaneceu registrada da seguinte maneira:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA "POST MORTEM". VÍNCULO AFETIVO DEMONSTRADO. PARTE QUE ERA VISTA E TRATADA PELO FALECIDO COMO FILHO. DESENTENDIMENTOS QUE NÃO TÊM O CONDÃO DE

281 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 898.060**. Relator: Ministro LUIZ FUX. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>>. Acesso em: 28 out. 2022.

AFASTAR OS VÍNCULOS CRIADOS ENTRE AS PARTES. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. **Tendo o conjunto probatório demonstrado que o autor sustentava posse de estado de filho do falecido desde a infância, que ele era assim reconhecido pela sociedade e que entre eles foi mantido forte vínculo de afeto e amor, é de rigor o reconhecimento da paternidade socioafetiva.** (TJ-SP - AC: 10024263120188260068 SP 1002426-31.2018.8.26.0068, Relator: Maria do Carmo Honorio, Data de Julgamento: 09/11/2021, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 09/11/2021).282 (grifo nosso)

Não obstante, analisando o entendimento da jurisprudência contemporânea é possível vislumbrar que o reconhecimento da paternidade afetiva *post mortem* pode ocorrer até mesmo entre parentes consanguíneos, nos quais autorizou a paternidade socioafetiva entre avô e neto, conforme se aduz do entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, através da Apelação Cível APL: 00136199820118190036, tendo como relatora a Desembargadora Sandra Santarém Cardinali, cujo julgamento se sucedeu no dia 08 de julho de 2021 e sua publicação no dia seguinte, através da Vigésima Sexta Câmara Cível, tendo como um dos fundamentos o princípio da afinidade, devidamente implícito ao princípio *mor* da dignidade da pessoa humana, cuja ementa segue abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ANULAÇÃO PARCIAL DE REGISTRO DE NASCIMENTO C/C DECLARAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA POST MORTEM DO AVÔ DE CRIAÇÃO MATERNO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA COM FUNDAMENTO NA AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA VONTADE DE RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO PATERNA POR PARTE DO AVÔ MATERNO POR AFINIDADE, E NA EXISTÊNCIA DE VÍNCULO SOCIOAFETIVO ENTRE OS ENVOLVIDOS - PARENTESCO POR AFINIDADE EM LINHA RETA ASCENDENTE, SENDO QUE O ARTIGO 42 § 1º DO ECA IMPEDIRIA O RECONHECIMENTO DA PROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO DA REQUERENTE. IRRESIGNAÇÃO DA AUTORA, BUSCANDO A PROCEDÊNCIA DO PLEITO EXORDIAL. **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE TEM MITIGADO A APLICAÇÃO DO ARTIGO 42 § 1º DO ECA, E ADMITIDO A ADOÇÃO POR AVÓS, EM SITUAÇÕES ESPECÍFICAS, DESDE QUE ATENDIDOS OS INTERESSES DOS ADOTANDOS (REsp. 1.587.477/SC). AUTORA CAPAZ,**

282 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **AC: 10024263120188260068 SP 1002426-31.2018.8.26.0068.**
Relator: Maria do Carmo Honorio. Data de Julgamento: 09/11/2021. 6ª Câmara de Direito Privado. Data de Publicação: 09/11/2021. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1338013817>>.
Acesso em: 28 out. 2022.

ATUALMENTE COM 56 ANOS DE IDADE, QUE RECONHECE SEU AVÔ MATERNO POR AFINIDADE COMO PAI. DEPOIMENTO PESSOAL NO SENTIDO DE QUE SEMPRE SE SENTIU FILHA DO AVÔ DE CRIAÇÃO, QUE EXERCEU AS FUNÇÕES DE PAI DESDE O NASCIMENTO, E TUTOR (TENDO SIDO TITULAR DE SUA GUARDA, CONFORME DOCUMENTO LAVRADO EM 04/04/1967), ATÉ O MOMENTO EM QUE ELE VEIO A FALECER, OCASIÃO EM QUE A AUTORA POSSUÍA POUCO MAIS DE SEIS ANOS DE IDADE. BREVE CONVÍVIO QUE, TODAVIA, SE MOSTROU SUFICIENTE PARA A CONSTRUÇÃO DE LAÇOS PROFUNDOS DE AFEIÇÃO, E DE CONHECIMENTO PÚBLICO, CONFORME DEPOIMENTOS PRESTADOS EM SEDE JUDICIAL. REGISTRO ORIGINAL DA AUTORA QUE NÃO CONTINHA A FILIAÇÃO PATERNA, ESTA POSTERIORMENTE INSERIDA EM CARTÓRIO, MEDIANTE MERA DECLARAÇÃO DA MÃE DA REQUERENTE, CONSTITUINDO "ADOÇÃO À BRASILEIRA" PELO PADRASTO, TAMBÉM FALECIDO, COM QUEM A DEMANDANTE AFIRMA NÃO POSSUIR QUALQUER VÍNCULO AFETIVO. AUSÊNCIA DE INTERESSE PATRIMONIAL. NENHUM DOS ENVOLVIDOS DEIXOU BENS A INVENTARIAR. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO NO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA PRETENDIDA. MANIFESTAÇÃO DA CURADORIA ESPECIAL, REPRESENTANDO OS INTERESSES DOS HERDEIROS DO AVÔ POR AFINIDADE, CITADOS POR EDITAL, NO SENTIDO DA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO, EM PROL DO DIREITO À FELICIDADE. GARANTIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (ARTIGO 1º, III CRFB/88), QUE TRAZ EM SEU BOJO O DIREITO À IDENTIDADE BIOLÓGICA E PESSOAL. SENTENÇA REFORMADA. APELO PROVIDO. (TJ-RJ - APL: 00136199820118190036, Relator: Des(a). SANDRA SANTARÉM CARDINALI, Data de Julgamento: 08/07/2021, VIGÉSIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 09/07/2021).283 (grifo nosso)

Com isso, diante dos argumentos acima mencionados é possível destacar que, após o julgamento do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a paternidade socioafetiva,

283 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível APL: 00136199820118190036**. Relator: Des(a). SANDRA SANTARÉM CARDINALI. Data de Julgamento: 08/07/2021. VIGÉSIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL. Data de Publicação: 09/07/2021. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rj/1283310567>>. Acesso em: 28 out. 2022.

os Tribunais Superiores entenderam que é possível o reconhecimento da paternidade afetiva *post mortem*, ou seja, mesmo que o responsável pelo interessado tenha falecido, os julgadores entendem que o direito do postulante ainda permanece, reconhecendo, assim, tal benesse.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisando sistematicamente os estudos acima mencionados é possível vislumbrar que a sociedade brasileira encontra-se em constante evolução, ao passo em que, muitas das vezes, a legislação em vigor não consegue alcançar a velocidade que as mudanças ocorrem, razão pela qual a jurisprudência surge como mola propulsora para auxiliar na aplicação eficaz da norma vigente.

Dentre os elementos acima mencionados está a conquista do direito de reconhecimento do direito da paternidade socioafetiva junto ao Supremo Tribunal Federal e, como se não bastasse tal vitória, os Tribunais Superiores dos estados tem reconhecido que esta paternidade afetiva pode acontecer até mesmo após o falecimento do responsável de fato do interessado, tendo como principal fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna de 1988.

4 REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 103**. Disponível em:

<<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/734>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 108**. Disponível em:

<<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/740>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949. **Dispõe sobre o reconhecimento dos filhos ilegítimos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/l0883.htm>. Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 3071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 7250, de 14 de novembro de 1984. **Acrescenta parágrafo ao art. 1º da Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949, que dispõe sobre o reconhecimento de filhos**

ilegítimos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7250.htm>. Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL. Lei 8.560, de 29 de dezembro de 1992. **Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8560.htm>. Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 301.** Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula301.pdf. Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 898.060.** Relator: Ministro LUIZ FUX. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>>. Acesso em: 28 out. 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **DIREITO CIVIL – PARTE GERAL.** 9. ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2011, 1 v, p. 320.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível APL: 00136199820118190036.** Relator: Des(a). SANDRA SANTARÉM CARDINALI. Data de Julgamento: 08/07/2021. VIGÉSIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL. Data de Publicação: 09/07/2021. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rj/1283310567>>. Acesso em: 28 out. 2022.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família.** 28. ed. rev. e atual. Francisco José Cahali; de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002). São Paulo, SP: Saraiva, 2004, 6 v, p. 223

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **AC: 10024263120188260068 SP 1002426-31.2018.8.26.0068.** Relator: Maria do Carmo Honorio. Data de Julgamento: 09/11/2021. 6ª Câmara de Direito Privado. Data de Publicação: 09/11/2021. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1338013817>>. Acesso em: 28 out. 2022.

SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO DE RISCOS DO SEGURADO

CIRO RANGEL AZEVEDO:

Doutorando e Mestre em Direito Civil (PUC/SP). Pós-graduado em Direito Empresarial (FGV DIREITO RIO). Head Jurídico de M&A, Energia & Portos da Braskem S.A. Advogado²⁸⁴.

GUSTAVO AMADO LEÓN²⁸⁵

(coautor)

Resumo: O presente artigo tem por objetivo trazer uma abordagem sobre o contrato de seguro de responsabilidade civil previsto no Código Civil de 2002, com enfoque na sua estratégica função de instrumento de gestão de riscos contratuais, mediante a transferência pelo segurado ao segurador de riscos predeterminados, notadamente o risco de inadimplemento contratual e riscos associados a potenciais danos causados a terceiros. Para a adequada compreensão, serão abordados os aspectos gerais do regime jurídico do contrato de seguro de responsabilidade civil, o papel profissional exercido pelo segurador na gestão do portfólio de riscos e a função do seguro de responsabilidade civil como mecanismo de gestão dos riscos.

Palavras-chave: Contrato de Seguro de Responsabilidade Civil. Regime Jurídico. Gestão de Riscos. Segurador. Segurado.

Abstract: This article aims to bring an approach to the civil liability insurance contract regulated by the Brazilian Civil Code, focusing on its strategic function as a contractual risk management instrument, through the transfer by the insured to the insurer of predetermined risks, notably the risk of contractual default and risks associated with potential damages caused to third parties. For the proper understanding, it will be examined the legal framework of the civil liability insurance contract, the professional role

²⁸⁴ Contato: ciorazevedo1987@gmail.com

²⁸⁵ Doutorando na PUC-SP em Direito Internacional. Mestre em Direito Internacional pela PUC-SP. Pós-Graduado na ENS em Gestão Jurídica de Seguros e Resseguros. LLC em Direito Empresarial no Insuper. Pós-Graduado em Gestão de Pessoas pela Saint Paul. Especialista em Governança, Compliance e Riscos pela Fundação Dom Cabral. Atualmente é Head do Jurídico da resseguradora Swiss Re no Brasil e Cone Sul.

played by the insurer in the management of the risk portfolio and the function performed by the civil liability insurance as a mechanism for management of risks.

Keywords: Civil Liability Insurance Contract. Legal Framework. Risk management. Insurer. Insured.

Sumário: 1 Introdução. 2 Seguro de responsabilidade civil segundo o Código Civil de 2002. 3 A atividade profissional do segurador na gestão dos riscos. 4 O Contrato de Seguro de Responsabilidade Civil como Instrumento de Gestão de Riscos Contratuais em benefício do Segurado. 5 Conclusões. 6 Referências.

1 Introdução

Os agentes econômicos se valem de contratos para alocar riscos entre si. E fazem isso sob a égide do princípio da autonomia privada, cujo preceito assegura aos particulares a prerrogativa de autorregulamentação de interesses privados mercedores de tutela.

Em matéria de distribuição convencional de riscos, talvez o contrato de seguro seja o exemplo mais emblemático de negócio jurídico que tenha como núcleo essencial a alocação sobre risco predeterminado de uma parte à outra, mediante remuneração.

Para o segurado, o referido contrato de seguro de responsabilidade civil serve para mitigar riscos, mediante transferência dos potenciais efeitos da responsabilidade civil, notadamente o pagamento de perdas e danos a terceiros, a um agente econômico profissional, que é a figura do segurador. Para este, a assunção de riscos consiste em sua atividade empresária, sendo remunerado pela gestão autorizada do portfólio de riscos em benefício do conjunto de segurados.

Este artigo tem por objetivo abordar unicamente o seguro de responsabilidade civil previsto no Código Civil de 2002, também conhecido por “seguro de RC”, segundo o qual o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiros, em razão de determinado regime de responsabilidade civil, nos exatos termos do Art. 787 do referido diploma legal.

O seguro tem como função indenizar o segurado, salvaguardando seu patrimônio, lhe dando a segurança devida de acordo com o contrato de seguro estabelecido. Não se pretende esgotar todo o complexo regime jurídico desta modalidade contratual, caracterizado pela alta densidade regulatória, mas apenas explorar os pontos centrais de forma que seja possível dissertar sobre o papel desta modalidade de seguro na gestão de riscos do segurado.

Em linha com a delimitação proposta, buscar-se-á discorrer sobre os aspectos gerais do regime jurídico do contrato de seguro de responsabilidade civil segundo o Código Civil de 2002, a função profissional desempenhada pelo segurador na gestão do portfólio desses tipos de riscos, bem como a função estratégica do contrato de seguro de responsabilidade civil como instrumento eficaz de gestão de riscos pelo segurado quanto ao pagamento de perdas e danos a terceiros.

2 Seguro de Responsabilidade Civil segundo o Código Civil de 2002

2.1 Aspectos Gerais

Segundo o Art. 787 do Código Civil de 2002, "*no seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro.*"²⁸⁶ A Superintendência de Seguros Privados - SUSEP classifica o contrato de seguro de responsabilidade civil como sendo "*os seguros que se destinam à cobertura da responsabilização civil do segurado por danos causados a terceiros e obrigado a indenizá-los, a título de reparação [...]*"²⁸⁷.

O contrato de seguro de responsabilidade civil é espécie da modalidade geral de contrato de seguro, o qual, segundo o Art. 757 do Código Civil de 2002, é definido como o contrato por meio do qual "*o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.*"

Nas palavras de Pedro ALVIM, "*seguro é o contrato pelo qual o segurador, mediante o recebimento de um prêmio, assume perante o segurado a obrigação de pagamento de uma prestação, se ocorrer o risco a que está exposto.*"²⁸⁸ O risco, que é transferido de uma pessoa a outra, é o principal elemento deste negócio jurídico²⁸⁹. Segundo CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, "*o seguro de responsabilidade civil tem por objeto transferir para o segurador*

286 "Art. 787. No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro. §1º Tão logo saiba o segurado das consequências de ato seu, suscetível de lhe acarretar a responsabilidade incluída na garantia, comunicará o fato ao segurador. § 2º É defeso ao segurado reconhecer sua responsabilidade ou confessar a ação, bem como transigir com o terceiro prejudicado, ou indenizá-lo diretamente, sem anuência expressa do segurador. § 3º Intentada a ação contra o segurado, dará este ciência da lide ao segurador. § 4º Subsistirá a responsabilidade do segurado perante o terceiro, se o segurador for insolvente."

287 Disponível em: <https://www.gov.br/susep/pt-br/planos-e-produtos/seguros/seguro-de-responsabilidade>. Acesso em 14.09.2022.

288 ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 113

289 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Vol. III. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 476.

*as consequências de danos causados a terceiros, pelos quais possa o segurado responder civilmente."*²⁹⁰

No caso dos seguros de responsabilidade civil, o interesse legítimo do segurado a que se refere o Art. 757 consiste na mitigação do risco de vir a ser condenado a pagar perdas e danos a terceiros em razão do reconhecimento de sua responsabilidade civil, conforme dispõe o artigo 787 do Código Civil de 2002²⁹¹.

Quanto à sua natureza jurídica, o contrato de seguro de responsabilidade civil pode ser definido como contrato típico, bilateral ou sinalagmático, consensual, oneroso e aleatório²⁹².

É contrato típico na medida em que tem seu arranjo legal regulado pelo Código Civil de 2002. Também é bilateral ou sinalagmático²⁹³, pois gera obrigações para ambas as partes: para o segurado de pagar o prêmio, e para o segurador de efetuar o pagamento da indenização nas hipóteses previstas na apólice.

Sua natureza consensual, por sua vez, decorre do fato de que seu aperfeiçoamento depende do mero acordo de vontades. É, ainda, oneroso porque a contratação do seguro se dá mediante pagamento de uma contraprestação pecuniária²⁹⁴. Por fim, o contrato de seguro é aleatório, pois a prestação de uma das partes, a do segurador, depende da eventualidade de ocorrência de um fato futuro e incerto, que é a ocorrência do sinistro,

290 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. III, 10a ed., São Paulo: Editora Forense, 2001, p. 313.

291 "Art. 787. No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro.."

292 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 316.

293 No mesmo sentido, explica Flavio Tartuce, *in verbis*: "O contrato de seguro é um contrato bilateral, pois apresenta direitos e deveres proporcionais, de modo a estar presente o sinalagma. Constitui um contrato oneroso pela presença de remuneração, denominada prêmio, a ser pago pelo segurado do segurador. O contrato é consensual, pois tem aperfeiçoamento com a manifestação de vontade das partes. Constitui um típico contrato aleatório, pois o risco é fator determinante do negócio em decorrência da possibilidade de ocorrência do sinistro, evento futuro e incerto com o qual o contrato mantém relação." [TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Vol. Único. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017. P. 856]

294 Assim se posiciona Silvio Rodrigues: "[...]Aparecem no contrato em análise duas partes: o segurador e o segurado. Este fornece àquele uma contribuição periódica e moderada chamada prêmio, em troca do risco que o segurador assume de, em caso de sinistro, indenizar o segurado dos prejuízos por ele experimentados. (...) O objeto do negócio é o risco, que o segurado transfere ao segurador. Através daquele desembolso limitado, o segurado adquire a tranquilidade resultante da persuasão de que o sinistro não o conduzirá à ruína, pois os prejuízos, que porventura lhe advierem, serão cobertos pelo segurador. [RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 330.]

não havendo uma contraprestação necessariamente correspondente ao pagamento do prêmio. Isto porque, como já dissemos, no contrato de seguro, o risco é da essência do negócio²⁹⁵.

Assim sendo, este tipo de contrato de seguro pressupõe a configuração do potencial dever de indenizar emergente de responsabilidade civil do segurado junto a terceiros. Neste sentido, destaca SERGIO CAVALIERI FILHO, que a responsabilidade está relacionada à prática de uma conduta ilícita e o conseqüente dever de reparação do dano decorrente da referida conduta²⁹⁶.

A responsabilidade civil, como explica SIMONE DALILA NACIF LOPES, de onde deriva o dever de indenização por perdas e danos, decorre da violação de um dever jurídico originário²⁹⁷, podendo ser classificada em responsabilidade extracontratual (ou aquiliana) ou contratual. No primeiro caso, a responsabilidade emerge da prática de um ato ilícito praticado pelo segurado contra terceiros, sem que exista uma relação jurídica contratual subjacente. Trata-se da violação do dever geral de não causar dano a outrem (*neminem laedere*). A responsabilidade extracontratual está prevista nos artigos 186²⁹⁸, 187²⁹⁹ e 927³⁰⁰, todos do Código Civil de 2002. Já no que tange à responsabilidade contratual, seus

295 Segundo SILVIO RODRIGUES "as prestações oferecem uma possibilidade de ganho ou perda para qualquer das partes, por dependerem de um evento futuro e incerto que pode alterar o seu montante. O objeto do negócio está ligado à ideia de risco". [RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.122.]

296 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020. P. 10

297 É o que atesta Simone Dalila Nacif Lopes ao dizer que "a responsabilidade civil é obrigação secundária, que nasce do descumprimento de um dever jurídico originário". [LOPES, Simone Dalila Nacif. *A Visão do Desembargador Sérgio Cavaliere Filho Sobre a Responsabilidade Civil nos 10 Anos do Código Civil na Construção da Doutrina e Jurisprudência*. Série de Aperfeiçoamento de Magistrados 13: 10 anos do Código Civil Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos. Vol II. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. p. 222]

A magistrada fez um resumo sobre a matéria de responsabilidade civil com as opiniões expressas pelo Desembargador do TJERJ, professor e autor de diversos livros, Sérgio Cavaliere Filho a respeito da disciplina Responsabilidade Civil no Código Civil, decorridos 10 anos de sua vigência, considerada a construção da Doutrina e da Jurisprudência, em palestra ministrada na EMERJ em 30 de março de 2012.

