

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO v. 1079

(Ano XIV)

(09/04/2022)

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, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



A ilegal negativa de recursos contra as manifestações punitivas surgidas dos processos administrativos disciplinares

Adel El Tasse, 07.

ARTIGOS

Os termos da Súmula 265 do Superior Tribunal de Justiça

Paulo Figueiredo Fonseca Lima, 11.

Fronteiras legais: mídia e acontecimentos penitenciários

Giliarde Benavinto Albuquerque Cavalcante Virgulino Ribeiro Nascimento e Gama, 25.

Uma análise do processo de ressocialização dos condenados por crimes no estado do Tocantins através do mercado de trabalho

Fernanda Cardoso Rodrigues, 39.

O impacto da LGPD na sociedade e os problemas causados pela coleta ilegal e manipuladora de dados pessoais

Ana Paula Vieira Furlanetto, 57.

O direito de arrependimento e seus desdobramentos perante o Código de Defesa do Consumidor

Nilson Costa Souza, 71.

Da inconstitucionalidade de processo administrativo sigiloso instaurado por agência reguladora

Paulo Figueiredo Fonseca Lima, 86.

Entendendo Concurso Público

Benigno Núñez Novo, 99.

Mediação judicial para recuperação de empresas – Experiências anteriores e as alterações legislativas da Lei nº 11.101/2005

Talita Delfino Mangussi e Souza, 123.

A aplicação do princípio da legalidade no direito penal pelos Tribunais Superiores brasileiros

Jéssica Cavalcanti Barros Ribeiro e Guilherme Sabino Nascimento Sidrônio De Santana, 137.

Uma análise dos efeitos previdenciários decorrentes dos contratos de trabalho nulos firmados pela Administração Pública

Juliana Barreto de Carvalho Amorim, 159.

Limites constitucionais da liberdade de expressão: fake news

Suesley Alves Correia, 168.

Função social da empresa e soluções extrajudiciais

Talita Delfino Mangussi e Souza, 179.

Violência doméstica contra crianças e adolescentes em tempos de pandemia

Fausta Vanessa Pereira dos Santos Silva, 201.

O casamento no âmbito do direito internacional privado brasileiro

Rebeca Carvalho da Silva e Maria Eveline Queiroz de Lima, 217.

Do controle de constitucionalidade - A abstrativização do controle difuso

Luis Paulo Rocha Cardoso, 230.

O enfrentamento do tráfico de drogas e a política nacional de combate as drogas

Joeberth de Carvalho Rodrigues, 240.

A ILEGAL NEGATIVA DE RECURSOS CONTRA AS MANIFESTAÇÕES PUNITIVAS SURGIDAS DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES

ADEL EL TASSE: Mestre e Doutor em Direito Penal. Professor de Direito Penal em cursos de graduação e pós-graduação. Professor na Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Coordenador do Núcleo de Estudos Avançados em Ciências Criminais. Autor de livros e artigos publicados em livros, revistas e periódicos.

Não há sensível discussão sobre a natureza dos processos administrativos disciplinares, pois, ao regular parte do exercício do poder punitivo do Estado, é certo que possuem características próprias do processo penal, afinal, não é a opção legislativa em estruturar determinada manifestação do poder punitivo em um ou outro ramo do direito que desnatura sua essência.

As manifestações punitivas experimentadas no âmbito administrativo disciplinar podem se constituir em algumas das mais gravosas punições manifestadas pelo Estado brasileiro, como, por exemplo, a punição de demissão, na medida em que priva a pessoa dos meios mínimos de subsistência, importando indireta perda dos recursos canalizados para o sistema próprio de previdência, entre outras consequências de gravidade ímpar.

Em um paralelo, basta verificar que o próprio Direito Penal prevê a pena de proibição do exercício de cargo público, mas de forma temporária, somente chegando ao nível extremo de estabelecer a perda definitiva do cargo público, na condenação à pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos ou, quando o crime for praticado com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública, sendo a pena superior a 1 (um) ano.

Em outras palavras, as consequências da punição administrativo-disciplinar podem ser de gravidade equivalente ou até mesmo superior às experimentadas por alguém condenado pela prática crime no âmbito penal, o que faz, insustentável o afastamento dos direitos e garantias limitadores do poder punitivo, do âmbito administrativo disciplinar.

Há que se ter claro que ao serem disciplinadas garantias processuais em favor do acusado no processo penal, estas se estendem de forma linear ao processo administrativo disciplinar, por ser ele também, como já referido, manifestação do poder punitivo, com possibilidade de sua presença em grau elevado.

Nesse sentido, equívoco recorrente é o de negar o direito de recurso para as pessoas processadas no âmbito administrativo disciplinar, pois, referido expediente confronta diretamente com o sentido axiológico da Constituição Federal e com o item h do artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José - Costa Rica).

Dois momentos são particularmente problemáticos em relação aos recursos no âmbito administrativo disciplinar, um quando diante de ato decisório praticado na etapa de instrução e, outro, quando há o julgamento de mérito, por agente que possui competência delegada.

A despeito de forma tendência hermenêutica na Administração Pública brasileira, inclusive pelos órgãos disciplinares da Advocacia Pública, no sentido de que em ambas as hipóteses é incabível recurso, a verdade é ser referida exegese insustentável, sob ótica constitucional, da hierarquia das normas e do modelo democrático de Estado.

O primeiro ponto é a evidente confusão que se tem feito entre atos instrutórios e atos decisórios praticados durante a instrução. Quando o recurso é negado contra atos como o indiciamento e diferentes decisões praticadas durante a instrução, em regra, o argumento utilizado é o não cabimento de recurso contra ato instrutório, retórica de puro caráter sofístico, pois, produz confusão entre ato instrutório e ato decisório na etapa de instrução processual, para, ao final, cercear direitos do acusado.

Os atos instrutórios, conforme lecionam CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER, no clássico, Teoria Geral do Processo, são atos que tem o objetivo de trazer provas ao processo, por exemplo, juntada de documento; a colheita de depoimentos ou a realização de inspeções. Por outro lado, na etapa de instrução podem ser praticados atos decisórios, quando eles não objetivam a constituição da prova do processo, mas produzem consequências para as partes.

Em verdade, nada mais ultrapassado que pensar não existirem atos decisórios na etapa de instrução, quando diante de um momento no qual o processo penal debate e se descortina para o juiz de garantias, que, em breves considerações, justamente visa, em uma etapa estritamente instrutória, preservar no conteúdo decisório, as garantias do acusado.

Assim, havendo, no processo administrativo disciplinar, atos decisórios na etapa de instrução, não pode ser negada a possibilidade de reavaliação recursal da matéria, na medida em que, há possibilidade de geração de prejuízos para o acusado, por exemplo, os que surgem da negativa da produção de determinada prova ou mesmo da lavratura de termo de indiciamento.

Quanto ao ato de julgamento, ao final do processo, por vezes a autoridade julgadora atua com poderes delegados da autoridade superior e nestes casos, de forma absolutamente equivocada e inconstitucional, tem havido entendimento de que não cabe recurso algum da decisão, pois, o ato praticado já seria por delegação da própria autoridade a quem caberia o julgamento do recurso.

Ocorre que, o princípio do duplo grau de jurisdição deve ser entendido em viés constitucional mais generalizante, na medida em que fixa, em matéria processual, uma das balizas do próprio estágio civilizatório da humanidade, a ponto de estar expressamente previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como, em todos os documentos internacionais de preservação humanitária.

Assim, um processo somente encontra respaldo constitucional, dentro do atual estágio civilizatório, se a pessoa tem a possibilidade de, ao menos uma vez, recorrer da decisão que lhe seja desfavorável.

Esse conteúdo é tão importante que no julgamento da Ação Penal 470 (mensalão), o Supremo Tribunal Federal com acurado cuidado de preservação das bases constitucionais, concedeu natureza recursal aos embargos apresentados, justamente por ser o pleno do Pretório Excelso, a primeira e última instância de julgamento, o que implicaria ausência de possibilidade recursal, algo inaceitável dentro do arcabouço legislativo existente e do atual estágio civilizatório.

Tentar construir a hermenêutica, no âmbito administrativo disciplinar, de que a existência de uma portaria a delegar poderes de julgamento, está a impedir a habilitação da via recursal, equivale, em uma imagem retirada do pensamento popular, ao “cão abanar o próprio rabo”, pois, deixada de lado a roupagem que esconde a verdade, o que está sendo afirmado é somente ser a Constituição Federal e os documentos internacionais de Direitos Humanos válidos, se estiverem em acordo com as Portarias editadas pelos detentores de cargo de comando e chefia no serviço público brasileiro.

Com efeito, as construções interpretativas negativas do acesso recursal aos acusados no processo administrativo disciplinar, são insustentáveis, pois inconstitucionais e confrontantes com os pactos e tratados de Direitos Humanos, dos quais o Brasil é signatário, escondendo sob a retórica de que deseja impedir intervenções nos trabalhos processantes, forte espírito autoritário, lastreado no conceito da infalibilidade humana e de que pequenos grupos ou corporações devam ter controle absoluto sobre o poder punitivo internamente habilitado no Estado brasileiro.

Nessa toada, vale lembrar que no atual cenário global, os recursos, nos diferentes processos, são garantias da sua própria validade, a partir justamente da premissa

da falibilidade humana e do aprimoramento decisório, com a crescente racionalização, quando há reanálise da matéria debatida em âmbito recursal.

Apenas em tiranias não existem recursos, pois, então, a vontade de quem tem poder é absoluta, em consequência, não há porque ser aprimorada ou racionalizada. Fora disso há democracias e estas aprimoram-se continuamente, racionalizando os conflitos, evoluindo nas decisões e filtrando o máximo possível as manifestações do poder punitivo, independente do âmbito em que se apresentem.

OS TERMOS DA SÚMULA 265 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PAULO FIGUEIREDO FONSECA LIMA:

Graduado pela Universidade Estácio de Sá. Advogado. Pós-graduado em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

Resumo – a aplicação de medidas socioeducativas possui como fundamento a acolhida do adolescente para que, em ambiente adequado, possa reestabelecer o curso de seu desenvolvimento em momento único da vida. O debate acerca do fundamento punitivo é intenso, mas fato é que não é possível ignorar sua função ressocializadora e educativa. No curso da execução são várias as situações em que pode se encontrar o adolescente, sendo a reclassificação de sua situação uma destas hipóteses. No tocante a substituição de medida socioeducativa o Superior Tribunal de Justiça sentiu por bem editar enunciado de súmula de nº 265 em que determina a necessidade de contraditório nesse procedimento.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direito Processual Civil. Direito da Criança e do Adolescente. Medidas socioeducativas. Adolescente em confronto com a lei. Ato infracional análogo a crime. Regressão e substituição. Contraditório e ampla defesa.

Sumário – Introdução. 1 Breve introdução ao histórico evolutivo do Direito da Criança e do Adolescente. 2 Dos princípios aplicáveis as medidas socioeducativas. 2.1 Da dualidade da finalidade punitiva e da finalidade pedagógica. 2.2 Plano individual de atendimento. 3 Dos termos da Súmula 265 do Superior Tribunal de Justiça. 3.1 Oitiva. 3.2 Menor infrator. 3.3 Regressão. Conclusão

INTRODUÇÃO

O presente artigo procura esclarecer os termos do enunciado de súmula 265 do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula 265 – É necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida socioeducativa.

O enunciado procura estabelecer o requisito de observância do contraditório quando da determinação de regresso em aplicação de medida socioeducativa. Porém, como se verá adiante, engana-se, *data venia*, o Superior Tribunal de Justiça no que toca o uso da terminologia empregada.

Não se trata de preciosismo jurídico, já que é notória a utilização de precedentes e enunciados de súmula como fonte de interpretação do Direito. Em que pese crítica a essa utilização, já que em tese os enunciados de súmula devem ser lidos à luz dos

casos que serviram para sua edição, de forma restritiva portanto, fato é que a prática jurídica mostra que tais dispositivos normativos são aplicados de forma ampla em casos distintos dos originais.

Logo, evidente o interesse em compreender mais precisamente os termos jurídicos empregados pelo Superior Tribunal de Justiça, à luz do microssistema normativo de aplicação de medidas socioeducativas à adolescente em conflito com a lei: Lei 8.069/90; Lei 12.594/12; Resolução 113/06 do CONANDA; e Resolução 119/06 do CONANDA.

1 BREVE INTRODUÇÃO DO HISTÓRICO EVOLUTIVO DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

No cenário internacional, em especial após a primeira e segunda guerras mundiais (1918/1945), ocorreu alteração de paradigma no campo jurídico, que orientou a reformulação de todo o ordenamento.

Vários documentos internacionais foram desenvolvidos a finalidade de promover a proteção dos direitos humanos, nomeadamente aqueles que envolviam o direito da criança e do adolescente (Declaração de Genebra de 1924, Declaração Universal dos Direitos Humanos, Convenção Americana sobre os Direitos Humanos).

Chegou-se à conclusão de que uma sociedade justa e solidária dependeria de uma atenção maior ao desenvolvimento integral de toda criança e adolescente. Rompeu-se com a doutrina anterior da situação irregular, segundo a qual só mereciam proteção o carente, o abandonado e o infrator.

Esse rompimento, em nosso país, ocorreu com o advento da Constituição Republicana de 1988. Estava em vigor, até esse momento, o denominado Código de Menores (Lei n. 6.697/79). Incidia, em especial, ao menor em situação irregular. Nessa toada, a criança e o adolescente eram tratados, pela legislação e órgãos públicos, como objetos de tutela.

Com o advento da Constituição da República, cria-se um novo vértice normativo e interpretativo no art. 227¹, o de que a infância e a juventude têm de ser tratadas com absoluta prioridade e proteção, tornando o Código de Menores incompatível

¹BRASIL. Constituição Federal da República de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 23 mar. 2022.

com a nova ordem constitucional. O Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90² – é editado então pensando na alteração desse paradigma.

Art. 227. 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.

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

O legislador infraconstitucional passa a adotar expressamente a doutrina da proteção integral.

As crianças e os adolescentes, de objeto de tutela, transformam-se em sujeitos de direito, desde seu nascimento, garantido o acesso a diversos direitos fundamentais por meio da aplicação direta e não restringível de disposições constitucionais.

2 DOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Inicialmente cumpre esclarecer que independentemente de rol expresso da Lei do SINASE, os princípios gerais do ECA³ (inclusive aqueles relacionados às medidas de proteção) são aplicáveis a todos os institutos jurídicos que versem sobre direitos da criança e do adolescente.

Art. 100. Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas: (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)
Vigência

I – condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos:

² _____. Lei nº 8.069/90. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em 23 mar. 2022.

³ _____. Lei nº 8.069/90. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em 23 mar. 2022.

crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

II – proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

III – responsabilidade primária e solidária do poder público: a plena efetivação dos direitos assegurados a crianças e a adolescentes por esta Lei e pela Constituição Federal, salvo nos casos por esta expressamente ressalvados, é de responsabilidade primária e solidária das 3 (três) esferas de governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidades não governamentais; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

IV – interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

V – privacidade: a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente deve ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

VI – intervenção precoce: a intervenção das autoridades competentes deve ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

VII – intervenção mínima: a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

VIII – proporcionalidade e atualidade: a intervenção deve ser a

necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

IX – responsabilidade parental: a intervenção deve ser efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o adolescente; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

X – prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isso não for possível, que promovam a sua integração em família adotiva; (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017)

XI – obrigatoriedade da informação: a criança e o adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e capacidade de compreensão, seus pais ou responsável devem ser informados dos seus direitos, dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como esta se processa; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

XII – oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

Por sua vez a Lei do SINASE elenca os seguintes princípios expressos:

Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios:

I – legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto;

II – excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos;

III – prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas;

IV – proporcionalidade em relação à ofensa cometida;

V – brevidade da medida em resposta ao ato cometido, em especial o respeito ao que dispõe o art. 122 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);

VI – individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente;

VII – mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida;

VIII – não discriminação do adolescente, notadamente em razão de etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou status; e

IX – fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo.

No que toca aos princípios acima expostos, faz-se pertinente destacar alguns pontos específicos da execução de medidas socioeducativas.

2.1 DA DUALIDADE DA FINALIDADE PUNITIVA E DA FINALIDADE PEDAGÓGICA

Historicamente, como tratado no capítulo introdutório, crianças e adolescentes em perigo e perigosos eram tratados como objeto de tutela, ou seja, a finalidade social das ações interventivas se sobrepujam aos interesses individuais dessas pessoas em especial estágio de desenvolvimento.

A ideia de supervalorização da finalidade pedagógica autoriza regressar ao modelo de objeto de tutela, ao invés do modelo de sujeito de direito. Considerando a medida socioeducativa um bem-estar ao adolescente perigoso, fundamenta-se restrições a direitos fundamentais (liberdade, expressão, associação) como medida curativa e essencial.

Termina, essa linha de raciocínio, em reanimar a doutrina da situação irregular, em que os interesses individuais da criança e adolescente são reificados sob a justificativa de favorecimento pela intervenção estatal.

A finalidade pedagógica é, sim, importante, mas não é preponderante, tampouco sustenta, sozinha, a manutenção de uma medida socioeducativa, sob pena de subversão do princípio da proteção integral e da prioridade absoluta em prejuízo daqueles que deveria beneficiar.

2.2 PLANO INDIVIDUAL DE ATENDIMENTO

O Plano Individual de Atendimento (doravante PIA) destina-se ao cumprimento das medidas socioeducativas, em regime de prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade ou internação, contemplando a participação dos pais ou responsáveis, os quais têm o dever de contribuir com o processo ressocializador do adolescente, sendo esses passíveis de responsabilização administrativa, nos termos do art. 249 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), civil e criminal⁴.

O PIA será elaborado sob a responsabilidade da equipe técnica do respectivo programa de atendimento, com a participação efetiva do adolescente e de sua família, representada por seus pais ou responsável.

Segundo a Lei do SINASE, deve constar no PIA: os resultados da avaliação interdisciplinar; os objetivos declarados pelo adolescente; a previsão de suas atividades de integração social e/ou capacitação profissional; atividades de integração e apoio à família; formas de participação da família para efetivo cumprimento do plano individual; e as medidas específicas de atenção à sua saúde⁵.

Por fim, vale ressaltar que a realização da finalidade do PIA é motivo expresso para extinção da medida socioeducativa, sendo o PIA o eixo central da execução da medida, do início ao fim.

3 DOS TERMOS DA SÚMULA 265 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diz o enunciado de súmula 265 do STJ: "É necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida sócio-educativa."

São termos que serão destacados para análise: oitiva; menor infrator; regressão.

3.1 OITIVA

Conforme já narrado tanto o ECA como o SINASE possuem diversos princípios expressos aplicáveis às medidas socioeducativas, de forma específica ou por se trata de princípios gerais do sistema normativo de proteção à infância e juventude.

⁴ _____. Lei nº 8.069/90. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em 23 mar. 2022.

⁵ _____. Lei nº 12.594/12. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm> Acesso em 23 mar. 2022.

Contudo, a oitiva do adolescente nada mais é do que expressão do princípio constitucional do contraditório e ampla defesa. Não seria razoável esperar do judiciário postura passiva de apenas ouvir o adolescente submetido a medida socioeducativa. Deve ser oportunizado o acompanhamento por defesa técnica e caso não a presente, nomeado curador especial ou defensor dativo, a depender da situação.

Vale ressaltar, a necessidade de oitiva do adolescente para que seja decretado o regresso da medida não significa que este não possa ser apreendido e, somente após esse ato imediato de contenção, seja então apresentado à autoridade judicial.

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO DELITO DE ROUBO QUALIFICADO. INTERNAÇÃO. PROGRESSÃO PARA A SEMILIBERDADE. EVASÃO POR DUAS VEZES. EXPEDIÇÃO DEMANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. POSSIBILIDADE. REGRESSÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. OITIVA PRÉVIA DO MENOR. SÚMULA 265 STJ. HIPÓTESE DIVERSA. ADOLESCENTE NÃO APREENDIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA. I. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a decretação de internação de adolescente que se encontrava cumprindo medida de semiliberdade, por consistir em regressão da medida socioeducativa, requer a prévia oitiva do menor infrator. Súmula nº 265 do STJ. **II. A expedição de mandado de busca e apreensão para fins de localizar e trazer ao Juízo o adolescente que não se apresenta espontaneamente está embasado no art. 184, § 3º, do ECA, sendo que, após sua apreensão, deverá ser designada audiência especial, para que o menor apresente suas justificativas, a partir das quais a Autoridade Judiciária estará apta a analisar a necessidade de alteração da medida socioeducativa imposta ao paciente.** III. Não havendo notícias de que o paciente tenha sido apreendido depois de sua segunda fuga, não há que se falar em ofensa ao disposto na Súmula nº 265/STJ, por não ter sido determinada a regressão da medida socioeducativa de semiliberdade sem sua prévia oitiva, não se vislumbra o constrangimento ilegal apontado. IV. O que a Súmula nº 265/STJ prescreve é que não seja determinada a regressão da medida socioeducativa antes de se dar oportunidade ao adolescente de se justificar acerca de seus atos, o que, por outro lado, não impede a expedição de mandado de busca e apreensão em desfavor daquele que não se apresenta

espontaneamente, tampouco obsta a regressão da medida quando, mesmo determinada a oitiva do adolescente, o ato não se realiza por motivos a ele atribuíveis” (HC 236650/RJ, DJe 01/08/2012).

Ou seja, a Súmula “fala” menos do que deveria. Não apenas dá a entender que trata-se de mera oitiva (o que não é), bem como sobre seu enunciado pesa divergência no que toca o momento da oitiva, prevalecendo que sua realização após o mandado de busca e apreensão não viola a garantia do contraditório e ampla defesa.

3.2 MENOR INFRATOR

“Menor infrator” é termo reducionista. Ao mesmo tempo que não esclarece se apenas adolescente é “menor”, também o equipara a infrator, em evidente regresso à nomenclatura do Código de Menores⁶.

Art. 1º Este Código dispõe sobre assistência, proteção e vigilância a menores:

I – até dezoito anos de idade, que se encontrem em situação irregular;

II – entre dezoito e vinte e um anos, nos casos expressos em lei.

Atualmente a infância e juventude é segregada em mais de um momento temporal distinto. De forma genérica são reconhecidos dois grandes marcos temporais para fins jurídicos: criança, com menos de 12 anos completos e adolescente dos 12 anos completos aos 18 anos incompletos.⁷

Art. 2º 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.

Após essa data inicia-se a vida adulta, com responsabilidade criminal, inclusive.

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

⁶ _____. Lei nº 6.697/79. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm> Acesso em 23 mar. 2022.

⁷ _____. Lei nº 8.069/90. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em 23 mar. 2022.

Por sua vez, os marcos psicológicos do desenvolvimento possuem momentos distintos, com efeitos jurídicos mais específicos. Podem ser classificados como marcos temporais relevantes na vida da pessoa natural: a primeira infância; a infância da criança; a adolescência; a juventude; a vida adulta; a velhice; e a proteção especial aos idosos de maior idade.

A primeira infância se inicia com o nascimento e termina 6 anos ou 72 meses de vida, se acordo com a Lei 13.257/16.⁸

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se primeira infância o período que abrange os primeiros 6 (seis) anos completos ou 72 (setenta e dois) meses de vida da criança.

Como já referido a infância finaliza aos 12 anos e a adolescência aos 18 anos de idade. A juventude perdura dos 15 anos até os 29 anos de vida, na forma da Lei 12.852/13.

Art. 1º Esta Lei institui o Estatuto da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude – SINAJUVE.

§ 1º Para os efeitos desta Lei, são consideradas jovens as pessoas com idade entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos de idade.

A vida adulta se inicia aos 18 e perdura até os 59, quando então se inicia a velhice (ou vida idosa), dos 60 em diante, com especial proteção conferida aos maiores de 80 anos, na forma do Estatuto do Idoso⁹.

Art. 1º É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Art. 3º - § 2º Dentre os idosos, é assegurada prioridade especial aos maiores de oitenta anos, atendendo-se suas necessidades sempre preferencialmente em relação aos demais idosos.

Vale ainda esclarecer que o ECA é aplicável a quem possui até 21 anos, em casos específicos, incluído o regime de medidas socioeducativas. Tal determinação legal

⁸ _____. Lei nº 13.257/16. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm> Acesso em 23 mar. 2022.

⁹ _____. Lei nº 10.741/03. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm> Acesso em 23 mar. 2022.

foi encampada pela jurisprudência do STJ, resultando inclusive em entendimento sumulado nesse sentido.

Art. 2º Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

Súmula nº 605 – A superveniência da maioridade penal não interfere na apuração de ato infracional nem na aplicabilidade de medida socioeducativa em curso, inclusive na liberdade assistida, enquanto não atingida a idade de 21 anos.

Nota-se que o legislador procurou estabelecer organização própria para a incidência de direitos e garantias de acordo com a idade. Logo, a definição jurídica do que é um “menor infrator” é de extrema importância.

Caso adotada interpretação literal do termo “menor”, resta sem sentido a Súmula 605 do STJ, e inaplicável o ECA aos maiores de 18 anos.

Fato é que a intenção do STJ e a jurisprudência que aplica a Súmula não têm sido no sentido de afastar o ECA dos maiores de 18 e menores de 21, porém é inegável que o termo apresenta equívoco científico e merece revisão. Em especial no regime protetivo do ECA, à luz da evolução pós CR/88, a terminologia empregada carrega alta carga valorativa que merece a devida atenção.

3.3 REGRESSÃO

A primeira celeuma que surge é: o que é regressão? De acordo com a doutrina especializada em Direito Processual Penal, regressão de regime ocorre quando o condenado retorna a regime mais gravoso que o atualmente determinado. Portanto, em tema de Execução Penal, a regressão ocorre entre regimes, autorizada inclusive a regressão *per saltum*.

O regime de aplicação dos institutos de direito processual penal às medidas socioeducativas obedece ao princípio da legalidade previsto na Lei do SINASE, ou seja, não pode o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto.

Tal princípio não significa a aplicação integral e irrestrita da Lei de Execução Penal aos adolescentes em conflito com a lei, tratando-se, na verdade, de limite máximo de aplicação de disposições próprias previstas na Lei do SINASE. Ou seja, o que quer que o SINASE determine, tal definição encontra limite no instituto respectivo de direito processual penal.

Isso significa que os institutos de execução de medida socioeducativa menos gravosos independem do princípio da legalidade.

No caso da execução de medida socioeducativa o eixo de cumprimento é o PIA, como já referido. Logo, cumprido o PIA, ainda que parcialmente, não há que se falar em regresso a medida mais gravosa.

Diante desses argumentos duas correntes se formam: pela possibilidade de regressão de medida menos gravosa para medida mais gravosa; e pela impossibilidade de regressão de medida socioeducativa, ressalvada apenas a chamada internação sanção.

Na jurisprudência aponta como corrente majoritária a possibilidade de regressão de medida socioeducativa, sendo a Súmula em atual análise a síntese dessa compreensão.

A determinação de regressão de medidas reclama a oitiva do menor-infrator, para que se manifeste a respeito do descumprimento da medida de semiliberdade originariamente determinada e que deu causa a regressão à medida de internação mais rigorosa, em observância ao caráter educacional de exceção da legislação incidente e ao princípio constitucional da ampla defesa. (HC 11302 SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 08/02/2000, DJ 20/03/2000).