298 "Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

299 "Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."

300 "Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."

efeitos são deflagrados a partir do inadimplemento contratual, consoante Art. 389³⁰¹ e 402³⁰² do Código Civil de 2002.

Para a configuração da responsabilidade civil, seja ela contratual ou aquiliana, é preciso verificar a concorrência de três pressupostos: a conduta culposa, o dano e o nexo de causalidade³⁰³.

A conduta culposa³⁰⁴ representa o ato praticado pelo agente em violação a determinados padrões de conduta, que podem variar de acordo com as circunstâncias do caso concreto. O elemento culpa é apenas exigido nos casos de responsabilidade civil subjetiva, sendo dispensável seu exame e verificação quando se tratar de responsabilidade civil objetiva, a exemplo do que dispõe o Art. 927, parágrafo único, do CC/2002, que regula a responsabilidade objetiva "*nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.*"

O dano, por sua vez, é regido pelo princípio da reparação integral, assegurando ao ofendido a recomposição integral do seu patrimônio, que fora lesado por ato imputável ao agente ofensor. Ratificando este entendimento, GIOVANNI ETTORE NANNI afirma que "*a fixação das perdas e danos é comandada pelo preceito da reparação integral*"³⁰⁵. A este respeito, o Art. 944 do CC/02, aplicável à responsabilidade civil contratual³⁰⁶, é categórico ao afirmar que "*a indenização mede-se pela extensão do dano*". As perdas e danos,

301 "Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado."

302 "Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar."

303 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 17.

³⁰⁴ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Comentários ao Novo Código Civil: Da Responsabilidade Civil, das Preferências e Privilégios creditórios*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 64.

305 NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento Absoluto e Resolução Contratual: Requisitos e Efeitos*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021. p. 323

306 Neste sentido, explica Giovanni Ettore Nanni: "*No caminho inverso, a título exemplificativo, ao menor três regras próprias da obrigação de indenizar, no domínio da responsabilidade civil aquiliana, são empregáveis nas perdas e danos, fruto do inadimplemento absoluto: a que reza ser a indenização medida pela extensão do dano (ar. 944, "caput", CC); a concorrência culposa da vítima para o evento danoso (Art. 945, CC); a reparação preferencial na espécie ajustada (art. 947, CC).*" NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento Absoluto e Resolução Contratual: Requisitos e Efeitos*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021. p. 222.

consoante Art. 402 do CC/02³⁰⁷, compreendem os danos emergentes e os lucros cessantes, além dos demais encargos legais, como juros moratórios, atualização monetária e honorários de advogado.

Em relação ao nexo de causalidade, este representa o elo de conexão entre o dano e a conduta. No Direito brasileiro, restou preponderante a teoria do dano direto e imediato, conforme dispõe o Art. 403³⁰⁸ do CC/02, segundo o qual as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

O seguro de responsabilidade civil pode ser contratado para garantir o pagamento de indenização emergente dos regimes de responsabilidade acima descritos.

Neste contexto, o seguro de responsabilidade civil é o contrato por meio do qual o segurado transfere ao segurador, mediante remuneração do prêmio, o risco consistente na *probabilidade* de pagamento de perdas e danos emergentes da responsabilidade civil extracontratual, mediante a prática de ato ilícito contra terceiros, ou da responsabilidade contratual, emergente do inadimplemento. Uma vez consumada uma dessas hipóteses, o segurador deve pagar a indenização prevista na apólice ao segurado ou diretamente ao terceiro, nos casos de seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios, conforme se estipula no Art. 788³⁰⁹.

2.2. Elementos Essenciais do Seguro de Responsabilidade Civil e o Interesse Legítimo do Segurado na Contratação do Seguro de Responsabilidade Civil.

Analisando a parte histórica correspondente ao seguro, pode-se dizer que primeiramente, sob égide do Código Civil de 1916, o seguro era tratado como indenização, como se depreendia do Art. 1.432³¹⁰. Com o advento do Código Civil de 2002, no entanto, o seguro passou a ser tratado como garantia, como se extrai do já mencionado artigo 757

307 "Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar."

308 "Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual."

309 "Art. 788. Nos seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios, a indenização por sinistro será paga pelo segurador diretamente ao terceiro prejudicado."

310 "Art. 1.432. Considera-se contrato de seguro aquele pelo qual uma das partes se obriga para com outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizar-lhe o prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato."

do Código Civil de 2002³¹¹. Ou seja, do ponto de vista legal, o seguro é compreendido como uma espécie de garantia em benefício do segurado.

Atualmente, entende-se que o seguro é composto por cinco elementos essenciais: garantia, interesse, risco, prêmio e empresarialidade³¹².

A noção de garantia decorre da ideia de salvaguarda do patrimônio do devedor em caso de reconhecimento de sua responsabilidade civil perante terceiros. O interesse, por sua vez, representa o bem jurídico sujeito aos riscos predeterminados, em relação ao qual se busca a proteção por meio do seguro³¹³. No caso do seguro de responsabilidade civil, este interesse consubstancia-se na proteção contra eventual indenização a que estaria sujeito, cujo risco de consumação é transferido ao segurador.

Enquanto fenômeno fático, o risco é compreendido como a possibilidade de ocorrência de um evento futuro e incerto capaz de gerar uma perda ou desvantagem³¹⁴ ao segurado ou a terceiros beneficiários. Dan BORGE afirma que "*risk means being exposed to the possibility of a bad outcome*"³¹⁵. FRANZ JOSEF BRUSEKE também relata que a expressão "risco" usualmente aparece em explicações que se destinam a demonstrar possíveis consequências negativas em diversos fenômenos e processos³¹⁶. Na ótica jurídica, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA explica que ele é o objeto, ou seja, a própria causa do contrato de seguro³¹⁷. Os potenciais impactos decorrentes dessas desvantagens são transferidos pelo segurado ao segurador.

311 "Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados."

312 TZIRULNIK, Ernesto, CAVALCANTI, Flavio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro de acordo com o novo Código Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 29.

313 O autor Buranello explica o conceito de interesse segurável da seguinte maneira, in verbis: "*Representa a relação econômica ameaçada por um ou vários riscos, que une o segurado ou beneficiário a uma determinada coisa ou pessoa. A distinção entre o interesse segurável e a coisa ou objeto a que se interesse se refere explica o fato de que possa existir às vezes uma multiplicidade de seguros do mesmo tipo, referentes à mesma coisa, com titularidades diferentes, mas protegendo interesse econômico diverso*" BURANELLO, Renato Macedo. *Do Contrato de Seguro – O seguro Garantia de Obrigações Contratuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p.114.

314 Segundo o Dicionário Jurídico de Plácido e Silva, risco "*é o perigo de perda ou de prejuízo*" SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 27. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 1238.

315 BORGE, Dan. *The Book of Risk*. New York: John Wiley & Sons, 2001. p. 4.

316 BRUSEKE, Franz Josef. *Risco e Contingência*. Societec e-prints, v.1, n. 2, p. 35-48, 2005. p. 37.

317 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. III, 10a ed., São Paulo: Editora Forense, 2001, p. 305.

Outro elemento essencial ao contrato de seguro é o prêmio, o qual entende-se como a contraprestação paga pelo segurado à seguradora a fim de obter a garantia pretendida.

Por fim, a empresarialidade é elemento essencial na medida em que atividade securitária tem por objeto a gestão de riscos, por meio da administração de recursos provenientes de prêmios pagos pelo conjunto de segurados, exigindo uma complexa especialização, responsabilidade e fiscalização. É sobre este item que passaremos a explorar com mais profundidade no item a seguir.

3 A atividade profissional do segurador na gestão dos riscos

O segurador consiste no agente empresarial autorizado pela SUSEP, nos termos do Art. 36, alínea "a" do Decreto-Lei nº 73/1966³¹⁸ e demais obrigações dispostas em regulamentações esparsas emitidas pelo CNSP – Conselho Nacional de Seguros Privados e a própria SUSEP, que tem por atividade gerir os recursos dos prêmios pagos pelos segurados para garantir o pagamento de indenizações devidas por eles a terceiros, conforme pactuado nas respectivas apólices de seguro.

Desta forma, o segurador realiza uma complexa atividade de equilíbrio atuarial, buscando conciliar a percepção dos prêmios pagos pelos segurados com a expectativa de pagamento de indenizações, segundo cálculos probabilísticos definidos em seu modelo de negócio. Faz parte do trabalho atuarial e estatístico da seguradora prever, tendo como base suas análises e estudos técnicos, a frequência e severidade dos riscos.

RENATO Macedo BURANELLO descreve como funciona a atividade das seguradoras:

A atividade desenvolvida pelas seguradoras consiste em estimar, mediante cálculos atuariais, a possibilidade da ocorrência de certo fato, normalmente um evento de consequências danosas para os envolvidos. De posse desses cálculos, a seguradora procura aceitar a cobertura dos riscos em questão, contra o pagamento do prêmio. Com o produto do prêmio que recebe de seus segurados, se corretos os cálculos atuariais que realizou, a seguradora não só disporá dos recursos necessários ao pagamento das prestações devidas, em razão dos eventos segurados que se verificarem, como também

318 " Art 36. Compete à SUSEP, na qualidade de executora da política traçada pelo CNSP, como órgão fiscalizador da constituição, organização, funcionamento e operações das Sociedades Seguradoras: a) processar os pedidos de autorização, para constituição, organização, funcionamento, fusão, encampação, grupamento, transferência de controle acionário e reforma dos Estatutos das Sociedades Seguradoras, opinar sobre os mesmos e encaminhá-los ao CNSP; [...]"

cobrirá as despesas administrativas e operacionais relacionadas ao seu funcionamento, e obterá lucro.³¹⁹

O segurador exerce um protagonismo essencial para o desenvolvimento dos mais diversos setores da atividade econômica, cujos agentes empresariais se valem dos contratos de seguro, incluída a modalidade de seguro de responsabilidade civil, para mitigar os potenciais riscos a que estariam sujeitos em razão da sua atividade empresarial.

Com interesse em minimizar a ocorrência de sinistros e prejuízos, as seguradoras vêm buscando a incorporar em seus produtos a prestação de serviços de gerenciamento de riscos contratuais. Através de consultorias, estudos específicos e direcionados, realizados por profissionais habilitados na área, a gestão de riscos contratuais vem sendo tratada com grande seriedade, pois acaba tendo benefícios para ambos os lados do contrato de seguro (segurador e segurado).

Novos produtos são pensados e lançados pelas seguradoras, considerando a dinamicidade das necessidades de seus clientes na gestão dos mais variados tipos de risco, proporcionando-lhe melhores resultados.

O referido expediente de gestão de riscos contratuais comporta estudos aprofundados acerca dos riscos predeterminados pelos clientes, para aferir as possibilidades de sinistros e formas de mitigação, mediante cobertura securitária.

Vale ressaltar, todavia, que os seguradores também se valem de mecanismos de mitigação de riscos. É o que se dá pela prática do resseguro, regulada por pela Lei Complementar 126 de 2007 e Resolução CNSP 168 de 2007, além de outras regulamentações do CNSP e SUSEP, em que os seguradores contratam outros seguradores para diluir e distribuir os riscos associados ao pagamento das indenizações³²⁰.

Com efeito, no momento que um contrato de resseguro é celebrado, a seguradora transfere parte do risco ao ressegurador, porém tal fato não afeta a independência e autonomia que a seguradora possui na gestão de seus negócios e riscos integrantes do seu portfólio contratado.

319 BURANELLO, Renato Macedo. *Do Contrato de Seguro – O seguro Garantia de Obrigações Contratuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.121.

320 Segundo Carlos Roberto Gonçalves, "o resseguro consiste na transferência de parte ou de toda responsabilidade do segurador para o ressegurador. A finalidade é distribuir entre mais de um segurador a responsabilidade pela contraprestação." [GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Vol. III. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 477]

Do ponto de vista jurídico-dogmático, portanto, o segurador é a parte que integra o contrato de seguro de responsabilidade civil na qualidade de contratado, sendo remunerado por assumir a responsabilidade pelo pagamento de eventual indenização imposta ao segurado, potencial devedor de indenização por perdas e danos, em razão do advento e consumação dos riscos cobertos pela apólice.

O alcance da cobertura securitária, a exemplo dos danos segurados (danos emergentes, lucros cessantes etc), exclusões e valor da cobertura, são aspectos definidos pelas partes no instrumento da apólice, e naturalmente influenciam o valor do prêmio a ser pago pelo segurado, observadas a política de risco definida pela entidade securitária. Quanto maior a cobertura, maior será o valor do prêmio.

Caso o risco descrito na apólice seja consumado, o segurado instará o segurador sobre a ocorrência do evento e este, uma vez presentes os requisitos previstos na apólice, deverá realizar o pagamento da indenização, cujo montante será deduzido do total de recursos sob a gestão do segurador. Em linhas gerais, o conjunto das referidas ações é denominado processo de regulação de sinistro, que compreende a análise, por parte do segurador, de documentos e informações para determinar a existência de cobertura securitária e pagamento ou não da indenização contratada.

Neste diapasão, observamos que o segurador representa o agente empresarial responsável pela gestão do portfólio de riscos a ele transferidos por meio dos contratos de seguro de responsabilidade civil, de acordo com as regras legais aplicáveis e política de risco definida para a entidade, que define os tipos e limites de coberturas que a referida entidade poderá contratar junto ao seu conjunto de segurados. A política de gestão de riscos é uma obrigação regulatória do segurador para definir, dentre outras, a política de subscrição, o apetite por riscos, política de investimentos, política de liquidez, além da análise de riscos específicos e determinados procedimentos detalhados.³²¹

4 O Contrato de Seguro de Responsabilidade Civil como Instrumento de Gestão de Riscos Contratuais em benefício do Segurado

Ao longo do presente trabalho, exploramos o regime jurídico do contrato de seguro de responsabilidade civil, bem como abordamos algumas características gerais da atividade empresarial desempenhada pelas entidades seguradoras na gestão do portfólio dos mais variados riscos de responsabilidade civil que podem emergir das atividades do grupo de segurados.

321 É o que dispõe a Resolução CNSP 416 de 2021, disponível em <https://www2.susep.gov.br/safe/scripts/bnweb/bnmapi.exe?router=upload/25061>. Acesso em 27.09.2022.

Passamos agora a propor uma análise com enfoque mais empresarial, de forma a apresentar em que medida o referido contrato pode servir como instrumento hábil à gestão de riscos contratuais.

Risco consiste num fenômeno fático que pode ser objetivamente quantificável por métodos científicos baseados em probabilidade e impacto de potenciais eventos adversos. FRANK H. KNIGHT diferencia risco de incerteza pelo critério da mensurabilidade, o que só é possível no risco, como se depreende do trecho abaixo:

The essential fact is that "risk" means in some cases a quantity susceptible of measurement, while at other times it is something distinctly not of this character; and there are far-reaching and crucial differences in the bearings of the phenomenon depending on which of the two is really present and operating. There are other ambiguities in the term "risk" as well, which will be pointed out; but this is the most important. It will appear that a measurable uncertainty, or "risk" proper, as we shall use the term, is so far different from an unmeasurable one that it is not in effect an uncertainty at all.³²²

A partir desta concepção e análise, a incerteza relacionada à ocorrência de tais eventos passa a ser objetivamente dimensionada, sendo convertida em risco, que, por sua vez, pode ser analisado como uma unidade de medida tangível para o seu analista.

Nesta perspectiva, o segurado, ao buscar alternativas de contratação de Seguro de RC, consciente de que sua atividade profissional pode gerar riscos emergentes da responsabilidade civil, notadamente o pagamento de perdas e danos e seus consectários legais em favor de terceiros lesados como resultado de algum dano consumado, tem por propósito transferir esse risco à entidade securitária, mediante o pagamento de uma contraprestação pecuniária consubstanciada no prêmio, a qual passará a suportar os impactos de eventual consumação do evento adverso classificado como risco.

Observem que, na partida, o segurado pode não ter dados e informações disponíveis para fazer um juízo de valor adequado para quantificar eventuais perdas resultantes da materialização do referido risco, gerando uma grande incerteza quanto à viabilidade econômico-financeira do empreendimento. A depender da recorrência e materialidade dos eventos, os desembolsos com indenizações podem alcançar cifras capazes de comprometer o modelo de negócio pretendido.

322 KNIGHT, Frank H. *Risk, uncertainty and profit*. New York: Dover, 2006. P. 14-15.

Para controlar esta incerteza, o segurado contrata o segurador, este sim possuidor de um grande volume de dados e informações sobre a ocorrência de eventos similares, que, mediante cálculos atuariais e estatísticos, consegue estimar a ocorrência dos referidos eventos e precificar o risco que está disposto a assumir, em benefício do segurado. Vale reforçar que segurador tem como negócio justamente a gestão de portfólio do conjunto de riscos a ele transferidos e por esta razão, tendo em vista a sua especialização e disponibilidade de informações e dados, está em melhores condições de controlar os aspectos relacionados à ocorrência e impactos dos riscos sob sua gestão³²³. A partir deste momento, ou seja, a contratação do segurador, os riscos predeterminados convertem-se numa unidade de medida tangível, uma despesa dentre várias outras, que é o prêmio a ser pago ao segurador.

Nesta ordem de ideias, o Seguro de RC, na ótica do segurado, representa um instrumento eficaz de gestão de riscos, na medida em que consegue mitigar seus impactos mediante a sua transferência a um terceiro profissional especializado na gestão de riscos emergentes daquela determinada atividade. Já para o segurador, o Seguro de RC representa um de seus produtos oferecidos ao mercado de clientes, cabendo-lhe a gestão adequada dos prêmios pagos pelo conjunto de segurados para pagamento das indenizações, custeio de suas atividades operacionais e administrativas, e percepção de sua margem de lucro.

Para garantir a sua integridade econômico-financeira, o segurador constitui provisões técnicas, que são os lastros constituídos, obrigatoriamente, independentemente de apuração de lucro ou prejuízo financeiro no período, visando garantir suas operações de seguros (prêmios retidos e sinistros avisados). Além disso, são "*as maiores obrigações de uma companhia de seguros: as quais representam prêmios ainda não ganhos (receita de exercícios futuros) e perdas ainda não indenizadas.*"³²⁴

É de se perceber a importância da atividade securitária no desenvolvimento econômico e fomento à inovação por meio do oferecimento de "garantia" de absorção dos mais variados tipos de riscos das atividades empresárias, representando uma espécie de conforto para que os agentes econômicos possam contrair riscos, de forma profissional e equilibrada, e desenvolver os mais variados tipos de produtos e serviços oferecidos ao mercado consumidor em geral.

Desta forma, o gerenciamento e mitigação de riscos não devem ser vistos apenas como uma maneira de a seguradora gerir a incidência de sinistros e os prejuízos com o

323 KNIGHT, Frank H. *Risk, uncertainty and profit*. New York: Dover, 2006. P. 148.

324 DE SOUZA, Silney. *Seguros: contabilidade, atuária e auditoria*. 2ª ed. Rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 83.

pagamento de indenizações, mas também como uma forma de adicionar ou agregar valor à cadeia de negócio do segurado.

5 Conclusões

Por meio deste artigo, nos comprometemos a discorrer sobre o seguro de responsabilidade civil, a função profissional desempenhada pelo segurador na gestão do portfólio de riscos e o contrato de Seguro de RC como instrumento de gestão de riscos.

O Seguro de RC consiste em uma das modalidades de seguro disponíveis no mercado. Trata-se de um contrato sinalagmático, consensual, oneroso e aleatório. Seus elementos essenciais abrangem a garantia, interesse, risco, prêmio e empresarialidade.

Sua função preponderante consiste na transferência do segurado ao segurador, mediante remuneração consubstanciada no prêmio, dos riscos associados ao pagamento de perdas e danos devidas a terceiros em razão de reconhecimento da configuração da responsabilidade civil do segurado.

No que tange ao agente segurador, temos que a sua atividade empresarial é estruturada na gestão de portfólio de riscos, garantindo os interesses segurados por meio de sofisticada equação matemática e estatística para buscar o equilíbrio atuarial entre a percepção dos prêmios e pagamento das indenizações do conjunto de segurados.

Indiscutivelmente o seguro de responsabilidade civil representa importante instrumento de gestão de riscos contratuais, pois, para o segurado, representa um mecanismo de alocação de risco para um terceiro – a entidade securitária, convertendo o risco numa despesa associada ao seu modelo de empresariamento. Para o segurador, a sua atividade em si já tem em sua essência a gestão dos riscos do grupo de segurados, cabendo-lhe realizar o pagamento das indenizações nas situações reguladas na apólice contratada.

Em suma, os Seguros de RC e suas diversas modalidades representam mais um dos variados instrumentos disponíveis na legislação para servir como instrumento de alocação de riscos, função esta que, por consequência, contribui de forma determinante para o fomento da atividade econômica e inovação.

6 Referências

ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BORGE, Dan. *The Book of Risk*. New York: John Wiley & Sons, 2001.

- BRUSEKE, Franz Josef. *Risco e Contingência*. Societec e-prints, v.1, n. 2, p. 35-48, 2005.
- BURANELLO, Renato Macedo. *Do Contrato de Seguro – O seguro Garantia de Obrigações Contratuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- DE SOUZA, Silney. *Seguros: contabilidade, atuária e auditoria*. 2ª ed. Rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Comentários ao Novo Código Civil: Da Responsabilidade Civil, das Preferências e Privilégios creditórios*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Vol. III. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.
- KNIGHT, Frank H. *Risk, uncertainty and profit*. New York: Dover, 2006.
- LOPES, Simone Dalila Nacif. *A Visão do Desembargador Sérgio Cavaliere Filho Sobre a Responsabilidade Civil nos 10 Anos do Código Civil na Construção da Doutrina e Jurisprudência*. Série de Aperfeiçoamento de Magistrados 13: 10 anos do Código Civil Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos. Vol II. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. pp. 222-227.
- NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento Absoluto e Resolução Contratual: Requisitos e Efeitos*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. III, 10ª ed., São Paulo: Editora Forense, 2001.
- Disponível em <https://www2.susep.gov.br/safe/scripts/bnweb/bnmapi.exe?router=upload/25061>. Acessada em 27 de setembro de 2022.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 27. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007
- TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Vol. Único. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.
- TZIRULNIK, Ernesto, CAVALCANTI, Flavio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. **O contrato de seguro de acordo com o novo Código Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DA EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA E AS ALTERAÇÕES ADVINDAS DA LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015.

ANTONIO MARCO MACHADO BOTELHO FILHO:
Curso de Pós Graduação Sentido Único – Gestão Educacional Superior. Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR³²⁵.

RESUMO: Trata da elaboração de artigo científico para o curso de Pós Graduação Sentido Único – Gestão Educacional Superior. O artigo se propõe a esclarecer as alterações realizadas no Código de Processo Civil, mais especificamente na Execução contra a Fazenda Pública, com o advento da lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. No superado Código de Processo Civil de 1973, tanto os títulos executivos judiciais como extrajudiciais eram utilizados em sede de ação autônoma, procedimento chamado Execução contra a Fazenda Pública. Com o novo Código de Processo Civil de 2015 passou a existir procedimento próprio chamado Cumprimento de Sentença contra a Fazenda Pública destinado aos títulos executivos judiciais, enquanto a nomenclatura execução contra a Fazenda Pública ficou restrita as execuções fundadas em títulos extrajudiciais.

Palavras-chave: Execução contra a Fazenda Pública. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Novo Código de Processo Civil. Alterações.

ABSTRACT: It deals with the elaboration of a scientific article for the course of Post Graduation Sense Single - Superior Educational Management. The article proposes to clarify the changes made in the Code of Civil Procedure, specifically in the Execution against the Public Treasury, with the advent of Law 13,105, dated March 16, 2015. In the passed Civil Procedure Code of 1973, both the judicial and extrajudicial executive titles were handled through autonomous action, a procedure called Execution against the Public Treasury. With the new Code of Civil Procedure of 2015, there was a proper procedure called Enforcement of Judgment against the Public Treasury for judicial enforcement, while the nomenclature execution against the Public Treasury was restricted to executions based on extrajudicial titles.

Keyword: Execution against the Public Treasury. Law No. 13,105, of March 16, 2015. New Code of Civil Procedure. Changes.

INTRODUÇÃO

³²⁵ Contato: marcofbotelho@gmail.com

A primeira ação quando pensamos em execução é o ataque ao patrimônio do executado. Quando se está diante de uma execução de entrega de coisa ou obrigação de fazer contra Fazenda Pública esta se comporta como outro executado qualquer, porém quando estamos diante de uma obrigação de pagar quantia certa o Poder Público possui algumas prerrogativas, uma delas é a indisponibilidade dos bens públicos, não podendo estes serem penhorados, arrematados ou adjudicados.

O presente trabalho aborda o tema execução contra a Fazenda Pública que no Código de Processo Civil de 1973 era regulada pelos artigos 730 e 731, mas que com a mudanças implementadas pela Lei 13.105/2015 (CPC/15), houve uma cisão passando a ser regulada pelos artigos. 534 e 535 (título judicial) e 910 (título extrajudicial).

O objetivo do artigo é promover um esclarecimento acerca das alterações advindas da Lei 13.105/2015 no Código de Processo Civil, com uma linguagem de fácil compreensão não só para os operadores do direito, mas também para outros interessados que estejam passando por algum litígio com o Poder Público.

O trabalho é composto pelas seguintes seções: introdução; execução contra a Fazenda Pública; execução fundada em título judicial e extrajudicial; conclusão e referências.

2. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

O conceito de Fazenda Pública restringe aquelas entidades com personalidade jurídica de Direito Público, quais sejam: União, Estados, Municípios, Distrito Federal, autarquias e fundações públicas ficando de fora, portanto, as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista.

A Fazenda pública quando condenada em obrigação de pagar, não se iguala aos particulares nem tem os mesmo prazos para o pagamento das condenações. Os entes públicos possuem algumas prerrogativas, dentre elas a impenhorabilidade dos bens públicos nos termos do art. 832 do CPC/15 e 98 do Código Civil. O Poder público está sujeito também ao princípio da legalidade orçamentária, não lhes sendo permitido realizar despesas que não estejam previstas em lei.

Diante disso, o pagamento realizado pela Fazenda Pública está subordinado a normas próprias e específicas. Referidas normas pretendem garantir o respeito ao orçamento, a continuidade dos serviços públicos, bem como o princípio da impessoalidade, evitando qualquer discricionariedade por parte do gestor público.

Assim, a Constituição Federal de 1988 – CF/88, em seu art. 100, possui duas formas pelas quais a Fazenda Pública pode realizar seus pagamentos oriundos de condenações judiciais: O Precatório e a Requisição de Pequeno Valor.

2.1 Execução Fundada em Título Executivo Judicial e Extrajudicial

A Execução contra a Fazenda Pública, impondo o dever de pagar quantia certa, se dará por título judicial podendo se dá também título extrajudicial, conforme Súmula 279 do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Com o novel Código de Processo Civil de 2015 – CPC/15, o exequente teve abreviado o trâmite processual para obter o que pleiteia de direito. Não existe mais a figura do processo autônomo quando o exequente já possui o aval do Estado mediante título executivo judicial, estes dispostos no art. 515 da codificação legal.

Porém se o exequente está na posse de título extrajudicial, poderá opor embargos à execução com maior amplitude de argumentos, podendo arguir qualquer assunto que lhe seria lícito deduzir como matéria de defesa no processo de conhecimento nos termos do art. 910, § 2º do CPC/15.

O prazo fixado é comum de 30 (trinta) dias, tanto para a impugnação (título judicial) quanto nos embargos (título extrajudicial).

O CPC/15 está de acordo com o modelo sincrético processual, visando o cumprimento da celeridade judiciária, sobretudo no que se refere à execução de sentença e a simplificação desta. Referida inovação trouxe a figura do cumprimento de sentença que se dá após o processo cognitivo, com a intimação da devedora para impugnar, se assim entender, permanecendo, todavia, a necessidade do trânsito em julgado para a expedição do precatório ou da requisição de pequeno valor, conforme disposto no artigo 100 da CF/1988.

Nesse sentido, define o professor Carreira Alvim, em sua obra "Alterações do Código de Processo Civil":

O sincretismo processual traduz uma tendência do direito processual, de combinar fórmulas e procedimentos, de modo a possibilitar a obtenção de mais de uma tutela jurisdicional, *simpliciter et de plano* (de forma simples e de imediato), no bojo de um mesmo processo, com o que, além de evitar a proliferação de processos, simplifica (e humaniza) a prestação jurisdicional. (ALVIM, J.E. Carreira. Págs. 58/59)

O procedimento disposto nos artigos 534 e 535 do CPC/15 restringem-se as obrigações estabelecidas por título executivo judicial. De outro lado, as obrigações estampadas em título executivo extrajudicial estão reguladas no art. 910 do CPC/15.

2.2 Teor do dispositivo legal

Passemos a analisar o artigo 534 no CPC/15:

Art. 534. No cumprimento de sentença que impuser à Fazenda Pública o dever de pagar quantia certa, o exequente apresentará demonstrativo discriminado e atualizado do crédito contendo:

I – o nome completo e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do exequente;

II – o índice de correção monetária adotado;

III – os juros aplicados e as respectivas taxas;

IV – o termo inicial e o termo final dos juros e da correção monetária utilizados;

V – a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso;

VI – a especificação dos eventuais descontos obrigatórios realizados.

§ 1º Havendo pluralidade de exequentes, cada um deverá apresentar o seu próprio demonstrativo, aplicando-se à hipótese, se for o caso, o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 113.

§ 2º A multa prevista no § 1º do art. 523 não se aplica à Fazenda Pública.

É de observar que o objeto de estudo do presente trabalho diz respeito à Fazenda Pública como devedora, quando for credora aplica-se a Lei de Execução Fiscal (Lei Federal n. 6.830/80).

Importante observar também, que se a parte não dispuser de meios para arcar com os custos processuais (honorários periciais), eis que beneficiária da gratuidade de justiça (artigos 98 a 102 do CPC/15) terá direito a realização da memória de cálculo (demonstrativo discriminado e atualizada do crédito) pela Controladoria Judicial.

Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier, em obra coletiva consigna:

“A memória de cálculo de atualização e incidência de consectários é, portanto, requisito do requerimento do credor, sem o qual poderá ser indeferido o início do procedimento de cumprimento de sentença. Tal exigência poderá se tornar um obstáculo àqueles

credores que possuam crédito que dependam de cálculos de atualização que, apesar de meramente aritméticos, sejam complexos e, por conseguinte, devam ser realizados por profissionais habilitados. Trata-se de verdadeiro ônus do credor a indicação do valor atualizado do crédito, para inaugurar a fase executiva, pois, em muitas vezes, o credor não dispõe de todos os dados necessários para instruir a conta ou não dispõe de habilidades técnicas para elaborá-la, eis que tais operações frequentemente envolvem peculiaridades.

Em sendo o credor beneficiário da justiça gratuita, dispõe o art. 98, VII, do CPC/2015 a isenção quanto ao custo com a elaboração de memória de cálculo, quando esta é exigida para a instauração da execução. Nessa hipótese, o credor hipossuficiente de recursos financeiros deverá requerer ao juízo da execução a nomeação de contador, que poderá ser o contador do próprio juízo a elaborar os cálculos aritméticos voltados à apuração do valor da dívida” (Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil, 1ª edição, página 1.393, Ed. RT, 2015; consulte também TJSP – AI n. 2212267-64.2015.8.26.0000, rel. Des. Fermino Magnani Filho, j. 14.4.2016).

O “caput” do artigo 534 prescreve a necessidade do exequente de apresentar demonstrativo do crédito discriminado e atualizado, bem como apresenta um rol taxativo dos requisitos para o recebimento da petição requerendo o cumprimento da sentença, sob pena de indeferimento. Se houver pluralidade de exequentes dispõe o §1º que cada um deverá apresentar o seu próprio demonstrativo. A apresentação do discriminativo do débito pode ser realizada pelo devedor, através da execução invertida, sendo faculdade do devedor fazê-la ou não, pois, em regra, a obrigação é do exequente.

Importante consignar entendimento jurisprudencial quando estamos diante de um litisconsórcio ativo pleiteando um crédito em face da Fazenda Pública. Os litisconsortes terão seus créditos somados ou contados individualmente para fins de expedição do precatório e requisição de pequeno valor?

A resposta depende do tipo de litisconsórcio em questão. Se estivermos diante de um litisconsórcio facultativo, cada autor receberá o seu valor separadamente por Requisição de Pequeno Valor. Não temos nesse caso um fracionamento para burla do precatório, pois é como se cada litisconsorte propusesse sua demanda individualmente. Nesse sentido entendeu o STF, de forma unânime, no AC - Ag 653/SP.

Entretanto, não se permite que os créditos sejam contados individualmente em caso de ação coletiva. O STF já decidiu que não é possível o “fracionamento da execução, para requerer requisição de pequeno valor, quando for o caso de ação coletiva” (RE 551.955 AgR).

Comentando o §2º a Fazenda Pública não sofrerá a incidência de multa de 10%, além de honorários de 10% no caso de ausência de pagamento voluntário em 15 dias. É que, no cumprimento de sentença, a Fazenda Pública não é intimada para pagar, apenas para apresentar impugnação. Ela paga através de precatório. Não há, por isso mesmo, incidência da multa prevista no § 1º do art. 523 do CPC/15.

A doutrina é pacífica nesse sentido:

“...Consoante o parágrafo segundo, a multa prevista no § 1º do art. 523 não se aplica ao caso, considerando-se o tratamento privilegiado dado à Fazenda Pública, haja vista a presença do regime especial do precatório, muito embora haja crítica doutrinária a respeito por violar o princípio da igualdade.” (PANZA, Luiz Osório Moraes, pp. 821-822)

Outrossim, no que tange a necessidade do trânsito em julgado da sentença condenatória, o artigo 523 a priori não o exige para o início do cumprimento de sentença. Portanto, em tese seria possível o cumprimento provisório de sentença em face da Fazenda Pública.

Todavia, muito embora possível o cumprimento de sentença antes do trânsito em julgado, este é imprescindível para fins de expedição do respectivo precatório. Esse é o entendimento pacífico da doutrina, senão vejamos:

“Pela leitura do artigo, não há a necessidade do trânsito em julgado da decisão judicial ensejadora do cumprimento para admitir o seu processamento. Todavia, este trânsito será obrigatório para a expedição do precatório requisitório, nos termos do art. 100, § 5º, da Constituição da República.” (PANZA, Luiz Osório Moraes p. 821).

Passemos a analisar o artigo 535 no CPC/15:

Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

I - falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;

II - ilegitimidade de parte;

III - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

IV - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;

V - incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;

VI - qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes ao trânsito em julgado da sentença.

§ 1º A alegação de impedimento ou suspeição observará o disposto nos arts. 146 e 148.

§ 2º Quando se alegar que o exequente, em excesso de execução, pleiteia quantia superior à resultante do título, cumprirá à executada declarar de imediato o valor que entende correto, sob pena de não conhecimento da arguição.

§ 3º Não impugnada a execução ou rejeitadas as arguições da executada:

I - expedir-se-á, por intermédio do presidente do tribunal competente, precatório em favor do exequente, observando-se o disposto na Constituição Federal;

II - por ordem do juiz, dirigida à autoridade na pessoa de quem o ente público foi citado para o processo, o pagamento de obrigação de pequeno valor será realizado no prazo de 2 (dois) meses contado da entrega da requisição, mediante depósito na agência de banco oficial mais próxima da residência do exequente.

§ 4º Tratando-se de impugnação parcial, a parte não questionada pela executada será, desde logo, objeto de cumprimento.

§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo

Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

§ 6o No caso do § 5o, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, de modo a favorecer a segurança jurídica.

§ 7o A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 5o deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda.

§ 8o Se a decisão referida no § 5o for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Correspondentes aos arts. 730, 741 e 742 do CPC/73.

O CPC/15 inovou com relação ao início da fase de cumprimento de sentença para o pagamento de quantia certa devida pela Fazenda Pública e o seu procedimento: esta será intimada (e não mais citada) na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico para impugnar (e não mais embargar) a execução, no prazo de trinta dias (e não mais dez).

Ao inciso VI aplica-se o enunciado do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPS). Enunciado nº 57. (art. 525, § 1º, VII; art. 535, VI): A prescrição prevista nos arts. 525, §1º, VII e 535, VI, é exclusivamente da pretensão executiva.

Ao §3º aplica-se o enunciado do FPPS. Enunciado nº 532: (art. 535, § 3º; art. 100, § 5º, Constituição Federal). A expedição do precatório ou da RPV depende do trânsito em julgado da decisão que rejeita as arguições da Fazenda Pública executada.

Aos §§5º e 6º desse artigo aplica-se o enunciado do FPPS. Enunciado nº 58 (Art. 525, §§ 12 e 13; Art. 535, §§ 5º e 6º): As decisões de inconstitucionalidade a que se referem os art. 525, §§ 12 e 13 e art. 535 §§ 5º e 6º devem ser proferidas pelo plenário do STF.

As matérias de defesa são as mesmas constantes do art. 525, §1º com exceção da “penhora incorreta ou avaliação errônea”, já que inadmissível esse tipo de constrição a bens públicos.

Se a impugnação não for apresentada ou não aceita pelo juiz será possível o cumprimento imediato da sentença com a expedição do Precatório o RPV. Tratando-se de impugnação parcial a parte não impugnada tornar-se-á incontroversa podendo também ser cumprida de imediato.

Ademais a natureza jurídica da decisão que houver rejeitado a impugnação, parcial ou totalmente será de decisão interlocutória e não mais de sentença.

Com relação aos honorários advocatícios, a Fazenda Pública será intimada para apresentar impugnação, nos termos do art. 535, mas também pode simplesmente anuir com os cálculos apresentados pelo credor. Assim, nas hipóteses que o Poder Público deixar de impugnar o cumprimento de sentença, não haverá pretensão resistida, razão pela qual não seria cabível sua condenação em honorários.

Passemos a analisar o artigo 910 no CPC/15:

Art. 910. Na execução fundada em título extrajudicial, a Fazenda Pública será citada para opor embargos em 30 (trinta) dias.

§ 1º Não opostos embargos ou transitada em julgado a decisão que os rejeitar, expedir-se-á precatório ou requisição de pequeno valor em favor do exequente, observando-se o disposto no art. 100 da Constituição Federal.

§ 2º Nos embargos, a Fazenda Pública poderá alegar qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento.

§ 3º Aplica-se a este Capítulo, no que couber, o disposto nos artigos 534 e 535.

Correspondente ao art. 730, caput e incisos I e II, do CPC/73.

Tratando-se de execução fundada em título executivo extrajudicial, o ultrapassado CPC/73, em seu art. 730, regulava o processo de execução contra a Fazenda Pública de maneira uniforme, ou seja, qualquer que fosse o título executivo que subsidiasse a execução seria necessário o exequente propor uma ação autônoma em face do Ente Público executado, ainda que este dispusesse de uma decisão judicial favorável, devendo, por conseguinte, ser realizada uma nova citação para oposição do respectivo embargos (peça processual).

Com as alterações do novo CPC/15, o artigo 910 regulamenta o novo regime de execução dos títulos extrajudiciais prevendo um prazo maior (de trinta dias) para a oposição de embargos à execução pela Fazenda Pública.

Na execução fundada em título extrajudicial, a Fazenda Pública defende-se por embargos à execução, cujo conteúdo é amplo e irrestrito, não se aplicando a limitação de

matérias prevista no art. 535 do CPC, rol taxativo de questões passíveis de arguição em impugnação ao cumprimento de sentença.

Opostos embargos pela Fazenda Pública à execução será suspensa. Os embargos contêm efeito suspensivo automático. Contudo, em caso de embargos parciais, quanto à parte não embargada e, por isso, incontroversa, pode a execução prosseguir, expedindo-se o precatório quanto a ela. Nessa hipótese, segundo o STJ, não cabe aduzir violação constitucional ao regime de precatórios, pelo fracionamento vedado no § 4º do art. 100 CF/88, pois não é intenção do exequente receber uma parte por Requisição de Pequeno Valor - RPV e outra por Precatório, mesmo que a parte incontroversa se encontre dentro do limite de RPV (EREsp 551.991/RS)

Nesse sentido, o CPC/15 positivou essa orientação jurisprudencial nos termos do § 4º, do art. 535. Portanto, sendo parciais os embargos, a execução deve prosseguir no tocante à parte não embargada.