Porém, desponta na doutrina especializada e em algumas instituições essenciais à justiça entendimento diverso.

Tese Institucional n.º 21 da DPE-SP: "É ilegal, no curso da execução, substituir-se medida mais branda pela internação ou semiliberdade com limite máximo de três anos".

A leitura conjunta e sistemática do regime normativo do PIA como eixo de execução, seu cumprimento como forma de extinção das medidas socioeducativas e a internação-sanção como hipótese excepcional de medida de internação limitada ao prazo máximo de 3 meses, determina que o instituto da regressão não se coaduna com a execução de medidas aplicadas ao adolescente em conflito com a lei.

Não havendo regressão no sistema do ECA e SINASE conclui-se que atingida a finalidade do PIA, deve ser extinto o processo, salvo cumprimento parcial.

Tese Institucional n.º 119 da DPE-SP: "A Lei n.º 12.594/2012 não estabelece um sistema progressivo de cumprimento de medidas socioeducativas, somente podendo as mais gravosas ser

substituídas por medidas mais brandas, em vez de determinar-se a extinção do processo de execução, quando as metas do Plano Individual de Atendimento não forem integralmente atingidas durante o prazo máximo de reavaliação, por conduta atribuível ao adolescente, e a finalidade socioeducativa remanescente estiver devidamente caracterizada no relatório conclusivo da entidade de atendimento”.

Novamente, vale ressaltar que esse entendimento não obsta a internação sanção como medida excepcional, sem, contudo, justificar a existência do regime da regressão.

CONCLUSÃO

Percebe-se, portanto, que o enunciado de Súmula 265 do Superior Tribunal de Justiça, em que pese de grande valia acerca da aplicação efetiva do contraditório e ampla defesa, peca ao utilizar terminologia inadequada e ao cancelar a regressão de regime socioeducativo.

As medidas socioeducativas servem única e exclusivamente no interesse da pessoa em especial estágio de desenvolvimento. Reconhecer que o Plano Individual de Atendimento está cumprido é reconhecer que seu interesse foi atendido. Ressalte-se que essa compreensão deve ser aplicada também para o cumprimento parcial do PIA.

Logo, autorizar a regressão da medida é supervalorizar a finalidade educacional em detrimento do interesse do adolescente, bem como flagrante violação ao devido processo legal, na medida em que será imputado a novo ato medida socioeducativa gravosa sem representação específica do Ministério Público.

Em que pese a jurisprudência pacífica em aplicar a regressão de regime ao processo de execução do SINASE, tem-se que o controle rigoroso do PIA por equipe interdisciplinar e participação ativa dos demais atores processuais (incluído o magistrado) atende de forma mais satisfatória a reeducação e ressocialização do adolescente, em vez de simples agravamento de sua situação.

A complexidade do sistema normativo no que tange os marcos especiais de desenvolvimento de crianças, adolescentes e jovens adultos importa em reconhecer que a importação desmedida de institutos típicos da execução penal é violação grave ao atual regime da proteção integral.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal da República de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 23 mar. 2022.

_____. Lei nº 6.697/79. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm> Acesso em 23 mar. 2022.

_____. Lei nº 8.069/90. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em 23 mar. 2022.

_____. Lei nº 10.741/03. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm> Acesso em 23 mar. 2022.

_____. Lei nº 12.594/12. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm> Acesso em 23 mar. 2022.

_____. Lei nº 12.852/13. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12852.htm> Acesso em 23 mar. 2022.

_____. Lei nº 13.257/16. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm> Acesso em 23 mar. 2022.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Curso de Direito da Criança e do Adolescente. 11ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ISHIDA, Válder Kenji. Estatuto da Criança e do Adolescente – Doutrina e Jurisprudência. 21ed. Bahia: Juspodivm, 2021.

FRONTEIRAS LEGAIS: MÍDIA E ACONTECIMENTOS PENITENCIÁRIOS

**GILIARDE BENAVENTO ALBUQUERQUE CAVALCANTE
VIRGULINO RIBEIRO NASCIMENTO E GAMA:**
*Doutorando em Desenvolvimento Regional – UFT e Prof.
de Direito na Universidade Estadual do Tocantins*

RESUMO: As narrativas jornalísticas causam efeitos sobre o corpo social que tem sido objeto de pesquisas em todo o Globo. É dizer, até onde os fundamentos e dirigentes da atividade jornalística são inquestionáveis ou questionáveis no voltado à sua percepção crítica e responsável no desenvolvimento das instituições democráticas no Brasil? Para perquirir o objetado, far-se-á pesquisa qualitativa, documental e bibliográfica a fim de debater a formação do produto notícia valorado em crítico espaço de segregação humana com vistas a melhor compreender os efeitos do dito e do não dito das narrativas analisadas.

Sumário: 1 – Introdução. 2 – Narrativa Jornalística: acontecimento, discurso, dito e não dito. 3 – Ordenação Metodológica. 4 – Análise do dito e do não dito. 5 – Considerações finais.

INTRODUÇÃO

As narrativas jornalísticas causam efeitos sobre o corpo social e vêm sendo objeto de pesquisas em todo o Globo. Não é diferente no Brasil, onde espaços historicamente de conflitos põem em xeque as bases éticas e científicas do Jornalismo.

É dizer, até onde os fundamentos e dirigentes da atividade jornalística são inquestionáveis ou questionáveis no voltado à sua percepção crítica e atenta ao bom desenvolvimento das instituições democráticas no Brasil?

Frente a isso, a pesquisa busca estudar, crítico-reflexivamente, o dito e o não dito em narrativas jornalísticas do Jornal do Tocantins no que se volta ao sistema carcerário do próprio Estado do Tocantins (Região Norte, Brasil).

Para tanto, far-se-á pesquisa qualitativa, documental e bibliográfica a fim de debater a formação do produto notícia valorado em crítico espaço de segregação humana com vistas a melhor compreender os efeitos do dito e do não dito das narrativas analisadas.

2. NARRATIVA JORNALÍSTICA: ACONTECIMENTO, DISCURSO, DITO E NÃO DITO

Prima facie, o acontecimento é o princípio da notícia jornalística, mas não anterior ao fato. Normalmente, refere-se a algo exterior ao indivíduo, contudo, arrimado a este para que assuma valor e sentido.

A relação acontecimento e indivíduo, sem embargo, baseia-se em fenômenos advindos da cultura e da história da sociedade. Demais, a relação acontecimento e sujeito pode transpor à coletividade, fornecendo a esta imagens da sua própria constituição ou das diferentes constituições de sociedades apartadas. Torna-se o acontecimento, nesse espectro, na relação intrincada com o indivíduo e a sociedade, ao que se percebe, valor midiático ou material de possível consumo repetitivo. O acontecimento, nessa esteira, é configurado em forma noticiável ou protagonizado na linguagem jornalística e se torna objeto de estudo dos *media* (ALSINA, 2009; BERGER e TAVARES, 2010).

É segmentário concluir que o acontecimento tem nascedouro, ocorrência (vida) e transcendência social (morte) numa dialética perene, ora ordenada, ora desordenada, espelhando-se na natureza, mas dependendo perceptiva e significativamente de um ser ou indivíduo assimilador, que interpreta o mundo (CHARAUDEAU, 2010).

Todo esse curso se dá em etapas: modificação, percepção e significação, o que recebe o nome de *processo evenemencial*. Estaria, assim, a linguagem cumprindo o papel, no processo, de transação do acontecimento do fenomenal para a existência significativa.

As palavras, sem especificar um código linguístico, são essenciais ao pensamento coletivo. Sem palavras, os indivíduos em sociedade não teriam memória. O pensamento social é memória formada de recordações coletivas dotadas de sentido, tomando as ideias corpo por meio de pessoas ou grupos de pessoas (BABO-LANÇA, 2013).

A laboração do curso discursivo-reflexivo à volta do grande tema “liberdade de imprensa” e suas variáveis histórico-constitucionais, tendo sido analisado o discurso jornalístico como produto da língua, da linguagem, da fala que destoam o fato, o acontecimento, põe-se em excerto de destacado impasse, seja no universo da Comunicação, seja no universo do Direito.

Aqui, busca-se entender encontros ou desencontros de vozes que possam levar as *narrativas jornalísticas* a travar conflitos com as aspirações éticas, constitucionais e/ou legais que ditam caminhos de exercício para a atividade de imprensa, mas que nem sempre são seguidos na via comunicacional.

Conhecimento objetivo e subjetivo de mundo, eis uma boa maneira de se falar de narrativa ou de buscar conceituá-la.

O mundo se dá sob diversas narrativas, da articulação da linguagem, da fala e da escrita *et cetera*. A narratividade está presente no jornalismo, servindo-lhe pela sucessão de acontecimentos reais ou fictícios que se ordenam para a formação do discurso.

O plano de fundo, observe, está na ideia de imitar, isto é, a capacidade de seleção de elementos linguísticos que hão de formar o fato a ser reportado. É, por natureza, o ato

de narrar um movimento do narrador para a construção do seu plano narrativo, nada mais sendo que a conjugação de elementos selecionados e que compõem o relato de pretensão enunciativa, sendo uma escolha intencional e expressão de sentido que se almeja alcançar (BARTHES, 2008; GENETTE, 1995).

O real só pode ser representado. O real se demonstra, logo, se representa. O real, às claras, acontece ou ocorre no mundo, *no hic et nunc* (aqui e agora). A narração possui meio e fim, estabelecendo limites para a narrativa de mundo.

O ato de narrar é a busca de reportar o fato à maneira como ocorre. Narrar é ato de realização e de irrealização. O irrealizar está nos limites entre o que se vive o que é narrado, esperando-se, por meio do ato de narrar, o afastamento do mundo real, logo, a irrealização. Está o real a acontecer em ação única, requerendo-se a presença do sujeito narrador (BARTHES, 2004; METZ, 2007).

Mas a visão dada à narrativa sob um plano de elementos linguísticos encartados, sólidos, e, de certo modo, estáticos, se amolda ao conceito moderno de narrativa?

Embora se espere do profissional a formar e conformar *narrativas jornalísticas* o ajustamento aos fatos aos acontecimentos tais como se dão, é consabido que a não-narrativa também compõe o discurso jornalístico, o que vem provocando reflexões acerca da questão.

Definir positivamente a narrativa é acreditar, talvez perigosamente, na ideia ou no sentimento de que a narrativa é *evidente*, de que nada mais é natural do que contar uma história ou arrumar um conjunto de ações em um mito, um conto, uma epopeia, um romance. A evolução da literatura e a consciência literária há meio século terão tido, entre outras felizes consequências, a de chamar a atenção, bem ao contrário, sobre o aspecto singular, artificial e problemático do ato narrativo. (GENETTE, 2008, p. 255.)

Vê-se em claro que o discurso se transfigura ante os elementos apresentados de maneira sucinta e não exploratória: língua, linguagem e fala.

Na década de 60, o estudo da língua por ela mesma, até então vigente, começa a se desestabilizar a partir de novas propostas teóricas. Surge a preocupação com o **funcionamento da linguagem em uso**, introduzem-se componentes pragmáticos e a dimensão social começa a fazer parte do estudo da língua com o objetivo de combater a perspectiva estruturalista que vigorava. Esse limiar dá

lugar ao **surgimento de diferentes práticas sob o rótulo de análise de discurso.** (MELO, 2009, p. 02, grifo nosso.)

O discurso, ou melhor, a análise do discurso ou do funcionamento da linguagem em uso numa dimensão social, ganha força histórica, conforme se expressou, em meados de 1960. É em razão dessa delimitação temporal pulsante que a atenção a processos de produção e interpretação da linguística surgem a demonstrar centros da atividade social, possibilitando-se observar o movimento da *societas* por meio da análise do discurso.

A fim de respeitar o curso lógico do debate cá proposto, vislumbrar-se-á a corrente dominante quanto à análise do discurso; fala-se das teorizações ocorridas na França por meio de Dominique Maingueneau, principal teórico desta pesquisa, e Michel Pêcheux e, dando continuidade aos estudos no Brasil, Eni de Lourdes Puccinelli Orlandi.

A ideia é discorrer sobre a linguagem e a sociedade ao tom da vertente francesa, pois é destacado que tal segmento busca compreender o sujeito e seu acatamento, na vez de emissor, a discursos sociais de instituição (jornalístico, filosófico, científico *et cetera*) confluindo os sentidos verbais ou não verbais presentes em textos, no caso, nas *narrativas jornalísticas* (MANHÃES, 2009).

Persegue-se o sentido em detrimento do conteúdo, inquirindo-se as semânticas, verbais e não verbais (*o dito e o não dito*), sem se ater a uma ordem de palavras, descrição ou meio de comunicação. Assim, a análise de discurso é técnica de exploração de relações envolventes da narrativa com a realidade social, explorando-se a produção daquele, o processo social de leitura e seus significados (CAREGNATO e MUTTI, 2006; CHIZZOTTI, 2010; MOZZATO e GRZYBOVSKI, 2011).

De forma entrelaçada aos autores clássicos da corrente francesa, Pêcheux (1990) vê o discurso como materialização ideológica. O sujeito se faz de depósito de ideologia, desprezando-se a íntima vontade, figurando a língua como processo de exteriorização do âmago das atividades das diversas esferas sociais.

Maingueneau (2005) define discurso como exposição de textos de cunho histórico que permite a notação de espaço de regularidade enunciativa. Opera-se o discurso como enunciação de outro discurso, encontrando-se o sujeito imerso num espaço de narrativas

Já para Orlandi (2002), o discurso e sua correlata análise faz imbricamento linguístico ao contexto sócio-histórico e ideológico, traçando a linguagem aos modos de produção social. Desta forma, o sujeito e a ideologia se articulam para a concepção discursiva.