Com relação ao Reexame Necessário, a sentença que julga os embargos da Fazenda Pública não está sujeita ao reexame necessário, uma vez que o reexame já foi procedido em relação à sentença do anterior processo de conhecimento. Ademais, o art. 496, II, do CPC alude apenas aos embargos opostos pelo particular à execução fiscal, excluindo-se aqueles opostos pela Fazenda Pública à execução contra ela manejada.

Já em sede de Apelação, segundo o art. 1.012, §1º, III, do CPC, a apelação interposta contra sentença que extingue sem resolução de mérito ou julga improcedentes os embargos do executado não terão efeitos suspensivos.

Ocorre que, a apelação da Fazenda Pública contra a sentença que rejeitar os seus embargos à execução terá efeito suspensivo, em decorrência da exigência constitucional de prévio trânsito em julgado para a expedição do precatório (art. 100 CF/88).

Desta forma o art. 1.012, §1º, III, do CPC/15 não tem aplicação à apelação que rejeita os embargos à execução de título judicial erigido contra a Fazenda Pública.

Importante consignar por fim, que o instituto da Astreintes pode ser imposto a Fazenda Pública como meio indireto de execução de obrigação de fazer. (STJ, AGInt AResp 885.840, 2ª Turma, Humberto Martins, DJe 23/08/2016).

3. CONCLUSÃO

Entende-se, portanto, que o procedimento outrora aplicado pelo CPC/73 ficou superado pela Lei 13.105/2015 (CPC/15), com o seu artigo 534, restringindo o processo autônomo, em conformidade com o sincretismo processual e visando uma maior celeridade no provimento jurisdicional.

De todo o modo, fica resguardado a garantia da Fazenda Pública, prezando a melhor administração da coisa pública, a necessidade do trânsito em julgado da sentença condenatória para a expedição do precatório ou requisição de pequeno valor para adimplir com seus débitos, em respeito ao art. 100 da Constituição Federal de 1988.

BIBLIOGRAFIA

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2.008, p. 34.

ALVIM, J.E. Carreira. Alterações do código de processo civil. 3ª ed., Rio de Janeiro: Impetus 2006, págs. 58/59.

PANZA, Luiz Osório Moraes. Código de Processo Civil Comentado. Coordenação de José Sebastião Fagundes Cunha et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.016, pp. 821-822.

SITES VISITADOS

<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,uma-analise-constitucional-dos-precatorios-e-rpv,58170.html>

<http://gilbertomelo.com.br/do-cumprimento-de-sentenca-contr-a-fazenda-publica-no-cpc2015/#top>

<https://jus.com.br/artigos/52020/execucao-contr-a-fazenda-publica-no-novo-cpc-e-suas-repercussoes-no-processo-do-trabalho>

A EDUCAÇÃO COMO DIREITO SUBJETIVO E A MODALIDADE EAD COMO FORMA DE CONCRETIZÁ-LO

DIOGHENYS LIMA TEIXEIRA: Bacharel em Ciências Contábeis pela Faculdade do Bico do Papagaio – FABIC (2012); especialista em Direito do Trabalho e Processo Trabalhista pelo Centro Universitário Internacional – UNINTER (2016); bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins – UNITINS (2018); especialista em Docência do Ensino Superior pela Faculdade Batista de Minas Gerais (2022); especialização em andamento em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Legale Educacional S/A (2022)³²⁶

RESUMO: O presente trabalho objetiva analisar a natureza do direito à educação quanto ao seu grau de exigibilidade. Serão apresentados os conceitos de direito subjetivo e de normas de caráter programático. Identificar-se-á em que categoria está inserido o direito à educação. A pesquisa é relevante, pois, a depender do grau de exigibilidade desse direito, haverá maior ou menor discricionariedade do Poder Público em garanti-la. Caso se trate de norma programática, não pode ser considerado direito subjetivo, devendo ser promovido gradualmente, à luz das possibilidades orçamentárias. Por outro lado, em se tratando de direito subjetivo, sua disponibilização a todos os indivíduos é medida inarredável. A metodologia utilizada no trabalho foi a bibliográfica, com a utilização de livros, artigos científicos, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e análise de diplomas legislativos. Constatou-se que a Constituição Federal brasileira apenas erigiu à categoria de direito subjetivo o acesso à educação básica. Propõe-se, todavia, uma nova leitura do texto constitucional, para que o acesso ao ensino superior seja considerado como integrante do mínimo existencial, devendo ser considerado direito subjetivo e de disponibilização universal obrigatória. Para solucionar eventuais entraves fáticos e orçamentários, deve haver avanços na sua oferta na modalidade a distância.

Palavras-chave: direito à educação; direito subjetivo; educação a distância; ensino superior.

1. INTRODUÇÃO

Os direitos sociais são aqueles que exigem do Estado prestações positivas em favor dos indivíduos, como educação, saúde, benefícios assistenciais etc., que, naturalmente, exigem dispêndios financeiros.

³²⁶ Contato: di-77@hotmail.com

Considerando que os recursos públicos são escassos, ao passo que as necessidades sociais são ilimitadas, a Constituição Federal conferiu caráter programático às normas que preveem esses direitos, de modo que devem ser garantidos por meio de políticas públicas, gradualmente e dentro das possibilidades orçamentárias.

Não obstante essa característica, existem direitos que são considerados pela comunidade jurídica como o mínimo existencial do ser humano, isto é, prestações mínimas que devem ser oferecidas pelo Estado para garantir a dignidade da pessoa humana, não podendo ser afastados em virtude de questões orçamentárias.

Dentro dessa perspectiva, o presente trabalho tem por objetivo identificar qual a natureza do direito social à educação no que concerne a sua exigibilidade: direito subjetivo ou norma de caráter programático.

Para tanto, será necessário definir o que são normas de caráter programático e o que são direitos subjetivos. Em seguida, compreender-se-á em que consiste o mínimo existencial e se o direito à educação nele se inclui. Por fim, será verificada a diferença entre o tratamento dispensado pela Constituição Federal à educação básica e ao nível superior, para se entender se há o mesmo grau de exigibilidade.

Com efeito, a pesquisa é relevante, uma vez que, a depender do grau de exigibilidade do direito à educação, haverá maior ou menor discricionariedade do Poder Público em garanti-la. Consequentemente, será possível traçar limites ao Poder Judiciário em obrigar os demais poderes a implementá-lo, independentemente de argumentos de cunho orçamentário.

A metodologia utilizada no trabalho foi a bibliográfica, com a utilização de livros, artigos científicos, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e análise de diplomas legislativos.

Conforme se verificou, a educação básica é o único direito social erigido pela Constituição Federal como direito subjetivo, de modo que é incabível a utilização de argumentos de cunho orçamentário como justificativa para negar seu acesso a qualquer pessoa, porquanto o acesso a esse nível de ensino é considerado parte do mínimo existencial do ser humano.

Ocorre que a conclusão da educação básica atualmente já não é suficiente para garantir o pleno desenvolvimento do indivíduo e sua colocação no mercado de trabalho, de modo que se faz necessário avançar no tema para que a educação superior seja incluída no conceito de direito subjetivo. Para tanto, deve haver ênfase na implementação da educação a distância, como forma de superar eventuais entraves fáticos e financeiros.

2.OS DIREITOS SOCIAIS COMO NORMAS DE CARÁTER PROGRAMÁTICO

A Constituição Federal brasileira de 1988 (CF/88) dedica o Capítulo II do seu Título II aos direitos sociais. Nesse passo, disciplina direitos trabalhistas entres os arts. 7º a 11 e apresenta em seu art. 6º o seguinte rol de direitos sociais: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

Nas palavras de Barroso (2019, p. 497),

Direitos sociais estão ligados à superação das falhas e deficiências do mercado, à proteção contra a pobreza e à promoção de justiça social. Idealmente, são direitos que devem ser satisfeitos, não por prestações individuais, mas por serviços públicos de qualidade disponíveis para todos. O reconhecimento e a exigibilidade dos chamados direitos sociais constituem uma das questões mais tormentosas do direito constitucional contemporâneo.

Como destacado acima, os direitos sociais devem ser garantidos por prestações positivas do Estado, o que exige a definição de políticas públicas e o dispêndio de recursos financeiros, daí por que a dificuldade em se definir o grau de exigibilidade de tais direitos, sobretudo levando em consideração a reserva do possível, isto é, as possibilidades orçamentárias para efetivá-los, bem como até que ponto podem ser sindicados judicialmente, tendo em vista a separação de poderes.

Isso porque as necessidades sociais são ilimitadas, ao passo que os recursos públicos são escassos. Diante disso, cabe aos poderes Executivo e Legislativo a definição das alocações orçamentárias, de acordo com o seu plano de governo, que, em tese, é referendado pelo povo quando da escolha de seus representantes nas eleições periódicas.

Vale ressaltar que toda medida expressamente alocativa de recursos é implicitamente desalocativa também, porquanto, ao aplicar valores no atendimento de determinadas necessidades públicas, estar-se-á deixando de utilizá-los em outras finalidades, por vezes, também relevantes.

Nesse contexto, considerando a escassez de recursos, incumbe aos poderes constituídos pela legitimidade do voto popular – o Legislativo e o Executivo – as escolhas de quais demandas sociais serão priorizadas em detrimento de outras.

E é nesse cenário que surge a discussão sobre se o Poder Judiciário, cujos membros não são eleitos pelo voto popular, pode determinar ao Poder Executivo a implementação de direitos sociais, mesmo em dissonância ao plano de governo e sem inclusão na lei orçamentária.

Em outras palavras, os direitos sociais previstos na Constituição Federal são direitos subjetivos ou tais normas têm conteúdo meramente programático?

Bem, antes de responder, é necessário esclarecer que direitos subjetivos são aqueles em que o seu titular

[...] poderá exigir da Administração Pública o cumprimento de suas obrigações da forma mais eficiente possível. Como salienta Roberto Dromi, o reconhecimento de direitos subjetivos públicos não significa que o indivíduo exerça um poder sobre o Estado, nem que tenha parte do *imperium* jurídico, mas que possui esses direitos como correlatos de uma obrigação do Estado em respeitar o ordenamento jurídico. (MORAES, 2017, p. 260, PDF)

Em outros termos, são aqueles que conferem ao seu titular a prerrogativa de exigir uma prestação positiva em face de outrem. Ao assim se considerar os direitos sociais, seria possível ao Judiciário determinar ao Estado a sua efetivação no caso concreto, nas hipóteses em que o indivíduo necessitasse de acesso a algum dos direitos elencados no rol do art. 6º da CF/88, independentemente de estar ou não previsto no plano de governo.

Por outro lado, as normas de caráter programático são aquelas

[...] através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado. (SILVA, 1988, p.138).

Em reforço, transcreve-se trecho de ementa de julgado do Supremo Tribunal Federal que muito bem sintetiza o entendimento:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – VAGAS EM PROJETO SOCIAL MUNICIPAL (PROGRAMA SENTINELA-ACORDE) – AUSÊNCIA DE PESSOAL ESPECIALIZADO – POLÍTICA SOCIAL DERIVADA DE NORMA PROGRAMÁTICA E NÃO IMPERATIVA – IMPOSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NA COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO – RECURSO PROVIDO.

As normas programáticas caracterizam-se por terem sua aplicação procrastinada, isto é, pressupõem a existência de uma legislação posterior para a sua efetiva aplicação no âmbito jurídico, sendo destinadas, pois, ao legislador infraconstitucional, não conferindo aos seus beneficiários o poder de exigir a sua satisfação imediata, haja vista a ausência de qualquer delimitação de seu objeto e de sua extensão.

‘Ao Poder Judiciário falece competência para interferir na política educacional implementada pelo Poder Executivo, quando esta é derivada de norma programática e não imperativa’ (BRASIL, 2008).

Vale dizer, portanto, que nos direitos programáticos há uma maior margem de discricionariedade por parte dos poderes Legislativo e Executivo na sua consecução, na medida em que, a despeito de sua previsão constitucional, devem ser promovidos progressivamente, à luz da reserva do possível, de modo que a atuação do Poder Judiciário deve se pautar pela parcimônia e deferência aos poderes democráticos, atuando apenas na hipótese de injustificada omissão e não atendimento ao mínimo existencial.

Pois bem, prevalece no Brasil o entendimento de que, em regra, os direitos sociais se enquadram nessa última categoria, isto é, são normas de caráter programático, e não direitos subjetivos. Significa dizer que não há direito subjetivo à prestação dos direitos sociais, salvo no que concerne ao atendimento de necessidades catalogadas como o mínimo existencial do ser humano, bem como o direito à educação básica, conforme se desenvolverá no próximo capítulo.

3.A EDUCAÇÃO BÁSICA COMO EXCEÇÃO À REGRA DO CARÁTER PROGRAMÁTICO DOS DIREITOS SOCIAIS

Já se viu que os direitos sociais, em princípio, caracterizam-se como normas de caráter programático, razão por que não são dotados de exigibilidade, exceto nos limites do plano de governo, aprovado pelas leis orçamentárias, bem como quanto à realização do mínimo existencial do ser humano.

Apesar disso, tamanha a importância atribuída à educação, o Constituinte, fugindo à regra aplicada aos demais direitos sociais, a erigiu ao *status* de direito subjetivo, pelo menos no que se refere à educação básica. Nesse sentido, leia-se a previsão constitucional:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

[...]

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente. (BRASIL, 1988).

Como se nota, não existe espaço para discricionariedade quanto ao dever de garantir educação básica gratuita àqueles que possuem entre quatro e dezessete anos de idade, bem assim àqueles que não tenham tido acesso a ela na idade própria, de sorte que argumentos como reserva do possível e outros de cunho orçamentário são descabidos quando esse direito está em questão.

Enfatizando essa ideia, Leite (2018, p. 231) esclarece que “No sistema constitucional brasileiro, o direito social expressamente denominado ‘direito subjetivo’ é o direito à educação. Todos os demais devem ser implementados mediante políticas públicas. ”.

De fato, percebe-se que o Constituinte considerou a educação básica como indispensável à garantia do mínimo existencial do ser humano, porquanto ela visa “ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. ” (BRASIL, 1988, Art. 205).

Tanto é assim que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação expressamente prevê um rol de legitimados bem amplo que podem acionar o poder público para exigir o cumprimento desse direito. Confira-se:

Art. 5º O acesso à educação básica obrigatória é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, acionar o poder público para exigi-lo. (BRASIL, 1996, art. 5º).

Diante do exposto, é incabível a utilização de argumentos relacionados à escassez de recursos como justificativa para a não disponibilização pelo Estado de educação básica à população, o que legitimaria a atuação do Judiciário para sanar a omissão.

Lamentavelmente, porém, apenas a educação básica é considerada direito subjetivo, o que, por certo, não é suficiente, uma vez que não é capaz de garantir o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, como determina o art. 205 da Constituição Federal.

4.NECESSIDADE DE AVANÇO PARA QUE O ENSINO SUPERIOR TAMBÉM SEJA CONSIDERADO DIREITO SUBJETIVO E A MODALIDADE EAD COMO FORMA DE IMPLEMENTÁ-LO

Como visto, a Constituição Federal de 1988 erigiu a educação básica à categoria de direito social subjetivo, de modo que sua disponibilização a todos os brasileiros é medida inarredável, sendo incabíveis quaisquer argumentos relacionados a falta de recursos financeiros para se eximir de sua oferta integral.

Vale salientar que o Texto Maior não definiu em que consiste a educação básica, tarefa efetivada pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação, nos seguintes termos:

Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, organizada da seguinte forma:

- a) pré-escola;
- b) ensino fundamental;
- c) ensino médio; (BRASIL, 1996, art. 4º).

Como se extrai do texto legal, a educação básica compreende a pré-escola, o ensino fundamental e o ensino médio. Vale dizer, portanto, que o acesso a esses níveis de ensino é direito subjetivo de todos os brasileiros, estando compreendido como o mínimo existencial do ser humano, de modo que não pode ser negado com base em argumentos de caráter orçamentário.

O ensino superior, a seu turno, apesar de sua inegável importância, não recebeu o mesmo tratamento privilegiado pelo Constituinte.

É bom lembrar, no entanto, que a Lei Fundamental é de 1988, época em que o acesso ao ensino médio era considerado suficiente para garantir o mínimo existencial do ser humano, conferindo-lhe meios de ingresso no mercado de trabalho e seu pleno desenvolvimento, o que já não mais persiste.

Acrescente-se a isso o fato de o Brasil ser um país ainda em desenvolvimento, de sorte que direitos considerados indispensáveis em países desenvolvidos podem ainda não ser acessíveis a toda a população, especialmente por conta da escassez de recursos que, teoricamente, assola esta nação.

Utilizou-se a expressão “teoricamente” porque talvez o problema não seja a falta de recursos propriamente, como alegam os governantes, mas sua má utilização e prioridades indevidas.

Seja como for, não é aceitável que, nos tempos hodiernos, o acesso ao nível superior não seja considerado direito subjetivo de todos os brasileiros, haja vista que a educação básica já não é suficiente para garantir o mínimo existencial do ser humano, preparar-lhe para o mercado de trabalho e lhe garantir seu pleno desenvolvimento.

Afinal de contas,

O mundo do trabalho exige cada vez mais dos profissionais o desenvolvimento de uma postura crítico-reflexivo, e, para isso, é necessária a aquisição de conhecimentos e competências técnicas e relacionais, de forma a promover o desenvolvimento profissional e pessoal dos sujeitos. (Silva *et. al.*, 2015, p. 2)

E se é verdade que não há recursos para garantir a educação superior como direito subjetivo de todos os cidadãos, esse problema pode ser amenizado com a maior difusão da educação a distância (EaD), tanto nas universidades públicas, quanto nas particulares.

Isso porque os gastos com essa modalidade são menores que os necessários para a implementação de cursos presenciais, visto que, por exemplo, um mesmo professor pode transmitir, nos mesmos locais e horários, aulas para pessoas das mais diversas regiões do país.

Além disso, o estudante não tem gastos com deslocamentos, e a instituição de ensino não precisa da mesma infraestrutura para disponibilizar as aulas, porquanto em um mesmo ambiente podem ser gravadas aulas de diversas disciplinas, por multiplicidade de professores.

Nesse contexto, Marins e Silva (2015) esclarecem que

Com a Educação a Distância é possível para os sistemas educativos oferecer ensino a setores ou grupos populacionais que, por diversas razões, têm dificuldades de acesso aos cursos. Essa forma de aprender a distância é uma modalidade que está se destacando cada

vez mais no cenário atual, também por se adaptar às diferentes realidades dos alunos, mas é importante salientar que não é pela facilidade para conseguir o título e muito menos uma formação de baixa qualidade; trata-se de um sistema que atende vários segmentos, com políticas próprias e estratégias para assegurar a qualidade.

Como bem observado pelas autoras, são diversos os fatores que dificultam o acesso aos cursos presenciais. Pode-se citar, como exemplo de outro fator não necessariamente atrelado à escassez orçamentária, a dificuldade de tráfego que há em algumas comunidades, o que também pode ser amenizado com a oferta de cursos não presenciais, cuja penetração nos mais variados recantos do país se mostra mais facilitada que a presença física de professores, equipamentos e outros profissionais inseridos na prestação do serviço educacional.

Em complemento, Silva *et. al* (2015), salientam que

A educação à distância [sic], permeada pelo uso das tecnologias da informação e da comunicação, vem proporcionando ao profissional acesso ao conhecimento e promovendo a democratização do saber, não apenas pela sua flexibilidade, mas também por possibilitar a utilização de recursos dentro da própria instituição de trabalho. Godoy aponta que um fator de motivação para aprender com o uso da tecnologia é a possibilidade de não ter que deixar seu local de trabalho ou participar do treinamento em horário diferente do praticado na instituição.

De fato, a possibilidade de acesso aos cursos no ambiente de trabalho colabora com a democratização do ensino, na medida em que nem todas as pessoas podem deixar de trabalhar para se dedicarem apenas ao estudo. E, considerando que muitos indivíduos passam os intervalos intrajornadas dentro do próprio ambiente laboral, esse pode ser momento propício à realização de um curso superior, bem como no trajeto casa-trabalho.

Desse modo, pessoas que moram em grandes centros, trabalhando longe de casa e tendo que passar o dia inteiro no ambiente de trabalho e muitas horas em deslocamentos, poderiam não ter acesso ao ensino superior, realidade que pode ser contornada por meio da EaD.