Observa-se, das apresentações e definições breves, que o cerne da *Análise de Discurso* é a busca pela relação sujeito, linguagem, língua, fala (uso da linguagem) e

sociedade, numa linha de intersecção, objetivando o conhecer das manifestações humanas (relações de poder *et cetera*).

Ainda em Maingueneau (2005, p. 16), a paramentação do discurso vem com as seguintes terminologias: “como integralmente linguísticos e integralmente históricos; ideologia subjacente”.

Melhor dizendo, o teórico citado vê o discurso como formado de objetos dizíveis aos moldes do sistema de código de vinculação à língua e dizíveis ao tempo-espaço histórico. Visa-se a semântica geral, com um olhar para a força de sentidos do discurso.

3. ORDENAÇÃO METODOLÓGICA

Trata-se de pesquisa qualitativa, documental e bibliográfica.

Conforme maestria de Gil (2008), deve-se “[...] considerar que os documentos constituem fonte rica e estável de dados. [...] tornam-se a mais importante fonte de informações em qualquer pesquisa de natureza histórica.”

Ainda se apoiando em proposições de Gil (2008), a pesquisa bibliográfica é tida como aquela que utiliza de contribuições de autores e pensadores diferentes e, no caso da pesquisa documental, os materiais ainda não chegaram a receber um tratamento analítico, ou podem ser reelaborados nos termos da proposta de estudo.

A pesquisa, ratificando, fez-se sobre um conjunto de notícias do *Jornal do Tocantins* publicadas no ano de 2017 que tratavam de cenários críticos, especialmente de fugas de pessoas presas dos ambientes de encarceramento no Tocantins, observando-se o discurso jornalístico empregado. É a pessoa do preso o sujeito analisado nas *narrativas jornalísticas*, descrevendo-se as concepções dos discursos adotados nas vozes dos textos, e como tais disposições narrativas inter-relacionaram a imagem, a privacidade e a intimidade dos indivíduos noticiados.

À ordem, elegeu-se como critério de seleção de notícias, no ambiente virtual do *Jornal do Tocantins*, a expressão “*uso de imagem de pessoa presa*”, e, como critérios à exclusão de notícias eventualmente não atendidas pelos proêmios da pesquisa, assinalaram-se os seguintes, divididos em seis graus distintos. Senão, vejamos: a) **1º Grau** (*pessoas presas fora do Tocantins*); b) **2º Grau** (*sem identificação de rosto*); c) **3º Grau** (*baixa qualidade imagética*); d) **4º Grau** (*foto repetitiva*); e) **5º Grau** (*foto em preto e branco*); f) **6º Grau** (*foto com pessoa (s) de raça exclusivamente preta*¹⁰).

10 A nomenclatura “raça preta” é adotada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas – IBGE.

Assim, por meio do menu "buscar" localizado no sítio eletrônico do veículo jornalístico, informaram-se, inicialmente, os termos: "fuga de presos". Como resultado, encontraram-se 26 (vinte e seis) notícias.

Os dados encontrados, quando do uso da palavra-chave sobreposta, estão distribuídos, ano a ano, da seguinte forma: a) **2017: 26 (vinte seis) resultado.**

No estágio de adoção dos critérios de tratamento, na vez do critério de seleção das notícias (*uso de imagem de pessoa presa*), obtiveram-se: a) **2017: 04 (quatro) resultados.**

Já na aplicação dos critérios de **1º grau, 2º grau, 3º grau, 4º grau, 5º grau e 6º grau** de exclusão de dados desimportantes aos objetivos cravados de análise ante a presença de elementos outros a gravitar os principais que são de nítida e desejada inclinação crítica, atingiu-se o que se segue (critério a critério).

- I. Resultados pós aplicação do critério de **1º Grau** (*peças presas fora do Tocantins*) ano a ano: 1.3) **2017: 01 (uma) exclusão; e 1.7) Total: 01 (duas) notícias excluídas.**
- II. Resultados pós aplicação do critério de **2º Grau** (*sem identificação de rosto*) ano a ano: 2.3) **2017: 00 (zero) exclusão; 2.6) Total: 00 (zero) notícia excluída.**
- III. Resultados pós aplicação do critério de **3º Grau** (*sem qualidade imagética*) ano a ano: 3.3) **2017: 00 (zero) exclusão; e 3.7) Total: 00 (zero) notícia excluída**
- IV. Resultados pós aplicação do critério de **4º Grau** (*imagem repetitiva*) ano a ano: 4.3) **2017: 00 (zero) exclusão; e 4.7) Total: 00 (zero) notícia excluída.**
- V. Resultados pós aplicação do critério de **5º Grau** (*foto em preto e branco*) ano a ano: 5.3) **2017: 01 (uma) exclusão; e 5.7) Total: 01 (duas) notícias excluídas.**
- VI. Resultados pós aplicação do critério de **6º Grau** (*foto com pessoa (s) de raça exclusivamente preta*) ano a ano: 6.3) **2017: 01 (uma) exclusão; e 6.7) Total: 01 (duas) notícias excluídas.**

Estacionando-se na fase de combinação de dados levantados e excluídos em **1º grau, 2º grau, 3º grau, 4º grau, 5º grau e 6º grau**, chegou-se a 03 (três) notícias excluídas de 04 (quatro) notícias selecionadas. Em cálculo aritmético, obtiveram-se 01 (uma) notícia tida como apta à análise de discurso jornalístico e vetores oportunizados.

Pois bem, *infra*, ilustra-se tabela com os títulos dos documentos selecionadas no *Jornal do Tocantins* que, após tratamento, foram considerados aptos às discussões metodizadas.

Tabela 01: *Títulos compilados de notícias selecionadas após a aplicação dos critérios de tratamento (busca: fuga de presos; seleção: uso de imagem de pessoa presa; e exclusão: 1º Grau – pessoas presas fora do Tocantins/2º Grau – pessoas presas fora da unidade prisional/ 3º Grau – baixa qualidade imagética/4º Grau – foto repetitiva/5º Grau – foto em preto e branco/ 6º Grau – foto com pessoa (s) de raça exclusivamente preta).*

ANO DE 2017
Cinco detentos fogem de cadeia em Dianópolis – Jornal do Tocantins.
TOTAL
01 (um) título de notícia.

Fonte: elaborado pelo autor.

4. ANÁLISE DO DITO E DO NÃO DITO

Presentemente, dar-se-á início à análise de discurso, à materialidade do discurso, à ideologização na língua *et cetera*.

Os dados de *discursos jornalísticos*, nos quais se perquire principalmente *o não dito*, se fazem das notícias compiladas do *Jornal do Tocantins* (jornal *online*), fundado em 18 de maio de 1979 (JORNAL DO TOCANTINS, 2020).

Soma-se ao *modus operandi* da análise (busca pelo *não dito*, especialmente), a apresentação *do dito* e o exame *do não dito*. *O dito* é a reprodução fidedigna do texto da notícia selecionada, já *o não dito* é conquistado pela compreensão dos efeitos dos sentidos dos enunciados, requerendo exame distintivo. Ao *não dito*, visa-se os subentendidos discursivamente que porão às claras com identificação do sujeito, dos valores de que faz defesa, da classe de pertencimento, das posições políticas e ideológicas *et cetera*, tudo a possibilitar enxergar a materialidade e os mecanismos do discurso (histórico, social *et cetera*). À busca do *não dito*, também se somam fatores elementares da língua (coesão lexical, par semântico dos termos, figuras de linguagem etc.) que, igualmente, possuem

efeitos de direcionamento do autor-leitor (MAINGUENEAU, 2005; FREITAS, 1999; BRANDÃO, 2004).

Os documentos receberam o devido tratamento técnico-científico de seleção já apresentado na seção “Metodologia”. Por fim, informa-se que a notícia selecionada recebe tratamento em fotos e dados pessoais que caracterizam ou qualificam os sujeitos eventualmente noticiados em zelo à dignidade humana, à legislação pátria e ao fim científico.

“Cinco detentos fogem de cadeia em Dianópolis”

(JORNAL DO TOCANTINS, 2017).

4.1 O dito

Cinco detentos fogem de cadeia em Dianópolis

Agentes da unidade e a Polícia militar realizam buscas pelos fugitivos; até o momento ninguém foi recapturado

26/03/2017 – 14:43



Cinco detentos fugiram na madrugada de hoje na Casa de Prisão Provisória de Dianópolis, a 320 Km de Palmas. A informação foi confirmada pela Secretaria da Cidadania e Justiça (Seciju).

Conforme a secretaria, os presos serraram as grades da cela dois da unidade. Posteriormente, eles pularam o muro, que fica próximo à área para banho de sol da cadeia.

A Seciju informou que os agentes da unidade com o apoio da Polícia Militar (PM) fazem buscas pelos fugitivos. Até o momento nenhum preso foi recapturado.

Os foragidos são os detentos L. S. (alterado pelo autor), C. E. (alterado pelo autor), D. G. A. (alterado pelo autor), D. S. (alterado pelo autor) e N. P. (alterado pelo autor).

Segundo a pasta ainda, o local usado para a fuga está passando por reparos. A unidade irá abrir um Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD) para apurar a fuga.

4.2O não dito

a) Elementos interpositivos

O sujeito que fala? Oculto, que trata da evasão de 05 (cinco) pessoas presas da cadeia em Dianópolis - TO.

A quem se dirige? A toda a sociedade, advogados (a) (s), defensores (a) (s) públicos (a) (s), familiares de pessoas segregadas na respectiva unidade penal e, principalmente, àqueles que se afeiçoam a eventos de crise no sistema carcerário, ação policial e sensacionalismo de operação repressiva estatal.

O significado do que se fala? De plano, possui caráter informativo com marcas jornalísticas sensacionalistas sobre evasão de pessoas do sistema carcerário.

A razão pela qual se fala? Utilidade pública dos acontecimentos no sistema prisional, adotando o sensacionalismo como elemento de atração do público.

A maneira com que se fala? Mantém informativo de tom sensacionalista nas adoções discursivas, apresentando e reproduzindo dados dos eventos internos que precederam a fuga, bem como dados pessoais das pessoas presas que se evadiram da cadeia de Dianópolis.

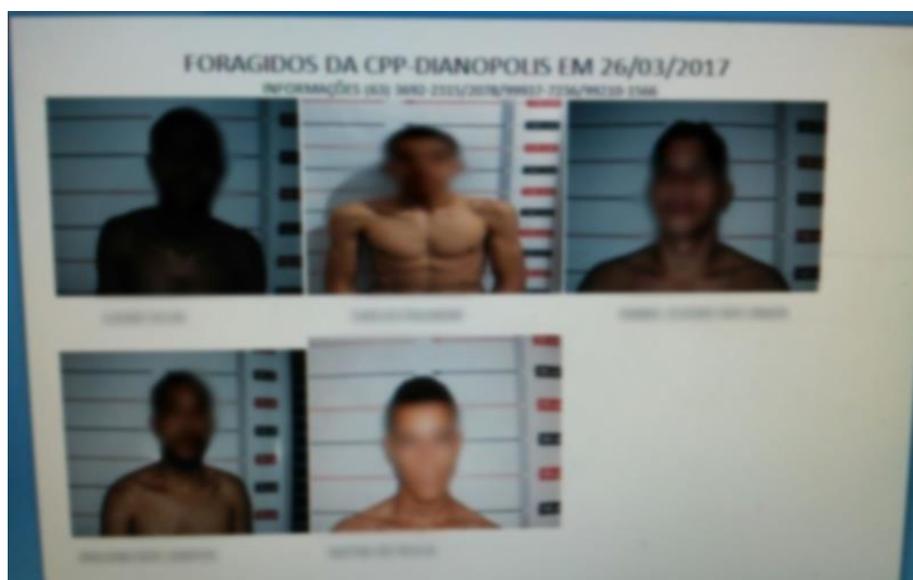
O público ouvinte? A sociedade em geral, especialmente familiares de pessoas presas sobre os quais recai inicial interesse de apreensão situacional e tratamento da realidade.

Qual instituição autoriza e justifica o discurso? A Secretaria da Cidadania e Justiça do Tocantins e Polícia Militar em Dianópolis - TO.

b) Elementos enunciativos

1° Enunciado selecionado

Significação literal:



Significação implícita: com o título "*foragidos da CPP – Dianópolis em 26/03/2017*", a pessoa enunciante divulga a imagem, constituída em ambiente carcerário, das 05 (cinco) pessoas que se evadiram. O termo "foragido" é de remissão histórica à clandestinidade, que alude a cenário de conflito e, portanto, chama a atenção da sociedade a eventualmente reprovar a conduta praticada.

A adoção terminológica "foragido", sem esclarecer se se trata de pessoa presa condenada ou não, possui efeito negativo à imagem humana, pois atribui-lhe fato ilícito administrativo e penal, claramente desonroso, entre os pares sociais. A considerar, mais uma vez, que, sem a certificação da natureza da prisão, atribui-se culpabilidade sem conhecimento de eventual processo penal público resultante em julgamento formador de édito condenatório pela culpabilidade, antecipando efeitos da pena (castigo, sofrimento, reprovação social *et cetera*).

Na imagem sob análise e de fonte desconhecida, têm-se nomes civis expressos e traços característicos das pessoas que se evadiram da unidade prisional, possibilitando claramente a individualização e identificação destes pelo corpo social e não,

especificamente, as autoridades públicas que farão adequado procedimento de recaptura dos envolvidos no ato evasivo. Referida decisão da pessoa enunciante é capaz de causar alguns outros efeitos sobre a pessoa presa evadida do cárcere, além das já discutidas a momento. Sobre esses outros efeitos, perfazem-se na vulnerabilidade público-social, na criminalização secundária e na identificação futura vinculada e maculada de imagem pujante ao tempo do ato, todas aptos a trazer consequências imediatas e mediatas que hão de atazanar os fins da pena, a reinserção social *et cetera* (BARATTA, 2002). Como pontuado, a foto de emprego na notícia não conta com fonte conhecida, o que atribui descrédito ao dado imagético.

2º Enunciado selecionado

Significação literal: *Os foragidos são os detentos L. S. (alterado pelo autor), C. E. (alterado pelo autor), D. G. A. (alterado pelo autor), D. S. (alterado pelo autor) e N. P. (alterado pelo autor).*

Significação implícita: repete-se no enunciado o sensacionalismo jornalístico com a menção direta aos nomes das pessoas presas que se evadiram, sem preocupação aos efeitos que o ato pode provocar na ordem pública.

A prática do Jornal sugere à sociedade em geral, pelo que se observa, que conheça, pratique ou corrobore para a recaptura, atribuindo à pessoa do povo responsabilidade social, pela prestação de informações à força policial ou, até mesmo, pela prisão recaptura.

Nada obstante, a atitude jornalística é inconsequente por comprometer a segurança da sociedade ainda mais, incentivando a prática de justiça pelas próprias mãos, bem como o juízo social de reprovabilidade que não ficará apenas sobre o fenômeno da fuga, mas sobre toda e qualquer situação futura em que estejam envolvidas as pessoas publicamente postas em marcante evento de descrédito social.

Mais uma vez, não se observa a confirmação quanto à condição prisional, se de pessoas já condenadas ou não. Se pessoas não condenadas, podendo ser consideradas não culpadas após o devido e esperado julgamento público de estabilização de efeitos jurídicos e legais, as sanções eventualmente atribuídas e possivelmente incentivadas pela mídia já estarão oportunizadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observou-se, de modo analítico em discursos de notícia específica do *Jornal do Tocantins*, a força de produção, oferta e divulgação de sentidos pelas narrativas formadas

frente à realidade de evasão de pessoas mantidas segregadas em unidades de pena ou provisoriedade.

As reflexões e os exames de práticas se voltaram para um fim íntimo a ambos os setores do saber anunciados (Comunicação e Direito), qual seja, direcionar as discussões para a preservação das atividades de jornais, noticiários e demais veículos ou meios institucionalizados ou empresariais de transmissão de informação para que atuem de forma segura, garantida, nas coberturas de acontecimentos penitenciários a bem do interesse público de fatos sociais relevantes, assim considerados no processo de tratamento técnico, ético e legal.

Inclinável a vigilância da estrutura do direito-dever à *liberdade de imprensa* ou imprensa para a sua continuidade hígida na República, pois, a depender do terreno de atuação, pode se divorciar dos fundamentos éticos, sociais e legais de instituição, consolidação e estabilidade, permitindo, a prejuízo próprio, discussões que pairam sobre a condigna e legítima performance de veículos jornalísticos frente a outros campos da vida social que são tangenciados direta ou indiretamente, *in casu*, a ambiência carcerária constituída, massivamente, por sujeitos de direitos e deveres que preservam a condição de titulares dos direitos, dentre outros, à imagem, à privacidade e à intimidade, não limitados no ato de ergástulo, persecução e sancionamento pelo Estado-Juiz.

É dizer, o exercício do direito à prestação de informação (*liberdade de imprensa*) carece, reforce-se, de consciência de si, o que só se obtém pelo mergulho na história política, social e legislativa do país, submersão capaz de evidenciar o quão turbulento foi o processo de estruturação e aparente estabilização da expressão liberdade (*lato sensu*), que reclama atuação responsável de profissionais da imprensa, a fim de preservar as bases políticas e sociais que dão justificabilidade à atividade dos veículos noticiosos, bem como diversos outros meios de transmissão de informação, públicos ou particulares.

REFERÊNCIAS

ALSINA, Miquel Rodrigo. **A construção da notícia**. Petrópolis: Vozes, 2009.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Ed. Revan. Instituto Carioca de Criminologia, Rio de Janeiro, 2002.

BABO-LANÇA, Isabel. Configuração mediática dos acontecimentos do ano. **Caleidoscópio, Revista de Comunicação e Cultura**, n. 10, 2013.

BARTHES, Roland. **Aula. 11**. ed. São Paulo: Cultrix, 2004.

BARTHES, Roland. Introdução à análise estrutural da narrativa. In: ____ [et. al.]. **Análise estrutural da narrativa**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

BRANDÃO, Helena Hathsue Nagamine. **Introdução à análise do discurso**. Campinas – SP: Editora da Unicamp, 2004.

BRASIL. **Jornal do Tocantins**. Periódico *online*. Disponível em: <https://www.jornaldotocantins.com.br/>. Acesso em 20 set. 2021.

BERGER, Christa; TAVARES, Frederico M. B. Tipologias do acontecimento jornalístico. In: BENETTI, Marcia; FONSECA, Virginia P. S. **Jornalismo e acontecimento**: mapeamentos críticos. Florianópolis, Insular, 2010. p. 121-142.

CAREGNATO, R. C. A.; MUTTI, R. Pesquisa Qualitativa: Análise de Discurso versus Análise de Conteúdo. **Texto & Contexto**: Enfermagem, Florianópolis, v. 15, n. 4, p. 679-684, out./dez. 2006.

CHARAUDEAU, P. **Discurso das mídias**. São Paulo: Contexto, 2010.

CHIZZOTTI, A. **Pesquisa qualitativa em ciências humanas e sociais**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

FREITAS, Antônimo Francisco de. **Análise do discurso jornalístico**: um estudo de caso. 1999. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/freitas-antonio-dicurso-jornalístico.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2021.

GENETTE, Gérard. **Discurso da narrativa**. Lisboa: Vega Universidade, 1995.

GENETTE, Gérard. Fronteiras da narrativa. In: **Análise Estrutural da narrativa**. Tradução: Maria Zélia Barbosa. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2008.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. Editora São Paulo. Atlas, 2008.

MANHÃES, E. Análise do Discurso. In: DUARTE, J.; BARROS, A. (Orgs.). **Métodos e Técnicas de Pesquisa em Comunicação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 305-315.

MAINGUENEAU, Dominique. 2005. **Gênese dos Discursos**. Tradução de Sírio Possenti. Curitiba: Criar Edições. 189 p. ISBN 85-8814-131-0.

MELO, Iran Ferreira de. Análise do discurso e análise crítica do discurso: desdobramentos e intersecções. **Revista Eletrônica de Divulgação Científica em Língua Portuguesa, Linguística e Literatura**, Ano 05, n. 11, 2º Semestre de 2009, ISSN 1807-5193. Disponível em: < http://www2.eca.usp.br/Ciencias.Linguagem/Melo_ADeACD.pdf >. Acesso em 06 de nov. de 2021.

METZ, Christian. Apontamentos para uma fenomenologia da narração. In: _____. **A significação no cinema**. São Paulo: Perspectiva, 2007.

MOZZATO, A. R.; GRZYBOVSKI, D. Análise de Conteúdo como Técnica de Análise de Dados Qualitativos no Campo da Administração: Potencial e Desafios. **RAC**, Curitiba, v. 15, n. 4, p. 731-747, jul./ago. 2011.

ORLANDI, E. A análise de discurso e seus entremeios: notas para a sua história no Brasil. **Caderno de Estudos Linguísticos** (42), Campinas: Jan./Jun 2002.

PÊCHEUX, M. Análise automática do discurso. In: GADET, F. HAK, T. (Orgs.). **Por uma análise automática do discurso** – introdução à obra de Michel Pêcheux. Campinas: Unicamp. pp 61 – 161, 1990.

UMA ANÁLISE DO PROCESSO DE RESSOCIALIZAÇÃO DOS CONDENADOS POR CRIMES NO ESTADO DO TOCANTINS ATRAVÉS DO MERCADO DE TRABALHO

FERNANDA CARDOSO RODRIGUES:
Bacharelanda em Direito pela Universidade
de Gurupi – UnirG.

JOSE AUGUSTO BEZERRA LOPES

(orientador)¹¹

RESUMO: A situação prisional do Brasil não vem nas últimas décadas sendo capaz de conceder aos apenados os preceitos básicos da execução penal: a ressocialização desses indivíduos à sociedade. Isso se deve ao fato de que dentro dos presídios é possível encontrar diversos problemas, desde a falta de higienização até a superlotação, o que acaba dificultando o reingresso do apenado ao convívio social de forma correta. Frente a isso, o presente estudo tem como objetivo primário discutir o real quadro do sistema carcerário brasileiro. Também se propõe analisar como esses problemas existentes podem ser possivelmente superados quando se insere os condenados ao mercado de trabalho. Para melhor entendimento desse assunto, têm-se como base os casos apresentados pelo Estado do Tocantins. Para realizar esse estudo, tem-se como metodologia a pesquisa bibliográfica, baseada em livros, artigos científicos e na legislação brasileira. Nos resultados, detectou-se que apesar dos problemas existentes nos presídios, o Tocantins vem ao longo dos últimos anos apresentando diversos programas de ressocialização dos apenados por meio de atividades laborais, o que tem contribuído positivamente na diminuição de reincidência dos apenados.

Palavras-chave: Ressocialização. Condenados. Tocantins. Mercado de Trabalho.

ABSTRACT: The prison situation in Brazil has not, in recent decades, been able to grant the inmates the basic precepts of penal execution: the resocialization of these individuals to society. This is due to the fact that inside the prisons it is possible to find several problems, from the lack of hygiene to the overcrowding, which ends up making it difficult for the convict to return to social life correctly. In view of this, the present study has as its primary objective to discuss the real situation of the Brazilian prison system. It also proposes to analyze how these existing problems can possibly be overcome when the convicts are inserted into the labor market. For a better understanding of this matter, the cases presented by the State of Tocantins are based on. To carry out this study, the methodology used is bibliographic research, based on books, scientific articles and Brazilian legislation. In the results, it was detected that despite the existing problems in the prisons, Tocantins

¹¹ Advogado, Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG.

has been presenting several programs of resocialization of the inmates through work activities, which has contributed positively to the reduction of recidivism of the inmates.

Keywords: Resocialization. Convicts. Tocantins. Job market.

Sumário: 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Nascedouro da Criminalidade: Aspectos gerais. 4. Do processo de ressocialização. 4.1 A Ressocialização por meio do trabalho. 5. A Ressocialização por meio do trabalho no Estado do Tocantins. 6. Considerações Finais. 7. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A situação dos presídios brasileiros é alarmante. Diversas pesquisas vêm apontando um quadro onde a criminalidade dentro dos presídios é bastante atuante, trazendo como consequência o aumento da criminalidade dentro e fora desses estabelecimentos. Por conta disso, nota-se que a finalidade da sanção não vem sendo atingida, ou seja, não vem se prevenindo e nem ressocializando o apenado.

Desse modo, o que se observa no contexto penitenciário brasileiro atual é que o cumprimento de pena privativa de liberdade, embora vise à reinserção do preso perante a sociedade, a realidade é que não é eficaz no combate a criminalidade, pois o que deveria ser feito é que no período de cumprimento de sua pena deveriam possuir acesso aos meios no qual facilitassem a sua reeducação, buscando assim uma garantia a sua readaptação e harmonia ao convívio social no final da condenação.

Vale ressaltar que as deficiências que estão presentes no sistema penitenciário têm uma grande contribuição para o elevado nível da criminalidade, onde faltam as mínimas condições necessárias para um tratamento digno de recuperação a esses condenados, na qual a falta de assistência a esses indivíduos causa-lhes grandes consequências e transtornos para a tentativa de uma ressocialização de sucesso no convívio perante a sociedade.

Frente a essa realidade, o presente trabalho busca discorrer a respeito da importância que o trabalho possuem no processo de ressocialização do apenado,

que diante de uma situação deprimente encontrada dentro das penitenciárias, muitas vezes não tem a oportunidade de se ressocializar, e quando conseguem a liberdade, voltam a cometer novos crimes.

Portanto, no decorrer desse estudo, procura-se responder: quais os efeitos que o trabalho possuem na ressocialização de um apenado? e, quais os programas ressocializadoras encontrados no Estado do Tocantins?

O trabalho, como muitos defendem e já provado, é o melhor caminho para o desenvolvimento humano, pois além de tirar o preso do ócio, não deixa que sua privação de liberdade seja também um privação do seu desenvolvimento humano e físico. Para melhor entendimento sobre essa matéria, tem-se como dado limitador o Estado do Tocantins, onde será analisada a sua situação frente a proposta temática.

2. METODOLOGIA

A metodologia utilizada para a realização do presente estudo se pautou no método indutivo e qualitativo. Caracterizada como uma revisão de literatura, a pesquisa bibliográfica foi feita através de leituras das leis, da Constituição Federal, de revistas jurídicas, de livros e artigos científicos relacionados ao tema proposto.

A presente pesquisa foi realizada mediante o levantamento de documentos. Assim, a coleta de dados é resultado de uma busca feita em bases de dados, tais como: Scielo; Google, dentre outros, no decorrer do mês de janeiro de 2022.

3. NASCEDOURO DA CRIMINALIDADE: ASPECTOS GERAIS

Antes de se adentrar ao tema específico desse estudo, cabe inicialmente discorrer a respeito dos fatores sociais em relação à criminalidade. Nesse ponto, esse tópico busca identificar quais as influências que a sociedade ou o Direito possui na ação delituosa de um indivíduo. Não há como falar de ressocialização sem antes entender o que leva o indivíduo a delinquir.

Para discorrer sobre essa questão é preciso entender o que seja a criminalidade. Em termos conceituais, a criminalidade se difere da violência. Como bem explica Almeida (2018, p. 03) enquanto a violência é "constrangimento físico ou moral, a criminalidade é a expressão dada pelo conjunto de infrações que são produzidas em um tempo e lugar determinado, é o conjunto dos crimes".

Com base nisso, a criminalidade pode ser entendida como um resultado da violência. Essa afirmativa é justificada pelo próprio contexto histórico ao qual a criminalidade se insere no Brasil. Em vários estudos, apontam que a criminalidade surgiu por meio das mudanças sociais ocorridas no país ao longo das últimas décadas.