Enfim, reitere-se que a educação superior precisa ser vista como direito subjetivo de todos os brasileiros, pois atualmente faz parte do mínimo existencial do ser humano. E, para concretizá-la no plano fático, necessária é a sua maior oferta na modalidade a

distância, o que democratiza o ensino, possibilitando o acesso às pessoas das mais diversas localidades do país e com diferentes realidades sociais.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo analisar a natureza do direito à educação no que tange a sua exigibilidade, isto é, se se trata de direito subjetivo ou norma de caráter programático.

Verificou-se que, diferentemente dos demais direitos sociais, a educação é direito subjetivo de cada indivíduo, mas apenas no que tange à educação básica, que abrange a pré-escola, o ensino fundamental e o ensino médio.

Desse modo, é certo dizer que o acesso a esses níveis de escolaridade é considerado integrante do mínimo existencial de cada ser humano, não podendo ser afastado sob argumentos de natureza orçamentária ou jurídica.

O ensino superior, todavia, não foi erigido pelo Constituinte de 1988 a esse mesmo patamar, sendo certo que não pode ser considerado abstratamente direito subjetivo, de modo que, em regra, não cabe ao Poder Judiciário compelir o Estado a fornecê-lo a todos os brasileiros, pois deve ser promovido gradualmente, conforme as possibilidades orçamentárias.

Ocorre que essa visão se mostra ultrapassada atualmente, na medida em que a educação básica já não é suficiente para garantir o mínimo existencial do ser humano, preparar-lhe para o mercado de trabalho e lhe garantir seu pleno desenvolvimento.

Assim, é necessário que o direito à educação seja repensado à luz de parâmetros modernos, de modo que o acesso ao ensino superior seja considerado como integrante do mínimo existencial de todo indivíduo e, por conseguinte, possa ser sindicado judicialmente, sendo incabíveis argumentos de cunho orçamentários ou jurídicos para legitimar sua oferta insuficiente.

Para tanto, levando-se em consideração uma possível escassez de recursos, deve haver a ampliação da oferta de cursos superiores na modalidade EaD, o que demandaria menos dispêndios financeiros para sua universalização, bem como proporcionaria oportunidades de acesso a pessoas que, por alguma razão, não têm possibilidades fáticas de comparecerem a aulas presenciais em locais e horários pré-definidos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo** – 8ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao>. Acesso em 14/12/2022.

_____. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Lei nº 9.394/96, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm>. Acesso em: 14/12/2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Apelação Cível n. 2004.021771-4**, fl. 29. Julgado em 11 de novembro de 2008. Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2502492&tipoApp=RTF>> Acesso em 22/11/2020.

LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro** – 7 ed. – Salvador: Juspodivm, 2018.

MARINS, Eliane Nunes e SILVA Hilda Maria Gonçalves da. **Um breve estudo sobre a Educação a Distância no Brasil e suas vicissitudes**. Disponível em <<http://claretianodf.com.br/download?caminho=/upload/cms/revista/sumarios/393.pdf&arquivo=sumario5.pdf>>. Acesso em: 17/01/2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional** – 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017.

SILVA, Adriane das Neves *et. al.* **Limites e possibilidades do ensino à distância (EaD) na educação permanente em saúde: revisão integrativa**. Disponível em <<https://www.scielo.org/article/csc/2015.v20n4/1099-1107/#>>. Acesso em 17/01/2020.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

UMA ANÁLISE A RESPEITO DAS LEIS AMBIENTAIS BRASILEIRAS, JUNTO AS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTES (APPS) EM ÁREAS URBANAS DA CIDADE DE MANAUS E A QUESTÃO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS NA REDE HIDROGRÁFICA

PALOMA DA COSTA OLIVEIRA:
Graduando(a) do Curso de Direito do
Centro Universitário FAMETRO³²⁷.

RESUMO: A crise ambiental vivenciada pelo mundo tem se constituído em um dos maiores desafios da humanidade. O aumento da poluição e a utilização predatória dos recursos naturais têm acelerado o aquecimento global, causando o efeito estufa e o comprometimento das florestas e dos rios. Contudo, a problemática não se resume ao contexto ecológico, mas também permeia o contexto social. As dificuldades de natureza social e ecológica são indissociáveis, apesar de muitas vezes serem tratadas de forma isolada. A temática tornou-se obrigatória na agenda mundial e com a criação da Agenda 2030 que constitui uma declaração global de interdependência e visa a urgência de resultados eficazes. Dentro desse contexto esse estudo, assume o objetivo de descrever sobre o desenvolvimento sustentável e a gestão dos resíduos sólidos da cidade de Manaus. A coleta de dados foi feita por meio de uma revisão bibliográfica, da qual foi possível estudar todas as proeminências em maior nível de detalhamento, ressaltando que este assunto é altamente favorecido em termos de se proporcionar o bem estar humano, tanto interna quanto externamente junto à sociedade, Por fim, comenta-se que as práticas inadequadas de saneamento básico fomentam a deterioração ambiental e mobilizam o Estado a implantar novas tecnologias, além de enfatizar ações educativas, visando reduzir o desequilíbrio existente no meio ambiente e criar facilidades à incorporação de novas práticas, que proporcionem maior qualidade de vida.

PALAVRAS-CHAVE: Sustentabilidade. Gestão de Resíduos. Direito Ambiental.

ABSTRACT: The environmental crisis experienced by the world has become one of the greatest challenges for humanity. The increase in pollution and the predatory use of natural resources have accelerated global warming, causing the greenhouse effect and compromising forests and rivers. However, the problem is not limited to the ecological context, but also permeates the social context. Social and ecological difficulties are inseparable, although they are often dealt with in isolation. The issue has become mandatory on the world agenda and with the creation of Agenda 2030 which constitutes a global declaration of interdependence and aims at the urgency of effective results. The Sustainable Development Goals (SDGs) were created as a way to help the countries

³²⁷ Contato: oficinadouniversitario@gmail.com

participating in this agenda to achieve the goals previously established. However, despite the global efforts to achieve these goals, they have not produced the expected return. Within this context this study, assumes the objective of describing sustainable development and solid waste management in the city of Manaus. Data was collected by means of a literature review, from which it was possible to study all the prominences at a higher level of detailing, highlighting that this subject is highly favored in terms of providing human welfare, both internally and externally with the society, Finally, Finally, it is commented that inadequate sanitation practices foster environmental deterioration and mobilize the State to implement new technologies, in addition to emphasizing educational actions, aimed at reducing the existing imbalance in the environment and create facilities for the incorporation of new practices, which provide a better quality of life. The management of the area of basic sanitation is, above all, a matter of survival, both for the sustainability of the environment and the institutions and organizations that surround it.

KEYWORDS: Sustainability. Waste Management. Environmental Law.

1 INTRODUÇÃO

Enfatizando que a variável ambiental esteja presente no planejamento das organizações, entre os principais pontos que asseveram a questão está a busca pela redução de custos, considerando que a poluição significa o desperdício de matéria-prima e insumos, bem como um impedimento para consolidar novos investimentos. Nesse sentido, a complexidade que envolve a prestação dos serviços públicos de coleta, tratamento e destinação final de resíduos sólidos, as dimensões e os atributos de que estas atividades assumem, ou seja, as empresas de prestação de serviços de coleta de resíduos geram diversas repercussões sociais, governamentais, territoriais e técnicas, englobando o seu potencial de alteração qualitativa do meio ambiente necessitam de estudo mais aprofundado da gestão dos aterros e suas inter-relações com as instituições ligadas aos resíduos sólidos e ao meio ambiente.

Outro ponto a ser destacado é o crescimento populacional na cidade de Manaus, que acarreta a expansão territorial urbana, afeta tanto o sistema produtivo quanto o consumo industrial e são determinantes para influenciar nas condições ambientais. Esses fatores associados com a forma precária como tem se desenvolvido a gestão dos aterros sanitários baianos e as avaliações desses impactos ambientais, salienta e justifica, a importância de promover uma reflexão sobre o tema abordado nesse trabalho. O intuito desse estudo é analisar dentre os instrumentos de gestão uma sugestão que possa atender a destinação de resíduos, diminuir os impactos gerados na destinação final de resíduos sólidos, e a consequente prevenção da poluição ambiental.

O estudo em questão procura ser congruente com a ideia de sustentabilidade ambiental e organizacional de equipamentos públicos de destinação final nos centros

urbanos. O questionamento norteador foi: o desenvolvimento de um modelo para instalação de equipamentos de destinação final dos resíduos sólidos, que envolva aspectos ambientais e de gestão, pode atender as especificidades jurisdicionais e particularidades da cidade de Manaus?

Destaca-se neste cenário, a grande quantidade e diversidade de produção de resíduos sólidos que vem aumentando mundialmente em uma escala vertiginosa na cidade de Manaus, o que conforme Mota e Silva (2016) tem provocado constantes eventos de discussão sobre a temática e permanência nas agendas governamentais. Atualmente, a geopolítica dos resíduos sólidos gira em torno das discussões de possíveis alianças para a promoção do desenvolvimento sustentável planetário que reverbera no planejamento das organizações, pelo fato de oportunizar redução de custos, já que a poluição significa o desperdício de matéria-prima e insumos, além de afastamento de novos investimentos.

Com o aumento da população e nível de industrialização há um aumento de consumo de produtos os quais, em geral, possuem vários materiais em sua composição, gerando mais resíduos sólidos. Santos (2019) aponta que há alguns estudos que indicam como alternativa impedir a geração de resíduos mediante proibição da produção ou consumo, o que para a autora, além de fantasiosa, tal medida ocasionaria outros tipos de problemas socioambientais, como: deslocamento de produção para outras regiões, desemprego e pobreza.

De modo, que essa pesquisa busca apresentar os elementos sobre desenvolvimento sustentável e gestão de resíduos sólidos na cidade de Manaus-AM. Bem como, o que permeia o município como a educação, características sociais e econômicas, as parcerias e as políticas públicas voltadas para as questões ambientais. Neste sentido, mister discutir a gestão de resíduos sólidos em uma perspectiva de racionalidade e um planejamento sistêmico que alie as dimensões econômicas, políticas, ambientais e sociais, que consiga reduzir os danos ambientais oriundos do consumo exacerbado.

O estudo em questão procura ser congruente com a ideia de sustentabilidade ambiental e organizacional de equipamentos públicos de destinação final nos centros urbanos. O questionamento norteador desta pesquisa foi qual planejamento e gestão devem ser adotados para o desenvolvimento sustentável de um modelo para instalação de equipamentos de destinação final dos resíduos sólidos na cidade de Manaus? Diante do exposto, a pesquisa tem por hipótese que a cidade de Manaus- AM possui um sistema de gestão de resíduos sólidos com baixa sustentabilidade, eficiência e aproveitamento econômico dos resíduos sólidos, em razão da opção de um planejamento não dialógico com as cooperativas de reciclagem.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 A questão dos resíduos sólidos na cidade de Manaus

A problemática dos resíduos sólidos nas metrópoles é uma das principais facetas da chamada crise ambiental urbana (ALBUQUERQUE, 2015), pois, a temática dos resíduos sólidos está inteiramente ligada aos processos de urbanização, à propensão de concentração do tecido produtivo, bem como à incapacidade de absorção, pelo sistema urbano, destes resíduos. É basicamente no espaço urbano contemporâneo que se unirão a produção e o consumo desenfreados e os impactos dos resíduos provenientes dessas atividades no meio ambiente (SANTOS, 2019, p. 29)

Como gestora do espaço urbano e definidora das normas sociais com força coercitiva, a administração pública assume a tarefa de orientar e definir de que forma se dá o metabolismo dos RSU. No Brasil, a legislação existente sobre o tema abrange desde leis nacionais a planos municipais que orientam as práticas a serem desempenhadas no fluxo dos resíduos sólidos urbanos.

Quanto à Materialidade do Direito em relação aos Resíduos Sólidos Urbanos (RSU), problemática e circulação na cidade, a Política Nacional de Resíduos Sólidos assim definiu os resíduos sólidos como: material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d'água, ou exijam para isso soluções técnica ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível (BRASIL, 2010).

Os RSU, resíduos sólidos que englobam:

I. Resíduos domiciliares - originários de atividades domésticas em residências urbanas e que podem ser resíduos secos, tais como embalagens; resíduos úmidos, em geral, matéria orgânica proveniente e alimentos e ainda rejeitos provenientes de as atividades de higiene. Os resíduos domiciliares abarcam, ainda, os resíduos originários de atividades comerciais, indústria e de serviços cuja responsabilidade pelo manejo não seja atribuída ao gerador, acondicionados em recipientes de capacidade não superior a 100 litros por dia.

II. Resíduos de limpeza urbana - originários da varrição, limpeza de logradouros e vias públicas e outros serviços de limpeza urbana. No que diz respeito à circulação dos resíduos sólidos urbanos no espaço urbano, esta inicia-se com a sua geração, etapa em que os RSU são produzidos, fruto das diversas atividades humanas.

Os dados do Panorama dos Resíduos Sólidos no Brasil, produzidos pela Associação 83 Brasileira de Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais (ABRELPE), apontam

que em 2018 foram geradas mais de 79 milhões de toneladas de RSU no Brasil, o que representou um aumento de um pouco menos de 1% em relação aos RSU produzidos em 2017 (MASSUKADO, 2018).

Após a geração, o caminho o que RSU fará depende da destinação dada pelo gerador frente às opções que lhe são apresentadas. A responsabilidade compartilhada é um dos princípios da PNRS e prevê que os diversos agentes, seja o poder público, os catadores, os fabricantes, os distribuidores e comerciantes, e ainda os cidadãos, ou consumidores apresentam papel relevante e um conjunto de atribuições “para minimizar o volume de resíduos sólidos e rejeitos gerados, bem como para reduzir os impactos causados à saúde humana e à qualidade ambiental decorrentes do ciclo de vida dos produtos” (BRASIL, 2010, artigo 3º).

Não necessariamente todo o resíduo sólido gerado é coletado, e isso é devido a motivos diversos, como insuficiência do sistema de coleta pública, disposição irregular ou coleta informal. Nesse sentido, boa parte dos investimentos públicos é realizada na coleta e transporte dos resíduos sólidos urbanos. Ainda de acordo com o estudo da ABRELPE, a quantidade de RSU coletados no país em 2018 foi cerca de 72,7 milhões de toneladas, de forma que cerca de 92% dos RSU produzidos foram coletados (MASSUKADO, 2018).

A ação de coleta seletiva caracteriza-se pela coleta de resíduos sólidos previamente segregados conforme sua constituição ou composição; trata-se de uma das principais estratégias para a redução da quantidade de resíduos dispostos nos aterros sanitários. O Anuário da Reciclagem, produzido pela Associação Nacional de Catadores apresentou que, segundo dados do SNIS referentes ao ano de 2017, apenas 22% dos municípios do Brasil ofereciam coleta seletiva pública, e aproximadamente 15% dos municípios contavam pelo menos uma cooperativa ou associação de catadores de materiais recicláveis com incentivo público (SANTOS, 2019).

As diferentes formas de destinação dos RSU, com base na hierarquia dos resíduos são: a reciclagem, a compostagem e a disposição final no solo (vazadouro a céu aberto, aterro controlado e aterro sanitário). A reciclagem é definida como “processo de transformação dos resíduos sólidos que envolve a alteração de suas propriedades físicas, físico-químicas ou biológicas, com vistas à transformação em insumos ou novos produtos” (BRASIL, 2010, artigo 3º). A PNRS dá à reciclagem um papel relevante no processo de gestão de resíduos, a partir da perspectiva de que o descarte em aterros sanitários seja apenas dos materiais que não podem ser reciclados.

O Anuário da Reciclagem produzido pela Associação Nacional de Catadores aponta “efeitos econômicos e ambientais da reciclagem” (MASSUKADO, 2018, p. 10), tais como: a redução da extração de recursos naturais para a produção de novos produtos, devido ao

reaproveitamento dos materiais pós consumo; ao reduzir a extração de matéria prima, a reciclagem contribuiria também para a mitigação de gases de efeito estufa, além da redução dos custos de produção e geração de renda para os milhares de catadores envolvidos na reciclagem. Atrelada à reciclagem está o princípio da logística reversa, que trata da obrigatoriedade de fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de produtos e das embalagens em garantir a coleta e a restituição dos resíduos sólidos pós o consumo, para reaproveitamento no ciclo de produção ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada.

Para implementação dos sistemas de logística são utilizados acordos setoriais, regulamentos expedidos pelo poder público, ou ainda termos de compromisso (BRASIL, 2010). Entretanto, de acordo com a Pesquisa sobre Pagamento por Serviços Ambientais Urbanos para a Gestão dos Resíduos Sólidos Urbanos, de 2010, elaborada pelo IPEA, ao encaminhar os RSU para lixões e aterros e não se realizar a reciclagem, estima-se que o Brasil deixa de ganhar R\$ 8 bilhões por ano. De acordo com o estudo da ABRELPE, realizado no ano de 2012, mais de 30% dos resíduos sólidos produzidos no país apresentaram potencial para a reciclagem.

O Relatório Anual da Reciclagem referente ao ano de 2018 apontou que 67.048 toneladas de resíduos sólidos foram comercializadas por organizações acompanhadas pela ANCAT. Apesar de os resíduos sólidos domiciliares no Brasil se caracterizarem por um alto percentual de resíduos orgânicos, as experiências de compostagem da fração orgânica são ainda incipientes. O resíduo orgânico, por não ser coletado em separado, acaba sendo encaminhado para disposição final junto com os resíduos perigosos e com aqueles que deixaram de ser coletados de maneira seletiva. Esta forma de destinação gera, para a maioria dos municípios, despesas que poderiam ser evitadas caso a matéria orgânica fosse separada na fonte e encaminhada para um tratamento específico, por exemplo, via compostagem (MASSUKADO, 2018). Dados da ABRELPE referentes ao ano de 2012 indicaram que apenas 3,8% dos municípios brasileiros apresentavam unidade de compostagem, apesar do fato de os resíduos sólidos domiciliares no Brasil apresentarem alto percentual de resíduos orgânicos (SANTOS, 2019).

Para Massukado (2018), as experiências de compostagem da parte orgânica dos resíduos ainda são ainda tímidas devido ao resíduo orgânico não ser coletado de forma separada; à carência de investimentos e de tecnologia adequada para a coleta desse tipo de material; à insuficiência de manutenção do processo; e ao preconceito com o produto orgânico. O estudo apresenta ainda a estimativa da composição gravimétrica dos resíduos sólidos coletados no Brasil obtida a partir da média simples da composição gravimétrica de 93 municípios brasileiros pesquisados entre 1995 e 2018.

Atualmente o aterro sanitário é a técnica considerada como ambientalmente adequada no Brasil. O aterro sanitário é uma técnica de disposição de rejeitos,

principalmente lixo domiciliar, no solo. Essa disposição do lixo é planejada de maneira a reduzir ao máximo os riscos de contaminação, devendo ser realizados estudos para identificação de tipos de solo, corpos hídricos, populações próximas e ainda direção do vento. O terreno do aterro sanitário é previamente preparado para recebimento do material, com fundo impermeabilizado para impedir a contaminação do solo. São utilizados princípios de engenharia para utilizar a menor área possível, cobrindo os resíduos com uma camada de terra. Além disso, há previsão de monitoramento sistemático para acompanhamento da quantidade de lixo depositada poços de monitoramento de contaminação do lençol freático (BRUSCHI, 2011). O aterro controlado é uma técnica de disposição final de RSU considerada uma intermediária entre o lixão e o aterro sanitário.

Não dispõe de um tratamento da base que faz contato com o solo de modo a impedir a percolação de líquidos, mas segundo a definição da Segundo a NBR 8849/1985 prevê o recobrimento dos resíduos com cobertura de argila e grama (FIALHO, 2011). Por sua vez, os denominados lixões são vazadouros a céu aberto em caracterizado pelo seu lançamento sobre o solo sem qualquer critério técnico ou medida de proteção ambiental ou 86 de saúde (BRUSCHI, 2011). Eles são alvo de intervenção proposta pela Política Nacional de Resíduos Sólidos, com vistas à sua extinção, devido aos danos que podem causar ao solo, aos lençóis freáticos, ao ar e ainda às populações que vivem em seu entorno.