Cano (2019, p. 13) acentua que "a urbanização acelerada e desordenada do Brasil a partir de 1950 conformou grandes periferias metropolitanas, com equipamentos urbanos insuficientes, que atraíram uma migração jovem de baixa renda e com sérios problemas de inserção social".

As metrópoles brasileiras são representantes da desigualdade social e por essa razão constituem o melhor agrupamento de cultura para a violência criminal. Portanto, as

raízes da criminalidade no Brasil são encontradas no crescimento urbano e na expansão da desigualdade social (CANO, 2019).

Desse modo, o aumento da violência e criminalidade está ligada em muitos casos, ao aumento da população, a expansão urbana, o desemprego, os conflitos interpessoais e ao descontrole governamental, que não tem efetivado medidas que possam sanar o problema (MAGALHÃES, 2013).

Nos dizeres de Caldeira (2000, p. 101) essa crescente da violência e da criminalidade é resultado, dentre outros motivos, pelas “respostas violentas e privadas ao crime; resistência à democratização; e a débil percepção de direitos individuais e o apoio a formas violentas de punição por parte da população”.

Para se enfrentar, em específico, a criminalidade, necessário haver Segurança Pública de qualidade, que possa dificultar o aumento da criminalidade do país, uma vez que essa situação acarreta em problemas ainda maiores, todos de ordem social. Para Beato (2017, p. 13) “poucos problemas sociais mobilizam tanto a opinião pública como a criminalidade e a violência. Esse é um daqueles problemas que afeta toda a população, independentemente de classe, raça, credo religioso, sexo ou estado civil”.

A respeito da criminalidade, observa-se uma leitura clara sobre esse assunto, veja-se:

[...] a criminalidade é a expressão e consequência de uma patologia social suficientemente grave para gerá-la. Uma crise social se torna apta a fomentar a criminalidade quando chega a lesar, por apodrecimento grave, os valores sociais capazes de promover uma identificação agregadora entre os membros de uma comunidade [...]. A criminalidade é efeito das contradições da organização da sociedade, ela é um fenômeno social, inerente a própria estrutura da sociedade (NEVES, 2016, p. 30).

De todo modo, fica evidente observar que as questões envolvendo a Segurança Pública no combate a criminalidade está também direcionada à sociedade. E é nesse cenário que se encontra as respostas para o questionamento do porquê do aumento da criminalidade.

Nesse sentido é preciso fazer uma análise de como o isolamento que a sociedade impõe a determinados grupos de pessoas acaba por fazer delas um criminoso. Sobre essa questão, a base ao qual se fundamenta esse estudo se encontra na segregação social, ou seja, naqueles indivíduos que não se enquadram nos moldes estabelecidos pela sociedade dominante. Sobre esse ponto, importante destacar:

Nas sociedades mais desfavorecidas pela globalização, como as latino americanas, a exclusão social constitui o principal problema, pois não costuma ser controlada pela repressão direta, mas sim neutralizada, o que aprofunda as contradições internas. A

mensagem vindicativa é funcional para reproduzir conflitos entre excluídos, pois os criminalizados, os vitimizados e os policizados são recrutados neste segmento, ocorrendo uma relação inversa entre a violência dos conflitos entre eles e a capacidade de coalizão e protagonismo desses mesmos atores (ZAFFARONI, 2007, p. 72).

Essa situação, segundo apontou estudos coletados para essa pesquisa já era encontrada nos primórdios do descobrimento no Brasil. Desde então é visível o quanto a sociedade brasileira, em especial, é segregada e excludente.

Ainda sobre esse viés, há no Brasil uma sociedade que exclui e que segrega as pessoas. Essa exclusão de modo amplo acaba por gerar também o aumento da criminalidade, uma vez que um excluído dificilmente terá oportunidades de trabalho ou de socialização. Frente a isso, sobra para esse indivíduo à marginalidade e a criminalidade como forma não apenas de sobrevivência, mas também de consternação.

A pobreza, a desigualdade social, o racismo, o capitalismo desregrado, dentre outros fatores acabam por favorecer a exclusão de determinadas pessoas da sociedade. Porém, é importante destacar que a situação de marginalizado, termo ideal para refletir esses indivíduos excluídos, visto de forma sociologicamente, não pode ser admitida como ponto direto de causa da criminalidade. Pelo oposto, “não há uma comprovação lógica da ligação entre pobreza e crime, no entanto, a exclusão crônica pode levar à revolta, à revanche e, aí sim, ao crime” (SETTI, 2013, p. 26).

Portanto, não é plausível fazer a ligação entre a prática de um crime exclusivamente à condição econômica (pobre ou rico). Se aduz pelo fato de que o crime é difuso, todavia, prisões de todo mundo estão populosamente encarceradas por marginalizados e excluídos socialmente. De todo modo é evidente constatar que quanto mais excluído é o indivíduo, maior a sua propensão para cometer crimes.

A criminalização do excluído está mais presente do que se imagina. E o contexto social ao qual o indivíduo nasce, cria e se desenvolve é de fato importante para a sua inserção ou não na criminalidade. Por meio da sua realidade social é mais verdadeiro o caminho percorrido para que ele se torne um delinquente.

Caldeira (2000, p. 09) alerta que o discurso do medo “com frequência, diz respeito ao crime e especialmente ao crime violento. Mas eles também incorporam preocupações raciais e étnicas, preconceitos de classe e referências negativas aos pobres e marginalizados”. Desta forma, o “combate ao crime” não representa necessariamente a perseguição pelo cometimento do fato típico, mas sim pelo controle de uma população específica e de suas condutas estereotipadas.

Nesse contexto, o processo penal pode representar o ingresso definitivo do sujeito criminalizado no rol dos irreparáveis. Esta é a faceta oculta do processo penal, em que se

observa a tendência de prevalecer e de confirmar a lógica excludente que antecede esta punição procedimental. Ao adentrar oficialmente no sistema punitivo estatal por meio do processo penal, os cidadãos, muitas vezes já excluídos, levarão para sempre, e com uma carga maior de preconceito, o estigma de criminoso. Para os já estigmatizados socialmente, uma primeira entrada no sistema penal significa total perda de credibilidade como cidadão.

Neste contexto, cabe avaliar o processo penal brasileiro a partir da lógica da exclusão social e da criminalização do excluído e, em especial, o instituto da prisão, principalmente em seu caráter cautelar, já que cárcere representa o carimbo definitivo de criminoso.

Isso fica claro quando se analisa a situação atual do encarceramento do Brasil. Segundo Figueiredo Neto (et al, 2009, p. 06) "no Brasil as prisões podem ser consideradas como um dos piores lugares em que o ser humano pode viver. Elas estão abarrotadas, sem condições dignas de vida, e menos ainda de aprendizado para o apenado". Além disso, é nítido que as prisões brasileiras estão em declínio, não mais suportando o aumento do número de presos e nem conseguindo cumprir os seus objetivos impostos na lei.

Esse cenário ganha destaque quando ocorre alguma rebelião, quando "movimentos não governamentais trazem a público as mazelas existentes no cárcere, enfim, não é uma preocupação constante dos governos a manutenção de sistema prisional que cumpram a finalidade para as quais foram construídos" (MESQUITA, 2016, p. 01).

Como denuncia Freitas (2016, p. 01) "o sistema prisional do Brasil está em colapso. Não é a primeira vez que rebeliões acontecem em presídios com o objetivo de reivindicar melhores condições prisionais"

O citado autor ainda enfatiza que "não há projetos de ressocialização ou educação no contexto carcerário, mas o inverso disso tudo: violência dos agentes contra os presos; o uso de gás lacrimogênio e de balas de borracha; a falta de saúde; de uniformes e de comida" (FREITAS, 2016, p. 01). Isso significa constatar que o sistema prisional brasileiro é altamente ineficaz, possuindo inúmeros problemas, não se limitando a apenas um.

Nos presídios femininos a situação também é preocupante. A priori, encontra-se de imediato a superlotação. Segundo aponta Milanezi (2017) as prisões femininas do Brasil estão superlotadas. Em pesquisas apontadas, mostrou que o número de presas aumentou significativamente de 5.601 para 37.380 entre os anos de 2000 a 2014, representando um crescimento de 567% (MILANEZI, 2017).

Por essa estimativa, pode-se afirmar como mostra os rankings mundiais que o

Brasil possui a quinta maior população penitenciária feminina. Em decorrência desse superlotação, as detentas encaram variados problemas, que vão desde a falta de dormitório especial para gestantes até ao acompanhamento pré-natal, creches e berçários, “tornando a vida não só da grávida, como também do bebê praticamente inviável dentro dos presídios, tanto dos femininos como dos mistos” (MILANEZI, 2017, p. 01).

Ainda dentro do contexto da superlotação, encontram-se locais de péssimas condições habitacionais. De acordo com Nascimento (2019, p. 01) “as estruturas das cadeias públicas femininas revelam que o recente aumento do encarceramento feminino demandou a improvisação”. O que a autora relata é que nesses lugares as detentas acabam criando uma espécie de ‘puxadinho’.

Para alguns autores a prisão feminina, assim como a masculina, dificilmente trará algum benefício. Ou seja, os presos, independente do sexo, não irão ser

ressocializados, pois a situação ao qual passaram nos presídios impossibilita essa garantia.

No caso das mulheres a situação ainda é pior, porque além de já terem tido a experiência negativa de um presídio, ao saírem ainda serão estigmatizadas pela sociedade e pela própria família.

De todo o exposto até aqui, fica claro observar que as prisões brasileiras vêm exercendo o oposto da função da pena – preventiva e ressocializadora, criando novos delinquentes e ferindo a dignidade do apenado, contribuindo para o aumento da criminalidade e instalando o caos dentro e fora do sistema prisional.

Apesar disso, existem ações que podem mudar de maneira significativa esse cenário. No Brasil, existem métodos que auxiliam e ajudam na ressocialização do apenado. Tendo como base a valorização social do preso e o exercício da atividade sociointerativas, as ações previstas no texto jurídico e colocadas em prática, tem se tornado um caminho fundamental para que os presos saiam da cadeia com outra mentalidade e que consigam se restabelecer socialmente. Sobre o instituto da ressocialização, apresenta-se o tópico a seguir.

4 DO PROCESSO DE RESSOCIALIZAÇÃO

O termo ressocialização, como explica D’Oliveira (2014, p. 19) “recobre um amplo campo semântico: reabilitação, recuperação, readaptação, reinserção, entre outros léxicos correlatos”.

O vocábulo expressa o sentido de repisar a socialização, reaprender o ato de conviver em sociedade, retomando a coabitação em grupo em harmonia. Mais

especificamente, ressocialização é a junção do prefixo Re (repetição, intensidade) + Socialização (ato ou efeito de socializar, de integrar-se à sociedade).

Insta salientar que a ressocialização conota “o sentido de repetir a socialização, ou o ato de lidar novamente com os outros, retomar a vida em grupo, em sociedade” (PÊPE, 2015, p. 01). Ou pode ser entendido como o “conjunto de tributos que permitem ao indivíduo tornar-se útil a si mesmo, à sua família e a sociedade” (FIGUEIREDO NETO et al, 2009, p. 01).

Na esfera penal, foco deste estudo, a ressocialização se remete a reeducação social, onde o apenado poderá reingressar à sociedade sem ter o caráter delituoso. Em um contexto amplo, “abrange um conjunto de ações que visa à

readaptação do preso na sociedade, contribuindo na sua recuperação nos aspectos psicossociais, profissionais e educacionais” (SÁ, 2012, p. 18).

No entendimento de Molina (2014, p. 383) a ressocialização é “uma intervenção positiva no condenado que [...] o habilite para integrar-se e participar da sociedade, de forma digna e ativa, sem traumas e limitações”. Ou ainda, “todo um complexo de fatores sociopolíticos, articulados entre si, com a finalidade de restituir ao preso seus direitos de cidadão no pós-pena” (PORTO, 2017, p. 50).

As políticas de ressocialização têm suas diretrizes fixadas na Lei de Execução Penal (LEP), normatizada pela Lei nº 7.210/1984. É por meio dessa lei que se instituiu as ações estaduais no restabelecimento social do apenado, readaptando-o ao convívio social sem os estigmas da sua passagem pelo presídio.

Em seu art. 1º afirma: “A Execução Penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (BRASIL, 1984). Com esse artigo, a presente lei resume todo o seu teor ideológico no amparo à execução da pena.

O objetivo da LEP “é assegurar direitos no percurso do cumprimento da pena e traçar procedimentos para efetivar a ressocialização do apenado na sociedade” (PÊPE, 2015, p. 32).

De acordo com o artigo 1º da LEP percebe-se a dupla finalidade da execução penal qual seja dar sentido e efetivação do que foi decidido criminalmente além de dar ao apenado condições efetivas para que ele consiga aderir novamente ao seio social e assim não cair nas antigas malhas do crime. A reinserção social tem como objetivo a humanização da passagem do detento na instituição carcerária, procura dar uma orientação humanista colocando a pessoa que delinuiu como centro da reflexão científica (MARCÃO, 2015, p. 25).

Como estabelece o art. 10º da Lei nº 7.210/84 é dever de o Estado conceder assistência ao preso e ao internado em todas as suas formas sem distinção. Segundo Gomes (2016, p. 13) “tanto quanto possível, incumbe ao Estado adotar medidas preparatórias ao retorno do condenado ao convívio social”.

Em referência ao processo ressocializador, a LEP trata desse aspecto nos seus artigos 3º que garante ao condenado todos os seus direitos não atingidos pela sentença e pela lei; o art. 11 que especifica como será a assistência estatal (material, saúde, jurídica, educacional, social e religiosa); o art. 25 que afirma que a assistência se faz na orientação e apoio ao condenado; o art. 27 que coloca o

serviço de assistência social como auxiliador do condenado na reinserção ao mercado de trabalho, dentre outros.

Juntamente com a LEP, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCC) editou as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil por via da Resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994. Essa Resolução dispõe dos procedimentos aos pós-pena que busca sanar as necessidades materiais básicas para o ex-presos voltar à sociedade.

Em seu texto, regula:

CAPÍTULO XXII

DAS RELAÇÕES SOCIAIS E AJUDA PÓS-PENITENCIÁRIA Art. 57. O futuro do preso, após o cumprimento da pena, será sempre levado em conta. Deve-se animá-lo no sentido de manter ou estabelecer relações com pessoas ou órgãos externos que possam favorecer os interesses de sua família, assim como sua própria readaptação social. Art. 58. Os órgãos oficiais, ou não, de apoio ao egresso devem: I – proporcionar-lhe os documentos necessários, bem como, alimentação, vestuário e alojamento no período imediato à sua liberação, fornecendo-lhe, inclusive, ajuda de custo para transporte local; II – ajudá-lo a reintegrar-se à vida em liberdade, em especial, contribuindo para sua colocação no mercado de trabalho. (BRASIL, 1994).

Assim, a Lei nº 7.210/84 e a presente Resolução “tem representado o conjunto de disposições legais que regula o processo de ressocialização no sistema penitenciário brasileiro, para que o ex-presos insira-se dignamente na sociedade” (PÊPE, 2015, p. 03).

Portanto, é de responsabilidade do poder público e da sociedade a efetiva execução dos objetivos propostos na lei, fazendo com que os instrumentos jurídicos sejam plenos, buscando os meios necessários para a reintegração do apenado ao ambiente social.

Dentro do âmbito da ressocialização existem as medidas chamadas de ‘ações educativas’ e são fundamentadas na educação, nas atividades culturais, na aplicação de

direitos sociais e na integração no mercado de trabalho. São ações cuja finalidade é fazer com que o processo de ressocialização do apenado seja de fato efetivo, cumprindo no que se encontra na lei.

As principais ações educativas que ajudam o apenado a se ressocializar é a educação e o trabalho. Não há discordância no entendimento de que a educação e trabalho são duas importantes ferramentas que devem compor a ressocialização no sistema penitenciário. Não há como falar em ressocialização sem unir esses dois itens.

Pêpe (2015, p. 03) menciona que “a educação é um dos principais componentes do processo ressocializador, tendo em vista as condições de indigência escolar da expressiva maioria da população carcerária”. A grande maioria dos presos hoje são reflexos de uma má educação social, muitos não tiveram a oportunidade de frequentar escolas (públicas ou privadas) e acabaram se educando na marginalidade, nas ruas e nos becos, desconhecendo o que é moral ou imoral.

Na opinião de Mayer (2016, p. 16) “mesmo tendo direito à educação, os presos não a consideram prioridade, provavelmente porque eles aprenderam a viver sem ela, porque para eles escola quer dizer fracasso e frustração”. De qualquer forma, “a educação funciona como importante trunfo no processo de ressocialização dos apenados, com alguns resultados pontuais” (PÊPE, 2015, p. 08).

Outra ação educativa que ajuda na ressocialização do condenado é o trabalho, principal tema do presente estudo. Bianchini (2017, p. 12) cita que “a habilitação profissional é uma das exigências das funções da pena, pois facilita a reinserção do condenado no convívio familiar e social a fim de que ela não volte a delinquir”. A respeito dessa ação, apresenta-se o tópico seguinte.

4.1 A RESSOCIALIZAÇÃO POR MEIO DO TRABALHO

O entendimento majoritário da doutrina jurídica é de que a ressocialização pelo trabalho é um meio seguro de equilíbrio na nossa sociedade. Lima (2018, p. 15) defende a ideia de que é “através do trabalho, os indivíduos garantem equilíbrio e melhor condicionamento psicológico, bem como melhor comprometimento social”.

Insta salientar que o trabalho a ser realizado pelo encarcerado é um direito e um dever, uma vez que cumprem tanto as funções educativas quanto produtivas. O trabalho como um direito ajuda o encarcerado a colocá-lo no sistema progressivo de cumprimento da pena. No trabalho como um dever, concerne na reinserção do apenado ao contexto social, principalmente no mercado de trabalho.

O trabalho provoca no homem inúmeros benefícios; assim:

O trabalho é importante na conquista de valores morais e materiais, a instalação de cursos profissionalizantes possibilita a resolução de dois problemas, um cultural e outro profissional. Muda o cenário de que a grande maioria dos presos não possui formação e acabam por enveredar, por falta de opção, na criminalidade e facilitam a sua inserção no mercado de trabalho, uma vez cumprida a pena (ZACARIAS, 2016, p. 30).

A Lei de Execução Penal prevê que “o trabalho do apenado deve ser remunerado, e tal valor não pode ser inferior a três quartos do salário mínimo nacional” (BRASIL, 1984). Também são garantidos aos apenados os benefícios da Previdência Social. Cabe destacar ainda que o trabalho do preso não é ancorado pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Ainda no contexto do trabalho, há a figura da remição da pena, que de acordo com o previsto no art. 126, parágrafo único da LEP, “a cada três dias trabalhados é remido um dia da pena” (BRASIL, 1984). A respeito disso, Lima (2018, p. 12) entende que “a remição é um estímulo para abreviar o cumprimento da sanção e assim alcançar a liberdade condicional ou definitiva”.

O instituto da remição tem sido um grande avanço para a execução penal, mas não vem a ser o ideal, devido ao fracasso do Estado Democrático de Direito. Remição não pode ser confundida com “remissão”. Remição é ato ou efeito de remir, resgatar uma dívida ou liberação de ônus, de obrigação por ato favorável praticado. Por remissão, deve-se entender apenas como perdão de um ato contrário à norma estabelecida, é a desobrigação ou a incapacidade para punir.

A remição nada mais é que o resgate, pelo trabalho do preso, de parte do tempo de execução da pena. Para Nucci (2018, p. 53) a remição é como “desconto do tempo de pena privativa de liberdade, cumprido nos regimes fechado e semiaberto, pelo trabalho, na proporção de três dias trabalhados por um dia de pena”.

A remição de pena é ofertada ao preso como um estímulo para reeducar-se, abreviando o tempo de cumprimento da sanção para que possa passar ao regime de liberdade condicional ou à liberdade definitiva.

Para melhor entender a eficácia da medida ressocializadora do trabalho, escolheu-se como modelo de aplicabilidade o Estado do Tocantins, ao qual será analisado no tópico seguinte.

5. A RESSOCIALIZAÇÃO POR MEIO DO TRABALHO NO ESTADO DO TOCANTINS

O Estado do Tocantins tem se destacado pelo seu pioneirismo e respeito aos preceitos encontrados na LEP sobre a educação e trabalho nos presídios.

No que se refere ao trabalho, o Governo do Estado, através da Seciju, concede

atividades laborativas para um total de 665 reeducandos do Sistema Penitenciário e Prisional do Tocantins (Sispen/TO). Até a presente data, as atividades de cunho laboral são oferecidas em 29 das 39 unidades prisionais do Tocantins (ALVES, 2019).

Várias são as atividades desempenhadas pelos presos tocantinenses, todas de maneira remunerada, tais como cozinheiros (as), auxiliares de cozinha, costureiros, pedreiros, mestres de obra, cabeleireiros, pintores e jardineiros, conforme mostra a Imagem 1, abaixo:



IMAGEM 1 – Trabalho desenvolvido pelos presos tocantinenses (mestres de obra) Fonte: Alves (2019)

Segundo Alves (2019, p. 02) “os setores de destaques estão por conta dos auxiliares de serviços gerais que são 25% do total, e dos fabricantes de bolas no Centro de Reeducação Social Luz do Amanhã (CRSLA), em Cariri do Tocantins, que são 61% de profissionais remunerados”.

O superintendente do Sistema Penitenciário e Prisional do Tocantins (Sispen/TO), afirma que o objetivo da gestão atual é de amplificar os planos referentes à laborterapia; em suas palavras afirma que “o trabalho dos presos dentro do Sispen/TO é de importância elevada, assim estamos trabalhando diariamente para possibilitar o aumento do número de vagas de trabalho nas unidades penais” (ALVES, 2019, p. 03).

Ainda nesse contexto, cabe citar a situação da Unidade de Tratamento Penal do Barra da Grota (UTPBF), que inaugurou em 2019 o projeto “Plantando a Liberdade”, que consiste de uma área dentro da unidade penal de 2.444 metros quadrados destinada ao plantio, tendo capacidade para fornecer hortaliças, verduras, legumes e frutas para alimentação dos reeducandos que cumprem pena na localidade e servidores, além de

oferecer nove vagas de trabalho que serão destinadas aos próprios apenados para ressocialização e geração de renda (MARTINS, 2019).

Para que o projeto tivesse sucesso, foi realizada uma “aragem da terra e a construção de cercas ao plantio. Além de alimentar a comunidade do estabelecimento prisional, o projeto visa vender a produção excedente o que irá viabilizar financeiramente a continuação do projeto” (MARTINS, 2019, p. 03).

Sobre esse projeto, o diretor do presente presídio afirma que:

[...] a horta vai proporcionar saúde aos detentos e servidores, além de trabalho e renda. Criaram-se projetos dentro das unidades sempre pensando na ocupação, ressocialização e profissionalização dos reeducandos. Pensou-se ainda na quantidade de vagas de trabalho, na remição e geração de renda. Esse projeto tem um diferencial, pois irá oferecer uma alimentação mais saudável e conseqüentemente saúde para reeducandos e servidores (MARTINS, 2019, p. 04).

Ainda nesse campo, cabe citar o trabalho feito pelas detentas na Unidade Prisional Feminina de Talismã – TO, ao qual desempenham as atividades da cozinha e da horta. Em relação ao trabalho na cozinha, a unidade prisional feminina citada concede um espaço (cozinha) para que as detentas possam realizar atividades alimentares.

Assim, as detentas trabalham diariamente na cozinha, realizando trabalhos como auxílio no preparo do alimento ou até mesmo cozinhando-os, cuja destinação irá tanto para os agentes da casa prisional quanto das próprias detentas. Há ainda a limpeza desse espaço e manuseio dos equipamentos (MIRANDA, 2020).

Informa-se que os alimentos utilizados, em sua grande maioria, são oriundos da horta, que também é uma atividade exercida pelas detentas, aliás, a principal. A horta é localizada no fundo da unidade prisional, onde possui um amplo espaço para o plantio e cultivo.

O trabalho da horta é realizado por meio de 10 detentas, nos períodos de manhã e a tarde, respectivamente. Cabe citar que para estarem aptas a trabalhar na horta é preciso que as detentas tenham um bom comportamento carcerário, ou seja,

não devem descumprir ordens internas e não estarem presentes em brigas ou rebeliões (MIRANDA, 2020).

As detentas na horta realizam todo o processo inerente a essa função, tais como o cuidado com o canteiro, a sementeira, o plantio, a capinação, o adubamento, a colheita, etc. Todos os processos da horta são feitos pelas detentas, sem exceção (MIRANDA, 2020).

Por fim, cite-se que 2016 fora apresentado um projeto de lei da deputada estadual e vice-presidente da Assembléia Legislativa, Luana Ribeiro (PDT) que dispõe sobre o trabalho dos detentos. Tal projeto propõe que os detentos passem a prestar serviços de forma educativa para empresas privadas que tiverem interesse na mão de obra nos presídios.

Em 2019 esse projeto foi aprovado pela Assembléia Legislativa do Tocantins, por unanimidade. Sobre os principais pontos do projeto cita-se:

A PL determina a distribuição da remuneração em quatro partes: 25% para o Fundo Estadual Penitenciário, a título de ressarcimento de despesas pessoais, com a manutenção do condenado na unidade prisional; 25% poderão ser destinados à família ou dependentes do condenado e outros 25% usados para pequenas despesas pessoais. Após o abatimento dos percentuais e suas devidas destinações, os 25% restantes serão destinados à composição de uma poupança, que será colocada a disposição do detento após o cumprimento da pena. O projeto regula ainda que, o preso condenado a pagar indenização por danos provocados pelo crime, terá remanejado 10% da parte dedicada a custear despesas pessoais, para quitar a indenização. O trabalho do preso não estará sujeito a CLT. A carga horária de trabalho será de no mínimo 6h e máxima de 8h, com descanso nos domingos e feriados, além de remissão de pena prevista na Lei de Execuções Penais (NASCIMENTO, 2019, p. 02).

Isso mostra que apesar de existir todos os problemas encontrados nos presídios brasileiros além da baixa escolarização dos presos, há um entendimento claro por parte do Poder Judiciário em enfatizar o quão importante é o trabalho no processo de ressocialização de um preso.

Finaliza-se esse estudo, à guisa de conclusão, enfatizando a importância que a atividade laborativa possuem no contexto discutido. O aumento de oferta de atividades de trabalho irá contribuir para o processo de ressocialização dentro das unidades prisionais, pois o trabalho é um direito de todos e auxilia na reinserção do apenado na sociedade.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto neste estudo, fica claro constatar que a educação e o trabalho são as melhores ações educativas que o apenado possui para poder voltar à sociedade de maneira limpa e digna, evitando que possa cometer novos delitos.

Mas para que essas ações educativas possam dar o efeito desejado é preciso uma coalizão entre o Estado, a família e os profissionais envolvidos diretamente no sistema carcerário. Cabe colocar nesse grupo, a Justiça, uma vez que é por meio dela que não apenas se julga e condena o criminoso, mas também é o principal meio que as leis sejam cumpridas.

Apesar dos inúmeros problemas contidos nos presídios no Brasil, como a falta de higienização, de alimentação adequada e principalmente da superlotação, dentre outros, as ações educativas ligadas à educação e principalmente ao trabalho, podem dar ao apenado a motivação adequada para a sua ressocialização, fazendo com que o mesmo não venha a cometer outros crimes.