2.2 Direito ambiental e as áreas de proteção permanente

A fim de pensarmos as cooperativas para a eficiência econômica e eficácia social na cidade de Manaus, precisamos, antes, compreender que a cooperação sempre esteve presente da história da humanidade, em que os homens se uniam para alcançar determinados objetivos, como o de conseguir alimentos, por exemplo. Segundo o Dicionário Michaelis, cooperar significa ato ou efeito de cooperar; prestação de auxílio para um fim comum; colaboração, solidariedade. Porém, desde a evolução dos homens, este sentimento de cooperação deu lugar ao desejo de acumular poder, explorar o trabalho alheio, dentre outros.

No âmbito municipal, a Constituição Federal de 1988 refere-se aos municípios como ente da Federação nos termos dos artigos 1º e 18º. Diante dessa promulgação os municípios têm autonomia e atuação própria constitucionalmente definida. Dessa forma, a administração pública local, e sob outras competências, possui o dever de contribuir para a preservação do meio ambiente, especificamente na implementação de diretrizes e ações para o efetivo controle e redução dos impactos ambientais adversos gerados pelos resíduos provenientes da construção civil.

Podemos ressaltar que a PNRS reforça a competência do governo municipal quanto à gestão integrada dos resíduos sólidos gerados nos respectivos territórios. Fischer (1984),

discorre que a atuação do administrador público como outrora era apenas de um executor de políticas, porém, a partir de 1930 e da I Guerra Mundial em decorrência do crescimento estatal, houve mudanças conceituais do administrador público que agora podem formular as políticas públicas.

Contudo, podemos analisar que a administração municipal tem o papel de governar e se responsabilizar pelos resíduos sólidos em atendimento aos princípios do desenvolvimento sustentável com competência para fiscalizar pelos sistemas de controle interno do poder executivo municipal e autonomia para organização, administração e normatização.

Para o transporte de resíduos existem as exigências requeridas das transportadoras os RCC que são Controle de Transporte de Resíduos (CTR) em conformidade com as normas da Agência Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, as NBR nos: 15.112, 15.113, 15.114, 15.115 e 15.116, de 2004, para o controle da fiscalização e para configurar o destino adequado do resíduo. O CTR, como cita a NBR 15.113 se trata de um documento que deve ser emitido pelo transportador de resíduos que descreve as informações sobre gerador, origem, quantidade e descrição dos resíduos e seu destino. Esse CTR deve estar no porte obrigatório das empresas licenciadas responsáveis pelo traslado de RCC onde deve constar a comprovação correta da destinação desse material.

Conforme a NBR 10.004, ABNT, 2004, os resíduos sólidos estão definidos como aqueles em estado sólido e semi-sólido que podem ser de origem doméstica, varrição, hospital comercial, industrial, agrícola e ainda os lodos que provem de sistemas de tratamento de água e inviáveis para o lançamento na rede de esgoto, sem que sejam tratados por soluções técnicas

No Brasil, o tratamento e a aplicação tecnológica dada à coleta e manejo dos Resíduos Sólidos Urbanos (RSU) são ainda empíricos, principalmente pela falta de dados fidedignos sobre o tema, bem como, pela baixa inserção de processos de transformação e incineração na cadeia, como alternativa de destinação final destes resíduos. O termo mais popular para denominação dos RSUs é Lixo, qualificado pela falta de utilidade, alto grau de rejeição e descarte, tendo sua origem nas atividades produtivas humanas.

Muito embora esses descartes, na maioria das vezes, sejam feitos sem atentar para a periculosidade dos mesmos. Atualmente a destinação final do RSU é o grande gargalo da cadeia de gestão dos mesmos e apresenta-se como um problema desafiador a ser resolvido pela sociedade e os poderes públicos. A crescente e desordenada produção de resíduos sólidos no planeta vem sendo considerado há algumas décadas, como o principal fator de degradação do meio ambiente.

O RSU diferencia-se dos demais resíduos, em função de ter sua origem nas sobras dos produtos consumidos nas atividades humanas residenciais e que acabam gerando um percentual significativo, tornando-o bastante impactante no cenário geral. Todo este cenário negativo pode ser facilmente entendido pelo número de amontoados de RSU em beiras de estradas, leitos de rios, em terrenos abertos e baldios, nas vias públicas das cidades e rodovias estaduais, e principalmente, nos focos de descartes inapropriados chamados "Vazadouros ou "Lixões a céu aberto".

Esse problema ainda inclui a poluição visual, do solo, dos rios, dos lençóis freáticos, dos oceanos e da atmosfera, esta última, através dos gases provenientes da decomposição do material orgânico, que contribuem diretamente para o aumento do efeito estufa. Além dos problemas causados nos corpos hídricos e lençóis freáticos, pela infiltração do chorume, um líquido gerado pela decomposição bioquímica da matéria orgânica que, quando em contato com o oxigênio e a chuva, associados às mudanças de temperaturas, infiltra-se pelo solo e lança no meio ambiente, metais pesados e produtos contaminantes.

2.3 Desenvolvimento sustentável: potencialidades e limites

O que é então desenvolvimento sustentável? Uma moda que persiste no tempo, ou será, como afirmam outros, uma variável que não deve ser considerada mais importante que os demais conceitos de desenvolvimento? A afirmação de que o desenvolvimento sustentável atende ao momento atual, sem comprometer as necessidades das gerações futuras, é compartilhada por todos. Segundo Jacobs (2016), desde os dirigentes dos países mais industrializados que fazem parte do grupo dos 7 (incluindo na época, Margareth Thatcher e Ronald Reagan) em Toronto 1988 até os chefes de estado dos países latino americanos em 1996, os empresários de multinacionais e seu conceito de ecoeficiência, o movimento verde, os cientistas, entre outros, utilizam em seus discursos o tema do desenvolvimento sustentável.

Desse modo, quando um conceito tem uma aceitação geral, pode acontecer a manipulação de um conteúdo evidentemente sério que se apresenta camuflado na maioria de suas aplicações (Nunes, 2018). No marco atual dos programas da União Europeia, por exemplo, o desenvolvimento sustentável é visto como um caminho ainda longo para se percorrer. Baseado na estratégia de focar os problemas ambientais com a participação ativa dos principais agentes da sociedade, o informe considera que só se terá êxito "quando o desenvolvimento sustentável for considerado como o único modelo de desenvolvimento econômico válido para o futuro e seja plenamente aceito por todos os cidadãos"

No último quarto do século XX, quando as fórmulas desenvolvimentistas fracassaram e o mundo parecia não ter outra saída a não ser o caos, eis que ressurgiu com nova roupagem e com muita força através dos novos movimentos sociais e intelectuais

uma proposta alternativa de desenvolvimento. Boaventura de Sousa Santos (2022) assinala que a prática cooperativista moderna é muito antiga, surgiu em 1826 na Inglaterra. O cooperativismo e as ideias de solidariedade e de autogestão têm suas origens nos movimentos sociais e se desenvolve através dos pensadores que vivenciaram o surgimento da sociedade industrial nascente no século XIX, propondo formas de organização sociais mais justas que as da sociedade capitalista. Entre esses pensadores podem-se destacar Owen, Fourier, Proudhon, Bakunin, entre outros. Essas ideias influenciaram movimentos sociais e sociedades em todo o mundo ao longo do século XX.

Nos anos de 1990, propostas de planejamento social participativo são formuladas, sobretudo com as discussões de um novo modelo de desenvolvimento e da elaboração de uma Agenda para o século XXI em âmbito global, nacional e local. Na atualidade, buscam-se modelos participativos de intervenção que possam responder a essa intrigante equação do mundo pós-moderno de integrar crescimento, equidade e meio ambiente (Hall, 1998). O fundamento básico dessa nova perspectiva é a participação das pessoas no processo de planejamento.

Mais recentemente, o Fórum Social Mundial, realizado pela primeira vez em 2001, mostrou que um outro modelo de sociedade é possível. Autores, como B. de Sousa Santos, N. Chomsky, P. Singer, assinalaram a importância dos movimentos sociais na construção de uma economia alternativa. Para Singer (2022) essa nova economia solidária compõe-se das empresas que praticam os princípios do cooperativismo, ou seja, a autogestão, sem confundir com as cooperativas que empregam assalariados, a empresa solidária nega a separação entre trabalho e posse dos meios de produção. A propriedade da empresa é dividida por igual entre todos os trabalhadores.

Por sua vez, a Agenda 21 é um programa de ação em escala planetária que envolve a defesa da diversidade cultural e ambiental, a justiça social e o respeito pelas tecnologias claramente voltadas para a preservação da nossa mãe terra. Uma pesquisa realizada pela ONU em 180 países para saber como estava sendo realizada a discussão da Agenda 21 em nível local indicou que em 113 países, 6.416 autoridades se comprometeram com a Agenda. Cerca de dezoito países iniciaram 2.640 processos de intervenção. Em 60% dos municípios onde a Agenda foi implementada, ela passou a integrar o sistema público.

Sendo assim, o fomento à participação popular na Agenda 21 requer a construção prévia de uma relação entre a equipe de gestão técnica e a comunidade. Em uma metodologia participativa, a opinião da população interfere diretamente no processo de investigação da realidade. É evidente que o valor da participação comunitária se intensifica quando esta não é apenas um meio, mas também uma das principais finalidades. Uma relação social mais coesa é o que se busca em uma implementação de Agenda 21, plano de ação que visa a conquista em comum de soluções para os problemas socioambientais.

Manaus é a sétima cidade mais populosa do Brasil (1.802.014 habitantes) pela estimativa de 2010, depois de São Paulo, Rio de Janeiro, Salvador, Brasília, Fortaleza e Belo Horizonte. As áreas verdes, destinadas ao lazer da população, estão concentradas na parte costeira (norte) da cidade onde ocorrem os investimentos turísticos e vivem as populações mais abastadas.

Uma cidade que em apenas três décadas deu um salto demográfico significativo, duplicando sua população entre os anos 1970 e 2000, fechou o século XX com graves problemas socioambientais na maioria dos seus bairros periféricos, apesar do curto tempo de consolidação. Nos últimos 20 anos de ocupação urbana, ocorreu uma melhoria nas edificações dessas áreas, apesar de ter proliferado as autoconstruções que degradaram vastas áreas verdes do município e ameaçam outras que ainda subsistem.

Paralelamente foram construídos na periferia, através do poder público, populosos conjuntos habitacionais com pouco ou quase nenhum equipamento urbano (hospitais, escolas, áreas de lazer e cultura), sem qualquer preocupação com a preservação ambiental. Vale salientar que essa transformação da morfologia da periferia de Manaus contribuiu para o aumento da violência nessas áreas. No entanto, apesar do aumento da violência, da falta de serviços públicos, da miséria e das condições subumanas de vida, ocorre também o fortalecimento da solidariedade e da capacidade de superar as dificuldades que são muitas, indo desde a falta de água, de comida, de lazer, de atendimento de saúde, de trabalho, de transporte, de segurança até de áreas verdes.

3 CONCLUSÃO

Não obstante o sucesso da promulgação da lei federal em 2010, embora certos aterros sanitários possam estar de fato sendo adequadamente gerenciados, os resíduos sólidos do estado do Amazonas ainda não têm destino final apropriado. Como as condições gerais de urbanização das cidades não se modificam na mesma velocidade, presume-se que mais da metade dos resíduos sólidos seja descartada em qualquer parte: nas estradas, nas matas, nos rios, nas esquinas.

O estudo sobre os aspectos ambientais em aterros sanitários comprovou que quando o estado resolve instalar um equipamento de destinação final, vem aplicando, na maioria das vezes, corretos fundamentos técnicos e geológicos. Mas é durante o processo de operacionalização e gestão desses equipamentos que começam as dificuldades e carências de recursos humanos, técnicos, operacionais e financeiros, transformando o equipamento apropriado em vazadouro a céu aberto.

Mesmo com um modelo tecnológico que prevê um tratamento diferenciado das várias partes dos resíduos sólidos e com um discurso de redução da geração de resíduos,

Manaus não tem uma gestão que possa ser qualificada de integrada e sustentável. O modelo tecnológico, concebido há mais de 10 anos, ainda se encontra em um lento estágio de implantação e adequação. Não foi implantada a unidade de compostagem para os resíduos de feira, mercado e poda, que ainda são, na sua totalidade, dispostos no aterro. O entulho está sendo disposto no Aterro Controlado de Canabrava, sem que tenha sido implantada a unidade de reciclagem e sem que se utilize esse resíduo para nivelamento de terreno.

Diferentemente da fase que antecede a teoria do desenvolvimento, em que o enfoque foi voltado apenas à produção, com alguns escritores, como Stuart Mill, enfatizando a questão social e a qualidade de vida das pessoas, nesse novo contexto de estudos, a questão produtiva não foi abandonada. A diversidade de estudos contempla o conceito de desenvolvimento sustentável nas diferentes dimensões, a produtiva, a social e a ambiental. Talvez pela própria complexidade envolvida no sentido amplo dessa concepção, os estudos tenham se direcionado aos aspectos mais pontuais do tema. Apresentamos, portanto, enquanto desafio da construção do conhecimento rumo à teoria do desenvolvimento sustentável, a prática de diálogos e reflexões que atravessem os diferentes prismas, enfoques, convergências e divergências aqui apontados.

4 REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Dimas. "**Diálogos interdisciplinares para uma agenda sócio-ambiental: breve inventário do debate sobre ciência, sociedade e natureza**". Revista Desenvolvimento e Meio Ambiente, Curitiba, número 1, jan/junho, p.21-40, 2015.

ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas). **NBR 10.004**: Resíduos sólidos – Classificação. Rio de Janeiro: ABNT, 2004. 77 p.

_____. NBR 13.896: **Aterros de resíduos não perigosos** - Critérios para projeto, implantação e Operação. Rio de Janeiro: ABNT, 1997. 12 p.

_____. NBR ISO 14.040: **Gestão ambiental - Avaliação do ciclo de vida** - Princípios e estrutura. Rio de Janeiro: ABNT, 2001.

BOAVENTURA, J.C. **Isomorfismos como motivadores da evolução da gestão ambiental: um estudo com médias e grandes empresas de dois estados brasileiros**. In: ENCONTRO DA ANPAD, 37., Rio de Janeiro, 2013. **Anais...** Rio de Janeiro: ANPAD, jan. 2022.

BRASIL. Lei nº12.305 de 2 de agosto de 2010. **Institui a Política Nacional dos Resíduos Sólidos. Presidência da República**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acessado em: 30.12.2021.

BRUSCHI, G. ***Consumption and Environmental Sustainability Across Cultures.*** Advances in Consumer Research, v. 26, 2011.

BULGARELLI, Waldirio. **O regime jurídico das sociedades cooperativas.** São Paulo: Pioneira, 1965.

FISCHER, R. ***Environmentalism and Political Theory.*** 3 ed., Londres, UCL. 1984.

FIALHO, T. M. D. **Administração pública como área de conhecimento e ensino: a trajetória brasileira.** Revista de Administração de Empresas, São Paulo, v. 24, n. 4, p. 278-288, 2011.

JACOBS, B.W. ***An empirical investigation of environmental performance and the market value of the firm.*** Journal of Operations Management, v. 28, n. 5, p. 430-441, 2016.

MASSUKADO, C. M. D. F. **Novas perspectivas na gestão do saneamento: apresentação de um modelo de destinação final de resíduos sólidos urbanos.** Urbe. Revista Brasileira de Gestão Urbana, Curitiba, v. 7, n. 1, p. 91-105, jan./abr. 2015 Epub Abr-2015.

MOTA, M. G. C.; SILVA, T. R. das C. **Educação ambiental: que critérios adotar para avaliar a adequação pedagógica de seus projetos?** Ciência & Educação, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 199-207, 2016.

NUNES, L.R. dos S. **Política e plano municipal de saneamento básico: aportes conceituais e metodológicos.** In: MINISTÉRIO DAS CIDADES. Livro 1 – Instrumentos das políticas e da gestão dos serviços públicos de Saneamento Básico. Brasília: Editora, 2018. Capítulo 1, p. 31-53.

SANTOS, Ênio Márcio. **Cooperativismo Financeiro: percurso histórico, perspectivas e desafios.** Brasília: Confecras, 2019.

SINGER, Paul. **Introdução à economia solidária.** São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo. 2022.

TRATAMENTO DE DADOS NO ÂMBITO DO MARCO CIVIL DA INTERNET E DA LGPD NO BRASIL

UANDERSON MACENA OLIVEIRA:
Graduando do Curso de Direito do
Centro Universitário FAMETRO³²⁸.

RESUMO: Neste estudo, será abordado a atuação do Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Brasil, e como se dá aplicação de leis e princípios aos casos concretos de crimes cibernéticos. Para dirimir tais questões, o estudo assume o objetivo de averiguar qual o tratamento de dados no âmbito do marco civil da internet e da LGPD no Brasil. Como relação a metodologia, essa foi de caráter realizada através do método dedutivo, para confirmar as questões norteadas apresentadas sobre o tema, foram utilizados estudos acadêmicos prévios pertinentes à revisão bibliográfica. Ainda dentro do contexto metodológico o princípio desse estudo foi à pesquisa qualitativa. Por fim, comenta-se que é certo que o direito positivado de combate aos crimes cibernéticos no Brasil, surge da necessidade de limitar o poder do Estado, na forma de criar normas impessoais. Essas normas devem ser voltadas para a harmonia e o equilíbrio da sociedade brasileira. Dessa maneira cumpre-se ao Poder Legislativo estar atento aos anseios da sociedade, normatizando os comportamentos para que o magistrado diante de um conflito judicial relacionado aos crimes cibernéticos consiga efetuar os princípios estabelecidos do Marco Civil da Internet e da LGPD.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Digital. Marco Civil da Internet. Lei Geral de Proteção de Dados.

ABSTRACT: This study will address the performance of the Marco Civil da Internet and the General Law of Data Protection (LGPD) in Brazil, and how laws and principles are applied to concrete cases of cybercrime. In order to resolve these issues, the study aims to investigate the treatment of data in the context of the Civil Rights Framework of the Internet and the LGPD in Brazil. As to the methodology, this was of a character performed through the deductive method, to confirm the guided questions presented on the topic, previous academic studies pertinent to the bibliographic review were used. Still within the methodological context, the principle of this study was qualitative research. Finally, it is commented that it is certain that the positivized right to fight cybercrime in Brazil arises from the need to limit the State power, in the form of creating impersonal rules. These rules should be aimed at the harmony and balance of Brazilian society. Thus, it is up to the Legislature to be attentive to the wishes of society, regulating behaviors so that the

³²⁸ Contato: cms.1978@hotmail.com

magistrate in the face of a judicial conflict related to cybercrime can affect the principles established in the Marco Civil da Internet and LGPD.

KEYWORDS: Digital Law. Marco Civil da Internet. General Law of Data Protection.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento do século XXI a internet tornou-se uma ferramenta fundamental para os cidadãos em todos os aspectos, visto que, por meio das informações compartilhadas por seus usuários, traça uma proposta de cultura liberal e estabelece uma aproximação entre as pessoas. Nesse cenário, inúmeros rastros digitais são deixados por aqueles que desfrutam dos benefícios da rede mundial de computadores. Isso porque, a busca por agilidade, informações e acuracidade atraem cada vez mais instituições que procuram por tecnologias digitais para o oferecimento de seus bens e serviços. Destaca-se ainda que o crescimento das operações de compra e venda digital geram a cada segundo incontáveis dados que são manuseados por empresas e pelo poder público.

A escolha do tema, parte do pressuposto de que o mundo no século XXI, é um mundo de transformações, visto que a todo instante, aparecem ideias inovadoras e tecnológicas. Dentre elas, muitas são decorrentes do uso da internet, que anseia atingir cada vez mais público e atender os objetivos específicos de cada usuário. Todavia, todo este atendimento personalizado e específico que o utilizador da internet tem, não é por acaso. Isso porque ser usuário da internet, é apenas uma pequena parte em um mundo de dados, em que empresas geram perfis das pessoas e armazenam em seus bancos de dados, com base sua utilização, assim conseguindo prever ações que o usuário da internet teria, seja com a compra de um produto ou a sugestão de algo que seja interessante para ele, algo comum hoje nas redes sociais, como Facebook e Instagram.

O poder que estas empresas têm, sabendo o que se quer ou propriamente se pensa, é de extrema valia para o mundo dos negócios, isso ficou ainda mais evidente com a Pandemia (COVID-19). Diante desse cenário, os legisladores começaram a buscar uma forma de limitação deste ambiente e ter um certo controle sobre o que acontece na internet, pois cada vez mais, os casos de vazamentos de dados pessoais acontecem pelo mundo afora. Sendo assim, a questão norteadora da presente pesquisa tem como problemática: Qual o tratamento de dados no âmbito do marco civil da internet e da LGPD no Brasil?

Para responder o presente questionamento elencou-se como principal objetivo averiguar qual o tratamento de dados no âmbito do marco civil da internet e da LGPD no Brasil, esse por sua vez foi dividido nos específicos: (i) analisar o conceito de privacidade e

o marco civil da internet; (ii) compreender os aspectos da impunidade na internet e o marco civil da internet; e, (iii) pontuar os crimes cibernéticos existentes no ordenamento jurídico.

Com relação à metodologia que foi adotada para responder ao questionamento desse estudo optou-se pelo método dedutivo, que tem como objetivo auxiliar a formulação das questões norteadoras e sua confirmação. Marconi e Lakatos (2018, p. 65) definem método como [...] o conjunto das atividades sistemáticas e racionais que, com a maior segurança e economia, permite alcançar o objetivo – conhecimentos válidos e verdadeiros – traçando o caminho a ser seguido, detectando erros e auxiliando as decisões do cientista.

Para confirmar as questões norteadas apresentadas sobre o tema, foram utilizados estudos acadêmicos prévios pertinentes à revisão bibliográfica que Vergara (2019, p. 43) nomeia de pesquisa bibliográfica, definindo-a como:

[...] o estudo sistematizado desenvolvido com base em material publicado em livros, revistas, jornais, redes eletrônicas, isto é, material acessível ao público em geral. Fornece instrumental analítico para qualquer outro tipo de pesquisa, mas também pode esgotar-se em si mesma.

Ainda dentro do contexto metodológico o princípio desse estudo foi à pesquisa qualitativa, pois se trabalhou predominantemente com dados qualitativos, "isto é, a informação coletada pelo pesquisador não é expressa em números, ou então os números e as conclusões neles baseadas representam um papel menor na análise" (MARKONI; LAKATOS, 2018).

Nesse sentido, tem-se o Marco Civil da Internet no Brasil (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014), que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Isso se dá pela regulamentação desses direitos e deveres dos usuários da internet, dos portais e sites, dos provedores e das prestadoras de serviço e do próprio Estado, bem como pelo estabelecimento de diretrizes para a atuação estatal. Trazer o entendimento a respeito dessa legislação nunca se tornou tão necessário nos dias atuais.

2 O CONCEITO DE PRIVACIDADE E O MARCO CIVIL DA INTERNET

O primeiro objetivo da pesquisa vem analisar o conceito de privacidade e o marco civil da internet, nesse contexto pontua-se que as últimas décadas tem apresentado a internet como uma ferramenta fundamental para a sociedade, visto que, através dela as informações começaram a ser compartilhadas pelos seus usuários, traçando assim uma nova proposta cultural que estabelece uma aproximação entre os indivíduos. Todavia toda essa

interação deixa rastros “digitais “grifo nosso”, que são deixados por aqueles que usufruem dos benefícios da malha de computadores.

Fazendo uma abordagem do surgimento do computador e da internet, e como essas novas tecnologias tornaram-se um mal necessário para a sociedade pós-moderna. Dentro desse contexto entende-se por novas tecnologias tudo aquilo que estiver associado ao surgimento do computador (Mark i no ano de 1944) e internet (1969), isso porque nos anos que seguiram o início do século XXI, essas tecnologias foram se desenvolvendo sob uma ótica jamais imaginada pelos seus percursores, na atualidade é praticamente impossível imaginarmos a vida em sociedade sem a utilização das facilidades destes meios de comunicação.

Nesse sentido ao darmos início a esse estudo torna-se necessário fazer uma contextualização acerca da história dos computadores, dentro desse contexto Côtéz (2018, p. 03) faz referências acerca dos primeiros instrumentos de cálculo que são tão diversos quanto às iniciativas empreendidas na busca por maior agilidade na realização de cálculos.

Filho (2017, p. 85) complementa que “os primeiros dispositivos que surgiram para ajudar o homem a calcular têm sua origem perdida nos tempos. É o caso, por exemplo, do ábaco e do quadrante”. Estes dispositivos eram capazes de resolver problemas de adição, subtração, multiplicação e divisão de até 12 inteiros. Ainda acerca dos primeiros aparelhos para execução de cálculos Cléuzio Filho (2017, p. 86) leciona que com o desenvolvimento dos primeiros dispositivos mecânicos para cálculo automático, começam efetivamente a vertente tecnológica que levará à construção dos primeiros computadores. A preparação do caminho para a completa automatização dos processos de cálculo foi executada pelos esforços desses primeiros pioneiros da computação, que vislumbraram a possibilidade da mecanização, mas não possuíam os instrumentos e materiais adequados para concretizar seus projetos.

De acordo com Côtéz (2018, p. 05) em meados do século XX, entretanto, ocorreria uma mudança de foco nessas pesquisas, que passaram a ser orientadas para fins militares. Cléuzio Filho (2017, p. 97) complementa que nos primeiros anos do século XX muitos físicos e engenheiros de todo o mundo estiveram trabalhando em questões fundamentais da área de eletricidade.

Ainda acerca do primeiro computador cruz (2018, p. 59) salienta que o ENIAC (em inglês “Eletronic Numerical Integrator And Computer”, traduzido como “integrador numérico eletrônico e computador”) foi inventado pelos americanos John Mauchly e J.

Presper Eckert no ano de 1946. Esse computador era composto por 18.000 válvulas, pesava algo em torno de 28 toneladas, consumia 178 kilowatts de energia e ocupava uma área de aproximadamente 170 m².

O objetivo desta primeira máquina era auxiliar nos cálculos de balística para o exército americano durante a segunda guerra mundial. O ENIAC pode ser considerado um marco no desenvolvimento dos computadores, pois a partir de sua invenção, deu-se início a um processo de evolução sem precedentes. A história dos computadores é bastante extensa, devido a esse fator esse estudo limitou-se em descrever somente um breve histórico acerca de seu surgimento.

Já com relação à internet surgiu na década de 60 como um projeto dos estados unidos conhecida como arpanet, pela necessidade de manter a comunicação entre as bases militares dos estados unidos, passado este período, com a falta da utilidade da arpanet para os militares, os mesmos disponibilizaram as informações para os cientistas nas universidades de outros países permitindo a comunicação mundial. De acordo com Clézio Filho (2017, p. 14) discorre que:

Ao longo dos anos 1970 e meados dos anos 80 muitas universidades conectaram-se a essa rede, o que moveu a determinação militarista do uso da rede para um fundamento mais cultural e acadêmico. Nos meados dos anos 80 a NSF - National Science Foundation dos EUA constitui uma rede de fibra ótica de alta velocidade conectando centros de supercomputação localizados em pontos chave no EUA.

A explosão da internet nos anos 90 provocou profundas transformações nas relações comerciais, o comércio eletrônico causou um grande impacto no que diz respeito a aquisições, compras, parcerias comerciais, entre outros (Alves, 2017, p. 108). As vendas pela internet têm crescido anualmente, representando um quadro significativo para as empresas. Torres (2018, p. 06) ressalta ainda que:

A internet não é algo novo. Todos já utilizamos e-mail, acessamos sites, compramos em lojas virtuais, e muitos de nós utilizam redes sociais, como o Facebook ou o Twitter. Mas como algo que incorporamos a nossas vidas de forma tão rápida, esquecemos às vezes que a internet é usada também por nossos clientes e consumidores. Mais do que usar a internet, os consumidores assumiram o comando dela.

Navegar na internet é o ato de passear pela web, movendo-se de um website para outro, seguindo links - uma ligação (Silva, 2017, p. 17). O ambiente social, econômico e cultural que cerca os cidadãos têm sofrido alterações com a implantação das novas tecnologias, o uso dos computadores impõe a necessidade de aquisição de conhecimento, existem diversas maneiras de divulgação no site proporcionando ao internauta a facilidade de buscar informações, produtos ou serviços.

De acordo com Silva (2017, p. 18) essa rede da NSF teve um papel fundamental no desenvolvimento da internet nos últimos 10 anos por reduzir, substancialmente, o custo da comunicação de dados para as redes de computadores existentes, que foram amplamente estimuladas a se conectar ao backbone da NSF. O controle da backbone mantido pela NSF encerrou-se em abril de 1995, sendo passado, em grande totalidade, para o controle privado.

A característica mais notável durante a navegação na internet é a presença de marcas mundiais, ou seja, a globalização afeta todas as áreas da sociedade, principalmente comunicação, comércio internacional e liberdade de movimentação, com diferente intensidade dependendo do nível de desenvolvimento e integração das nações ao redor do planeta, e de certa maneira a internet traz consigo atrativos para facilitar a vida das pessoas através da era digital.

A inovação torna-se fator decisivo para o sucesso ou não das organizações, inclusive as ICCS, pois o tempo para alcançar o mercado é crítico, uma vez que a vida competitiva de produtos é de um ano, um mês, uma semana, algumas horas (Alves, et al., 2017, p. 56). A esse respeito Twy (2016, p. 65) complementa ainda que as ICCS estão cada vez mais investindo na presença digital, utilizando de novas tecnologias das mais variadas maneiras com o intuito de obter novos clientes e divulgação da marca. Porém, para utilizar as ferramentas online de maneira responsável é necessário compreender o processo digital para aplicar na organização.

Em outro trecho dos seus estudos Twy (2017, p. 66) esclarece que é notório que para as funções relacionadas ao desenvolvimento da sociedade em geral tais como: planejamento, organização, liderança e controle, são de suma importância para a integração do projeto civil, pois estes sistemas que fornecem informações aos engenheiros chefes. De acordo com Silva (2017, p. 13), o fato é que os gestores em geral investem em novas ferramentas de TI, porque acreditam que isso lhes permitirá realizar suas operações mais rapidamente e a um custo mais baixo; utilizam-na para objetivos estratégicos e para planejar e alcançar um ou mais dos três objetivos operacionais independentes, principalmente no que se refere ao controle tecnológico.

Em outras palavras, pode-se afirmar que o mundo hoje está vivendo uma série sequencial de grandes transformações a todo instante, isso pode ser observado através do surgimento de ideias inovadoras. Dentre essas, muitas são recorrentes ao uso da internet, pois através dessa rede o usuário acaba atingindo um público cada vez maior (BONI, 2019).

Colaborando com o pensamento do autor supracitado Marcacini (2016) discorre que todo este atendimento personalizado trazido pelas redes de computadores, não é por acaso. De acordo com o autor, o usuário, é apenas uma pequena parte de mundo de dados, no qual as empresas geram seus perfis armazenando suas informações através de um banco de dados, com esses subsídios, as organizações vêm conseguindo prever futuras ações que o usuário da internet teria, seja uma compra ou uma sugestão de algo, que possa ser interessante para o mesmo.

As instituições que vendem seus produtos e serviços, acabam possuindo “um certo tipo de poder” (grifo nosso) pois acabam sabendo o que o indivíduo quer ou deseja ter, e isso acaba sendo de extremo valor dentro de um mundo capitalista e globalizado. Segundo Gonçalves (2017), a partir do uso indevido da internet, legisladores começaram a vistoriar melhor e começaram a buscar maneiras de limitar o ambiente, dessa maneira, tendo um maior controle sobre o que vem acontecendo e tentando diminuir casos onde usuários tem os dados vazados.

Na busca pelo reordenamento jurídico emerge o chamado, Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965, de 23 abril de 2014, que tem como objetivo estabelecer os princípios, as garantias, os direitos e deveres que todo usuário da rede de computadores deve cumprir na utilização da internet, e isso ocorre por conta da regulamentação de todos os direitos e deveres que devem ser cumpridos por usuários, portais, sites, provedores e prestação de serviços e até mesmo do Estado.

A lei citada foi um grande marco na evolução dos termos da legislação a respeito da internet no Brasil, a nomenclatura dela ficou conhecida como o Marco Civil da Internet, pois a mesma regulamentou a internet de uma forma muito mais ampla, tendo em vista que isso ainda não existia no país. Conforme o que ela diz em seu artigo de número 1º.

Art. 1º Esta Lei estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria (BRASIL, 2014)

De maneira mais profunda entende-se que a partir da criação do Marco Civil da Internet uma nova perspectiva a respeito da legislação e atuação passou a existir e ela não mudou somente a maneira em como as organizações trabalham com essas informações e atuam quando se trata do que a lei resguarda, mas na maneira em como o usuário que

tem as suas informações sendo compartilhadas a todo instante sem algum tipo de controle ou sobre como e para que seus dados estão sendo utilizados.

Segundo Pinheiro (2018), o Marco Civil da Internet veio para garantir uma certa liberdade, uma garantia da neutralidade da rede, sem a ocorrência de informações que atendam somente os objetivos das empresas, mas sim para que o usuário consiga se sentir seguro sem que suas informações e privacidade sejam invadidas, é muito comum que essas problemáticas aconteçam, pois, os indivíduos se envolvem sem ao menos ter noção do risco que pode ocorrer.

Nesse sentido, a criação do Marco Civil da Internet tem a finalidade de criar um ambiente mais saudável, onde os usuários consigam usufruir do que a internet proporciona de maneira segura, dessa forma, inibindo possíveis acontecimentos indesejados, tanto pelas organizações quanto pelos usuários.

Ferreira (2015), comenta que a lei tem com finalidade o controle que estava sobre nenhuma supervisão jurídica para todos os consumidores de internet, criticando legislações antecessoras que só tentavam enquadrar as situações do mundo virtual, pois elas tinham sido escritas em uma época em que a internet não existia ou não estava em bastante evidência, hodiernamente, o uso dela é quase obrigatório.

Vale ressaltar que diversas diretrizes foram estabelecidas após a criação do Marco Civil da Internet, pois ela acabou proporcionando para os usuários alguma forma de reivindicar seus direitos tendo uma certeza de que o mesmo pode encontrar um amparo, podendo usufruir do seu direito de usar a tecnologia, que as instituições empresariais proporcionam de uma maneira segura, garantindo direitos constitucionais como: liberdade e privacidade, tudo isso no meio virtual.

3 A NEUTRALIDADE DA REDE E O MARCO CIVIL DA INTERNET

A neutralidade da rede é uma regulamentação que a Lei nº 12.965/14 criou, ela é de suma importância, pois a neutralidade é entendida com um princípio estabelecido. Marcacini (2016) comenta que as empresas provêm o acesso da sociedade à rede de internet, e que as mesmas não conseguem diferenciar um usuário de outro usuário do serviço, e de qual maneira ele (o indivíduo) utiliza sendo vendo vídeo ou baixando arquivos. Cabe aqui ressaltar que dentre os artigos que fazem referência à privacidade na internet na Lei nº 12.965/14 é um dos mais importantes, sendo ele o seu Art. 7º, em que resguarda o usuário.

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

IV - não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização;

V - manutenção da qualidade contratada da conexão à internet;

VI - informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade;

VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;

VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

a) justifiquem sua coleta;

b) não sejam vedadas pela legislação; e,

c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;

X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;

XI - publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão à internet e de aplicações de internet;

XII - acessibilidade, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, nos termos da lei; e,

XIII - aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet (BRASIL, 2014).

Subentende-se que os maiores fluxos de dados acabam sendo gerados o que pesa no sistema das empresas, Peixoto (2014, p. 78),

O tráfego de dados é estruturalmente gerenciado pelos operadores da rede, que têm o poder de filtrar, selecionar, bloquear, fiscalizar, impedir e priorizar a livre circulação de dados e sinais. Os métodos de modelagem de tráfego são, a princípio, adotados para gerir o congestionamento da rede e conferir-lhe segurança e velocidade. No entanto, podem também ser adotados, de formas obscuras, para o exercício de práticas anticompetitivas e discriminatórias, ou para conferir tratamento preferencial a conteúdos produzidos por determinados provedores (parceiros econômicos), ou prejudicar sites e aplicações que oferecem serviços concorrentes, como aqueles ofertados pelos operadores de rede, ou, ainda, bloquear, estrangular ou retardar o acesso a determinado conteúdo.

A lei determina que as instituições não possam realizar a filtragem de dados dos usuários, para verificar a sua utilização e dessa forma acabam limitando os dados ou a sua velocidade de compartilhamento, simplesmente pelo fato de estarem gerando um maior tráfego na infraestrutura da rede.

Bioni (2019) fala que a filtração não pode ser realizada e isso tem a finalidade de evitar uma discriminação por parte das empresas para todos os utilizadores de internet. Já Peixoto (2014, p. 79) ressalta que “a vistoria da neutralidade da rede possui um grande desafio na busca de consensos entre os principais usuários, visando os princípios, regras e valores sociais que estão presentes no ordenamento jurídico”.

Para que haja uma liberdade do indivíduo que utiliza a internet é de extrema importância que a neutralidade da rede exista, pois ela consegue promover que o usuário acesso o conteúdo que ele deseja sem ter algum tipo de preocupação intensa de que seus

dados vão vazar, mesmo que os conteúdos que ele acesse não beneficie as empresas, conforme se lê na redação *in verbis* do art. 9 da Lei 12.965/14,

Art. 9º O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação.

§ 1º A discriminação ou degradação do tráfego será regulamentada nos termos das atribuições privativas do Presidente da República previstas no inciso IV do Art. 84 da Constituição Federal, para a fiel execução desta Lei, ouvidos o Comitê Gestor da Internet e a Agência Nacional de Telecomunicações, e somente poderá decorrer de:

- I - requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações; e
- II - priorização de serviços de emergência (BRASIL, 2014).

O artigo 9 da Lei nº 12.965/14 que foi recitado acima trata dessas questões, no seu paragrafo inicial é levantado algumas hipóteses a respeito da degradação do tráfego de dados dos indivíduos que usam a internet, é falado que os dados poderiam ser restritos, desde que as restrições venham entrando de acordo com o que a lei prever garantindo, dessa forma, o acesso livre a internet, sem o sentimento receoso. Dessa maneira, a rede de computadores ou dispositivos moveis conseguiriam desenvolver seus negócios, além disso, promovendo a liberdade da escolha entre os usuários, a esse respeito tem-se nos estudos de Gonçalves (2017, p. 26) o seguinte contexto:

A neutralidade da rede está interligada com direitos fundamentais à igualdade, à privacidade e à inclusão digital, pois sem este princípio técnico inviabiliza-se o acesso igualitário dos usuários à internet e aos usos que as empresas de telecomunicações e provedores de aplicações de internet fazem com as informações amalhadas, monitoradas e analisadas, as quais se apropriam para obstruir caminhos, analisar conteúdos e impedir acessos.

Hodiernamente é visível que a internet passa a existir como um meio onde as pessoas consigam realizar e desenvolver todas as suas atividades desejadas sendo elas como uma forma de negócio ou lazer, conseguindo vender produtos, criar *softwares* e tendo um momento de lazer.

A respeito de tudo que foi falado é de extrema importância levar em questão que os princípios da neutralidade da internet foram garantidos através da Lei nº 12.965/14,

tento em vista que a internet é um meio onde praticamente todos utilizam e a manipulação das informações dos usuários pela parte das empresas é uma problemática real, a lei vem oferecendo um uso mais seguro e confiável.

4 OS ASPECTOS DA IMPUNIDADE NA INTERNET E O MARCO CIVIL DA INTERNET

Gonçalves (2017) comenta em seus estudos que a internet é um lugar construído e o ciclo de pessoas que utilizam deixam o meio anárquico, segundo ele as regras não conseguem alcançar o “mundo real”, devido à falta de uma legislação mais presente que consiga vistoriar de maneira eficaz os usuários, nesse contexto, o que temos é uma legislação suprida pelo Marco Civil da Internet. As situações emblemáticas ocorrem a partir de uma exacerbada dificuldade do meio virtual em neutralizar os abusos que são cometidos pelos usuários e empresas que utilizam a internet (material que será explorado na próxima seção da presente pesquisa).

Isso porque, diariamente é cometido diversos delitos tanto das pessoas como de empresas e localizá-los é ainda uma grande dificuldade pois a internet proporciona vários meios de esconder e mascarar suas ações. Por essas e diversos motivos a internet se torna um meio hostil, onde as pessoas passam literalmente de todos os limites, seja passando informações falsas, roubando informações ou hackeando, sem falar de grandes casos de coleta de dados que atingem grandes empresas.

Exemplificando o contexto supracitado, Bioni (2019) cita em seus estudos, um dos casos mais famosos de coleta de dados foi o da empresa Cambridge Analytica (CA), onde ela passou a criar perfis de usuários através da posse dos dados, e assim começou a direcionar conteúdos com o intuito de influenciar as pessoas, elas tinham controle a respeito do que a pessoa ia ver e tentavam causar um interesse acerca do que eles queriam.

Para que ocasiões indesejadas como essas não venham ocorrer de maneira frequente é importante que seja implementado mais órgãos de fiscalização aptos a lidar com esse ambiente, que apesar de não era muito recente ainda é desconhecido pela maioria. O legislador prevê na Lei nº 1296/14 algumas responsabilidades para os órgãos empresários que estão usando a internet para o seu desenvolvimento, e fala sobre as diversas punições que estão ligadas aos descumprimentos das ordens judiciais e vale ressaltar a jurisprudência do Tribunal de Santa Catarina.

Apelação cível. Ação de exibição de dados relacionados a perfil falso no Facebook. Medida liminar que determinou a exclusão do perfil e o fornecimento das informações. Sentença de procedência. Inconformismo da ré. Preliminar de nulidade da sentença por falta fundamentação. Inocorrência. Prefacial rejeitada. Mérito. Alegação

de inexistência de lei obrigando o provedor de aplicação de internet a armazenar dados relativos a id's dos dispositivos utilizados pelo usuário. Data de nascimento e endereço com localização geográfica. Provedores de aplicação de acesso à rede mundial de computadores têm o dever de armazenar os dados dos usuários. Previsão do código civil, código do consumidor e na Lei nº 12.965/2014. Princípio da legalidade salvaguardado. Inexistência de violação da intimidade e privacidade. Princípios constitucionais relativizados em proteção a bens jurídicos igualmente protegidos pela constituição federal. Impossibilidade técnica da apelante no cumprimento da ordem para indicar os referidos dados demonstrada. Informações relativas aos provedores de conexão de internet. Distinção entre os serviços prestados pelos provedores de aplicação de internet. Apelada que pode buscar os dados junto aos respectivos fornecedores. Medidas coercitivas afastadas. Necessária inversão do ônus sucumbenciais em face do princípio da causalidade. Recurso conhecido provido. (TJ-SC – AC: 03127345920148240038 Joinville 0312734-59.2014.8.24.0038, Relator: Saul Steil, Data de Julgamento: 15/08/2017, Terceira Câmara de Direito Civil) (BRASIL, 2014).

Nesse caso a empresa Scopum Ferramentaria e Usinagem Ltda., promoveu uma proposta contra a empresa Facebook Serviços on-line do Brasil Ltda., foi alegado que um perfil com informações semelhantes foi criado dentro do Facebook e isso acabou ocasionando danos à imagem da empresa. Motivada pelas problemáticas que vinham acontecendo a mesma entrou com uma ação, pedindo a remoção do perfil e os dados do criador que estava no cadastro do Facebook, dados como: IP, nome, e-mail, localização com o objetivo de localizar e identificar o criador.

Foi oferecido os dados necessários para que a empresa conseguisse localizar o usuário, os dados fornecidos foram o nome e sobrenome do usuário, horários de acesso que foi conectado. Porém houve uma grande insatisfação, pois, a empresa queria dados como endereço, localização geográfica e data de nascimento. O voto da relatora foi seguindo uma linha de raciocínio onde o Facebook, não é obrigado a oferecer esses dados, porque o mesmo é uma organização que oferece serviços na internet e que não faz conexão do usuário com a internet e por conta disso é incapaz de passar as informações que foram pedidas.

No que se refere o artigo 10 da Lei nº 12965/14 onde diz que é dever o armazenamento de dados, para que se consiga localizar qualquer usuário, a empresa não é obrigada a passar as informações que não tem no armazenamento, pois a mesma é uma

provedora de aplicações de internet, portanto parta que a empresa consiga as informações ela deve buscar as empresas que promovem o acesso à internet.

A negligência do Facebook só ocorreria de fato se a mesma negasse o fornecimento de dados que são requeridos pela ordem judicial, mas no caso ficou claro que a empresa não tem responsabilidade de armazenar dados que não interferem no funcionamento de suas aplicações. Casos como esses ocorrem de maneira muito frequente no Brasil, pois a má conduta das pessoas visa prejudicar pessoas ou empresas, e elas se veem em um lugar onde se pode fazer de tudo e não sofrer nenhuma punição.

Por conta desses acontecimentos e os grandes casos de coletas de dados que o legislador do Brasil buscou fazer uma nova Lei com o intuito de ter um alcance e punições de uma forma mais rigorosa além de aumentar a segurança acerca do uso da internet. A partir de várias ocorrências de fraudes e inseguranças mediante ao mundo virtual, uma nova Lei foi criada, ela complementa a Lei 12.965/14. Essa nova lei cujo nome é Lei Geral da Proteção de Dados do Brasil, nº 13.709/18, ela possui o intuito de elevar o país a um nível de legislação avançado acerca das questões de internet.

Isso inclui o tratamento de dados pessoais, meios digitais, sendo tanto pessoa jurídica ou física sendo direito privado ou público, com o principal intuito de proteger os direitos a liberdade e privacidade. Por conta de tudo que foi citado, é de suma importância que a proteção de dados seja respeitada e por parte dos usuários ou empresas os dados devem ser utilizados de forma ética, com consciência e segurança, a lei busca dar um respaldo maior acerca dos dados pessoais.

Ademais, o fato de nossa legislação não acompanhar a velocidade não torna o fato negativo, é de extrema importância ter em mente os termos da lei em diversos momentos, é claro que não é possível prever o que pode acontecer dentro do meio cibernético, porém, é certo que o número de leis dentro dessa área digital aumentara no Brasil.

Reforçando esse pressuposto, tem-se nas falas de Gonçalves (2019) que as ferramentas do trabalho vêm mudando cada vez mais e que elas vêm buscando formas de comunicação melhores, como no aumento da produtividade e eficácia na realização de qualquer atividade. Hodiernamente é possível armazenar qualquer dado de forma mais simples através de vários meios como: *cloud computing*, ou seja, dispositivos em nuvem, invés do indivíduo ter que passar todas as informações desejadas para um *pendrive* ou um CD, ele de forma simples só precisa armazenar nas plataformas virtuais, sendo fotos, livros (virtuais), vídeos, documentos em si, qualquer meio que possa ser armazenando em um espaço virtual.

Em um mundo globalizado e em constante evolução dos meios tecnológicos, Silva (2017) diz que os meios antigos estão sendo substituídos por novos, é muito incomum ainda encontrar o uso de SMS pois as plataformas WhatsApp ou Telegram vem acabando com isso por conta da facilidade e além dessa forma de simples de usar os mesmos conseguem registrar tudo desde de arquivos, áudios, ligações e etc.

Com tudo isso as pessoas que necessitam se comunicar com outras precisam estar preparados para o uso dos meios tecnológicos, o mundo cibernético já é uma realidade e entender que ele é muito bom para o âmbito pessoal é de extrema relevância pois ele apresenta uma grande facilidade em qualquer questão, para assim evitar os crimes cibernéticos.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO DO MARCO CIVIL DA INTERNET E DA LGPD NO BRASIL

Nas palavras de Bioni (2019), a internet é um meio onde os indivíduos perdem a sua privacidade, sendo por suas escolhas ou não, pois no instante em que mesmo passa a utilizar a internet ele acaba se submetendo as políticas de usuário, que é estabelecida para o uso das diversas aplicações. A privacidade é um direito constitucional que deve ser respeitado, pois ele é garantido e é de extrema relevância na vida das pessoas, pois acaba se tendo uma garantia do desenvolvimento pessoal sem que o indivíduo precise expor todos os acontecimentos da sua vida, conseguindo se manter de uma maneira privada e discreta se o mesmo desejar isso.

A hermenêutica no direito constitucional está pautada na interpretação e integração, é necessária, pois nenhum ordenamento é capaz de suprir todas as lacunas existentes na sociedade. Nesse sentido, pontua-se que o Direito Constitucional não consegue atingir todas as ações humanas, por isso a integração é inevitável a fim de suprir as lacunas, contudo para atingir a integração se faz necessário que ocorra a interpretação. A interpretação é importantíssima para o Direito Constitucional, pois ele não completa todas as lacunas e nem prevê todos os crimes e formas que o crime pode ocorrer, assim a interpretação é de suma utilidade, pois aprimora o que já existe na lei.

A interpretação pode ser objetiva, quando faz uma interpretação literal do texto da lei ou subjetiva, quando busca entender a intenção, relaciona-se com o interprete da lei. O sujeito que interpreta a lei pode ser autêntico, quando analisa friamente a norma, não analisa outros fatos, analisa somente a norma. A histórica busca analisar os antecedentes e também busca encontrar uma resposta. No que concerne aos resultados, pode ser declaratória quando apresenta os fatos, lei e os responsáveis, exclusivamente. Pode também ser restritiva quando não existe interpretação além do texto legal.

A interpretação analógica é um meio de integração, onde buscam fatos semelhantes quando a conduta não é tipificada. A interpretação analógica só pode ser feita *in bona* partem, ou seja, em favor do réu, é o único momento que a analogia é possível, visto que a interpretação do Direito Constitucional é restritiva.

A interpretação extensiva não é admitida na lei penal, pois essa tem análise restritiva, ou seja, não é permitida na lei penal, só há a exceção quando a lei dispuser. Já a interpretação conforme a Constituição é a interpretação encontrada na Constituição Federal, entende-se assim que a norma tem que ser constitucional. De acordo com Neto (2019, p. 13),

Existem três teorias que tratam dessa questão, a teoria da atividade, teoria do resultado e teoria da ubiquidade. Essas teorias são métodos lógicos interpretativos para o tempo e lugar do crime. Nesse sentido pontua-se crime virtual como sendo algo culpável antiético, cometido com a utilização de utilização de *softwares*³²⁹ e *hardwares*³³⁰, para transmissão de dados através da Internet, com o intuito de copiar dados sem autorização, prejudicar outrem, atentar contra a liberdade individual, à privacidade, à honra, entre outros.

Complementa-se nesse contexto um trecho dos estudos de Miranda (*apud* Neto, 2019, p. 19) onde este leciona que:

O perfil dos criminosos digitais normalmente é: jovens, entre 15 e 32 anos, do sexo masculino, com inteligência acima da média, educados, audaciosos e aventureiros, sempre alegam o desconhecimento da ilegalidade cometido movido pelo anonimato oferecido pelo Internet, têm preferência por ficção científica, música, xadrez, jogos de guerra e não gostam de esportes de impacto. Como o criminoso virtual é aquele que não se apresenta fisicamente e pode agir de qualquer parte do planeta, levam os criminosos a acreditarem que estão imunes às leis.

Nesse sentido cabe aqui esclarecer que ao do que muita gente pensa, a origem dos crimes informáticos pode não estar diretamente relacionado com o surgimento da internet, pois de acordo com Assunção, em novembro de 1961, desenvolvedores do MIT (Instituto

³²⁹ É o nome dado aos programas de um computador, ou seja, o conjunto ordenado de instruções, expresso em linguagens especiais e compreensíveis para a máquina, para que ela possa executar as operações que desejamos.

³³⁰ É o nome dado ao conjunto de dispositivos (componente físicos) que formam o computador, é a máquina propriamente dita.

de Tecnologia de Massachussets) demonstravam o seu sistema experimental compatível com gerenciamento de tempo, o que permitia quatro usuários trabalhando em terminais rodar programas de outros usuários. No final dos anos 60, terminais conectados por modem poderiam ser facilmente invadidos, já que, na época, ninguém se preocupava em colocar senhas.

Ao comentar acerca da resposta do Estado, para os crimes virtuais, torna-se primeiramente salientar a carência existente no Código Penal frente à tipologia dos crimes virtuais, nesse sentido Vogt (2017, 87) destaca em seus estudos que sem a devida tipificação frente ao delito, não temos como condenar alguém por um fato que não seja crime, no entanto, conseguir classificar um delito, como sendo um crime determinado, acaba por ser muitas vezes demorado e colocado em xeque, visto o princípio do *in dubio pro reo*, o qual expressa o princípio da presunção da inocência, sendo um dos pilares do Direito Constitucional, estando ligado intimamente com o princípio da legalidade.

Esse mesmo autor destaca ainda que ponto falho dentro da legislação vigente é com relação à territorialidade do local do crime virtual, sendo que, sem fronteiras de marcadas, e com a facilidade dos acessos existentes, como irá se processar para saber de quem é a responsabilidade de julgar determinado crime. Além da dificuldade em identificar um território dentro do ciberespaço outra problemática se apresenta, qual seja: um indivíduo pode estar em diversos espaços, ao mesmo tempo, na Internet (Vogt, 2017, p. 91). Vale dizer que um sujeito pode dispor de uma identidade no espaço real e de várias distintas na Internet, fato que, em última análise, pode gerar um conflito de competências entre os Estados e carrear numa dificuldade de localização do próprio agente do crime.

Cabe aqui ressaltar que o Código Penal Brasileiro é datado de 07 de dezembro de 1940, enquanto a Convenção sobre o Cibercrime, mais conhecida como a Convenção de Budapeste³³¹, é de 23 de novembro de 2001. Neste ponto, Vogt (2017, p. 15) observa o lapso temporal existe é gritante. Dessa forma, evidencia-se principalmente a carência da tipificação dos crimes propostos ao estudo em tela. Uma vez que, sem tipificação a prática

³³¹ A Convenção é o primeiro trabalho internacional aprofundado sobre crime no ciberespaço. Foi elaborada por um comitê de peritos, congregados no Conselho da Europa e consiste num documento de direito internacional público. Embora tenham na sua origem, sobretudo, países membros do Conselho da Europa, tem vocação universal. Sendo o primeiro tratado internacional sobre criminalidade contra sistemas de computadores, redes ou dados, pretende harmonizar as várias legislações nacionais sobre a matéria, proporcionando e facilitando assim a cooperação internacional e facilitar as investigações de natureza criminal. Importante mencionar, que esta convenção incide sobre o direito penal material, mas inclui também medidas processuais e de cooperação judiciária internacional (VOGT, 2017).

do mesmo não pode ser considerado como crime face ao princípio da legalidade³³². Dessa forma, inerte de penalidades perante o ordenamento jurídico.

6 CONCLUSÃO

Há séculos, a internet não passava de uma simples ideia que poderia ou não dar certo. A palavra “globalização” ainda não tinha sido talhada e conversas ou debates acerca de fibra óptica, internet e conexão não era algo tão comum, para ser levado em consideração. A internet começou a ser levada em pauta no ano de 1980. E sua utilização veio extremamente ligada aos outros meios de tecnologia o que veio mudando diretamente todas as relações jurídicas e sócias.

O direito digital é uma área do conhecimento e atribui um conjunto de princípios e regras que envolvem as relações sócias dentro do campo digital. Ele possui o objetivo de interligar o entendimento do direito tradicional associando o homem e a tecnologia, levando em consideração os aspectos de vida, sendo no coletivo ou no individual.

Hodiernamente mesmo com a internet em evidência e se tornando cada vez mais algo necessário, a existência de pouquíssimas leis a respeito das questões digitais se torna um fato. Em tempos passados onde o uso de papeis, livros e prazos era mais comum e dava uma impressão que a sociedade evoluía de modo mais lento, com o passar dos anos em um mundo globalizado, tem-se uma impressão de um mundo onde predomina a era da instantaneidade com um amontoado de informações que podem ser acessados a qualquer momento com apenas um click.

Com um rápido acesso as informações o mundo começou a passar por diversos eixos, o que ocasionou mudanças como: a forma de se comunicar, meios de provas, métodos de trabalhar e etc. Enfim, grandes mudanças ocorreram o que leva o operador de direito a conhecer o direito na computação ou o direito digital. Entretanto é preciso ter em mente que o direito sofreu uma influência de maneira direta da nova realidade vivida. É de suma importância que o operador de direito esteja atualizado e ciente de todas as transformações pois elas acabando se tornando uma peça fundamental para resolver qualquer conflito e até mesmo auxiliar na prevenção dos mesmos.

³³² Também conhecido como princípio da reserva legal, o princípio da legalidade, consagrado no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, é um dos princípios mais importantes do ordenamento jurídico Pátrio e um dos sustentáculos do Estado de Direito. Tal princípio visa garantir que somente a lei determine o que é uma conduta ilícita e que somente em virtude dela uma pessoa possa ser obrigada a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, ou seja, se uma lei não proíbe alguma conduta o cidadão está livre para praticá-la sem ser punido por causa disso (MARITNS, 2017).

A internet possui vários meios de acesso como: computador, ipads, celulares entre outros. Ao comentar acerca de internet, pode-se dizer que mesmo que as pessoas sejam físicas, jurídicas ou de valores a internet veio com uma possibilidade de acessar informações e isso a torna de valor inestimável. Além disso, quando se entra na internet é impossível a exclusão da rede. A internet se encaixa em diversas vertentes e facetas, e isso deixa bem claro o quão importante é usufruir de tudo o que ela pode oferecer, por isso o direito digital precisa ser mudado e várias leis precisam ser criadas pois ela tem uma grande importância na relação entre indivíduos.

Um profissional com toda a sua bagagem de conhecimento, possui uma extrema importância, e a garantia da segurança nacional, com relação a dados sigilosos criptografados deve existir, para que nenhum indivíduo que não possua autorização tenha acesso a essas informações e não a use de maneira impropria. Conclui-se que a dedicação de profissionais na área de tecnologias promoveu um avanço tecnológico exorbitante com proporções incalculáveis, em questão de poucos segundos é possível saber o que acontece do outro lado do mundo. Por fim, a web proporcionou uma facilidade com relação as todas as atividades humanas.

7 REFERÊNCIAS

ALVES, CARLA SANTIN [ET AL.]. A IMPORTÂNCIA DA LOGÍSTICA PARA O E-COMMERCE: O EXEMPLO DA AMAZON.COM. 2017. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://GOOGLEACADEMICO.COM.BR](http://googleacademico.com.br)>. ACESSADO EM: 17.08.2021.

B.R. PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: A FUNÇÃO E OS LIMITES DO CONSENTIMENTO. RIO DE JANEIRO: FORENSE, 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.965**, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. 2014. Disponível em: <<https://bit.ly/3mzvFXV>>. Acesso em: 04/08/2022.

CÔRTEZ, PEDRO LUIZ. ADMINISTRAÇÃO DE SISTEMAS DE INFORMAÇÃO. SÃO PAULO: SARAIVA, 2018.

FERREIRA, I.S. **Direito & Internet**: aspectos jurídicos relevantes. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

FILHO, CLÉUZIO FONSECA. História Da Computação: O Caminho Do Pensamento E Da Tecnologia. Porto Alegre: Edipucrs, 2017.

GONÇALVES, V.H.P. **Marco civil da internet comentado**. São Paulo: Atlas, 2017.

MARCACINI, A.T.R. **Aspectos fundamentais do marco civil da internet**. São Paulo: Edição do Autor, 2016.

MARTINS, Thiago de Souza. **Crimes cibernéticos e a impunidade legal**. [Monografia]. Anápolis: UFGO, 2012.

NETO, Lindolfo Pires. **Crimes cibernéticos**: necessidade de uma legislação específica no Brasil. [Monografia]. João Pessoa: FESP, 2019.

PEIXOTO, A.C.F. **Regulação da internet**: os desafios do Estado desenvolvimentista para a construção de um ambiente competitivo, inovador e democrático no espaço digital. 2014. 194 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito Universidade de São Paulo, São Paulo.

PINHEIRO, P.P. **Direito digital**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Maria Eduarda Moraes da. **Internet, Navegação, Navegadores e Pesquisa**. 2017. *In*: Coordenação regional de tecnologia na Educação. NRE: Telêmaco Borba.

TWY, Carol. **Os 4 pilares do marketing digital para pequenas empresas**. 2016. Disponível em: <<http://www.blogmidia8.com>>. Acessado em: 18.03.2022.

VOGT, Jackson Leandro. **Direito cibernético**: análise da legislação penal e a convenção de Budapeste. [Monografia]. Santa Rosa: UNIJUI, 2017.