O que se deve sempre ter em prioridade é a humanização do apenado, trazendo ele para dentro do sistema carcerário, dando a ele um novo caminho a seguir, fazendo valer o intuito da pena: a prevenção. Assim, é nítido concluir que a ressocialização dos presos no Brasil deve passar obrigatoriamente pela habilitação profissional, que é o melhor caminho que um ser humano pode recorrer para se desenvolver e obter sucesso.

Tendo como base o sistema penitenciário do Estado do Tocantins, foi possível verificar que houve um avanço nas questões de ressocialização. No presente Estado, por exemplo, encontraram-se programas de cunho laborativo cuja finalidade principal é dar aos seus apenados a oportunidade de aprender algo útil e que seja utilizado na sociedade. Os programas apresentados aqui mostram claramente que a ressocialização por meio do trabalho é uma medida necessária para que o apenado, já considerado excluído socialmente devido a sua condição, possa finalmente conseguir trilhar outro caminho que não seja o da criminalidade.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Cláudia. Violência e Criminalidade. 2018. Disponível em:
<<https://siteantigo.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/conteudo/violencia/272>>.
Acesso em: 23 jan. 2022.

ALVES, Orleans de Sousa. Como funciona o trabalho dos presos nos presídios do Tocantins? 347 recebem remuneração. 2019. Disponível em:
<<https://gazedocerrado.com.br/como-funciona-o-trabalho-dos-presos-nos-presidios-do-tocantins-347-recebem-remuneracao/>>. Acesso em: 25 jan. 2022.

BEATO, Cláudio C. Políticas Públicas de Segurança e a Questão Policial. In: São Paulo em perspectiva, n. 13, Vol 4, 2017.

BIANCHINI, Alice. Política Criminal, Direito de punir do Estado e finalidades do Direito Penal. Material da 1ª aula da Disciplina Política Criminal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais - Universidade Anhanguera-Uniderp -REDE LFG, 2017.

CALDEIRA, Tereza Pires do Rio. Cidade de muros: crime segregação e cidadania em São Paulo. São Paulo: Edusp, 2000.

CANO, Ignacio. As origens da criminalidade. 2019. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/ciencia/as-origens-da-criminalidade/>>. Acesso em: 24 jan. 2022.

CARDOSO, Marcelo Santos. Com recursos de prestação pecuniária, Judiciário viabiliza educação e trabalho a presos na CPP de Dianópolis. 2019. Disponível em:

<<http://www.tjto.jus.br/index.php/noticias/6237comrecursosdeprestacaopecuniariajudiciario-viabiliza-reforma-da-cpp-de-dianopolis-que-permitira-educacao-e-trabalho-a-presos>>. Acesso em: 25 jan. 2022.

CASTILHO, Ricardo. Direitos Humanos. 6. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

D'OLIVEIRA, Heron Renato Fernandes. A história do direito penal brasileiro. Período Científico Projeção, Direito e Sociedade, v.5, n.2, 2014.

FIGUEIREDO NETO, Manoel Valente; MESQUITA, YasnayaPolyanna Victor Oliveira de; TEIXEIRA, Renan Pinto; ROSA, Lúcia Cristina dos Santos. A ressocialização do preso na realidade brasileira: perspectivas para as políticas públicas. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 65, jun 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6301>. Acesso em: 22 jan. 2022.

FREITAS, Hélen. Precisamos falar sobre o sistema prisional brasileiro. 2016. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/10/07/precisamos-falar-sobre-o-sistema-prisional-brasileiro/>>. Acesso em: 19 jan. 2022.

GIACOIA, Gilberto; SILVA, Lucas Soares. Exclusão social e criminalização do excluído: uma reflexão sobre a seletividade do sistema penal brasileiro. 2011. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6d0893ce02e49265>>. Acesso em: 20 jan. 2022.

GIL, A. C. Como elaborar projetos de pesquisa. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GOMES, Luiz Flavio. Brasil: duas décadas de populismo penal. Material da 1ª aula da Disciplina Política Criminal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais - Universidade Anhanguera-Uniderp - REDE LFG, 2016.

LIMA, Tom. Educação é a base para a ressocialização de presos no Tocantins. 2016. Disponível em: <<https://portal.to.gov.br/noticia/2016/9/15/educacao-e-a-base-para-a-ressocializacao-de-presos-no-tocantins/>>. Acesso em: 26 jan. 2022.

MAGALHÃES, Antonio Carlos Silva. Novas Experiências de Políticas Públicas para controle

da Criminalidade e da Violência no Brasil. REBESP, Goiânia, v. 5, n. 1, p. 14-32, jan./jul. 2013.

MARCÃO, Renato. Curso de Execução Penal. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTINS, Guilherme. Presídio Barra da Grota cria vagas de trabalho para presos com o projeto de cultivo de hortaliças. 2019. Disponível em:
<<https://cidadaniaejustica.to.gov.br/noticia/2019/3/1/presidio-barra-da-grota-cria-vagas-de-trabalho-para-presos-com-o-projeto-de-cultivo-de-hortalicas/>>. Acesso em: 22 jan. 2022..

MAYER, Marc. Na prisão existe a perspectiva da educação ao longo da vida? Alfabetização e Cidadania. Revista de Educação de Jovens e Adultos. N.19, Brasília, 2016.

MESQUITA, Pedro Henrique. Sistema Prisional brasileiro. 2016. Disponível em:
<<https://pedromesquita92560.jusbrasil.com.br/artigos/252789746/sistema-prisional-brasileiro>>. Acesso em: 20 jan. 2022.

MILANEZI, Larissa. Mulheres invisíveis: a difícil realidade das prisões femininas. 2017. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/prisoes-femininas-realidade/>>. Acesso em: 24 jan. 2022.

MIRANDA, Erlene. Reeducandas da Unidade Prisional Feminina de Talismã colhem milho plantado em atividade de ressocialização. 2020. Disponível em:
<<https://portal.to.gov.br/noticia/2020/2/11/reeducandasdaunidadeprisonalfemininadet-alisma-colhem-milho-plantado-em-atividade-de-ressocializacao/>>. Acesso em: 24 jan. 2022.

MIRANDA, Marcos. Cidadania e Justiça finaliza Seminário de Educação em Prisões. 2019. Disponível em: <<https://portal.to.gov.br/noticia/2019/5/23/cidadania-e-justica-finaliza-seminario-de-educacao-em-prisoes-/>>. Acesso em: 25 jan. 2022.

MOLINA, Antonio Pablos Garcia de. Criminologia: uma introdução aos seus fundamentos teóricos. São Pulo: Revistas dos Tribunais, 2014.

MURAD, Glaudinéia. Tocantins é referência em educação prisional. 2006. Disponível em: <https://secom.to.gov.br/noticias/tocantins-e-referencia-em-educacao-prisional-9680/>. Acesso em: 28 abr. 2020.

NASCIMENTO, Gabrielle. Tortura e rivotril em presídio feminino. 2019. Disponível em: <<https://outraspalavras.net/outrasmidias/tortura-e-rivotril-em-presidio-feminino/>>. Acesso em: 24 jan. 2022.

NASCIMENTO, Glês. Assembléia aprova PL de Luana Ribeiro sobre trabalho nos

presídios. 2019. Disponível em:

<<https://www.folhacapital.com.br/portal/noticias/view/1128/luana-apresenta-projeto-de-lei-sobre-trabalho-dos-detentos>>. Acesso em: 25 jan. 2022.

NEVES, Lair Celeste Dias. Exclusão social e criminalização da juventude: trajetórias similares. Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de especialização em políticas sociais, infância e adolescência de Universidade Estadual de Maringá. 2016.

NUCCI, Guilherme. Manual de processo penal e execução penal. 13. ed. São Paulo: Forense, 2018.

PÊPE, Washington. A eficácia dos métodos de ressocialização nos presídios de Salvador-Ba. 2015. Disponível em: <<http://wlpepe.jusbrasil.com.br/artigos/211083379/aeficaciadosmetodosderessocializacao-nos-presidios-de-salvador-ba>>. Acesso em: 20 jan. 2022.

PORTO, Roberto. O crime organizado e sistema prisional. São Paulo: Atlas, 2017.

SÁ, Alvin Augustus. A "ressocialização" de presos e a terceirização de presídios: impressões colhidas por um psicólogo em visita a dois presídios terceirizados. 2012. Disponível em: <http://www.escolamp.org.br/arquivos/21_01.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2022.

SETTI, G. A. M.A hegemonia neoliberal e o capitalismo contemporâneo. Revista acadêmica Urutáguia (CESIN-MT/DCS/UEM) n °05. 2013.

TOLEDO, Cleber. Presos têm acesso à educação no sistema prisional. 2019. Disponível em: <<https://clebertoledo.com.br/tocantins/pelo-tocantins/>>. Acesso em: 25 jan. 2022.

ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho. Execução Penal Comentada. 2 ed. São Paulo: Tend Ler, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O Inimigo no Direito Penal. 2. Ed. Rio de Janeiro: Revan & Instituto Carioca de Criminologia, 2007.

O IMPACTO DA LGPD NA SOCIEDADE E OS PROBLEMAS CAUSADOS PELA COLETA ILEGAL E MANIPULADORA DE DADOS PESSOAIS

ANA PAULA VIEIRA FURLANETTO:

Tecnóloga em Sistemas para Internet pela FATEC em Jales e Acadêmica do Curso de Graduação em Direito da Universidade Brasil – Campus Fernandópolis. Estagiária no Ministério Público Federal.

ADEMIR SANCHES GASQUES

(orientador)

RESUMO: O presente artigo visa analisar de forma sistemática aliada a tecnologia e ao ordenamento jurídico a manipulação de dados ilegalmente coletados e o reflexo que causam na sociedade de forma global, bem como o seu armazenamento. O objetivo é analisar o impacto da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e identificar os problemas causados pela coleta ilegal e manipuladora de dados pessoais em contraposição com nossos direitos e garantias fundamentais. Para tais considerações será abordada a Lei nº 13.709/2018, que após um longo período de *vacatio legis* entrou em vigo em agosto de 2020, bem como o direito fundamental à privacidade, sendo imprescindível manter uma ligação direta com a Constituição Federal de 1988, no rol dos direitos fundamentais consagrados nesse ordenamento maior.

Palavras-chave: Proteção de Dados; Direito; Tecnologia; Transparência; Privacidade; LGPD.

ABSTRACT: This article aims to analyze the systematic way, combined with technology and the legal system, of the manipulation of illegally collected data and the impact they have on society globally, as well as its storage. The objective is to analyze the impact of the General Data Protection Law (LGPD) and identify the problems caused by the illegal and manipulative collection of personal data in opposition to our fundamental law and guarantees. For such considerations, Law nº. 13.709/2018 will be addressed, which after a long period of *vacatio legis* came into force in August 2020, as well as the fundamental right to privacy, being essential to maintain a direct link with the Federal Constitution of 1988, in the list of fundamental law enshrined in this higher order.

Keywords: Data Protection; Law; Technology; Transparency; Privacy; LGPD.

Sumário: 1. Introdução. 2. Conceitos. 2.1. Direito e Tecnologia. 2.2. Proteção de Dados. 2.3. Privacidade. 2.4. Transparência. 2.5. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD. 3. Conclusão. 4. Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O avanço da tecnologia possibilitou novas oportunidades de comunicação, interação, mercadológicas dentre outras, atualmente, grande parte da população está interligada através da internet, seja pelas mídias sociais, ou por tantos outros meios de comunicação.

Na maior parte do tempo fornecemos dados, até mesmo involuntariamente, sem a devida percepção, fornecemos e produzimos dados, eles são armazenados muitas vezes de forma ilegal ou incorreta e são distribuídos, manipulados ou até mesmo vendidos.

Com o consumo e produção incessante de dados pessoais impulsionado pela tecnologia vemos surgir uma problemática na manipulação desses dados, normalmente o usuário tem suas informações vulneráveis em diversas plataformas, nas redes sociais, nos aplicativos de banco, ou como por exemplo, ao comprar produtos em uma farmácia e terem seu CPF associado à sua compra, criando vínculos com o produto consumido ou serviço utilizado. A partir da coleta esquematizada de dados, grandes mercados aproveitam e abusam dessas informações que o usuário sequer imagina por onde circulam.

Com o avanço e disseminação da tecnologia intensificada pela internet, tornou-se comum o seu uso contínuo e incessante, muitos benefícios foram trazidos ao avanço da humanidade, porém com eles surgem também as problemáticas, visto que fazem parte da evolução de qualquer sociedade. Nesse sentido viu-se necessária a positivação de normas jurídicas para a regularização no uso dessas ferramentas.

Diante dessa problemática surgiu de forma mais recente em nosso ordenamento jurídico a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD - Lei nº 13.709), publicada em 14 de agosto de 2018. Sendo esta, com redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019.

Essa grande aposta do Estado para regulamentar e garantir o respeito à privacidade, pretende acabar com o mercado dos dados pessoais coletados para as mais variadas finalidades sem a autorização do usuário. Sua redação regula esse relevante tema impactando na vida de pessoas naturais e pessoas jurídicas de direito privado, conforme disposto em seu artigo 1º.

Necessário se faz lembrar das garantias já elencadas pela Constituição Federal de 1988, na qual em seu artigo 5º, inciso X, tem previsão garantida quanto à privacidade, sendo esta aliada ao princípio da exclusividade, garantindo o direito da personalidade, alicerçado no Código Civil Brasileiro bem como na Constituição Federal.

Este artigo visa analisar as normativas existentes aplicadas a sociedade atual, bem como identificar os impactos causados pela implantação da LGPD, trazendo a análise dos posicionamentos mais recentes do Poder Judiciário frente a aplicação desta nova lei. A

metodologia adotada compreende na pesquisa de jurisprudências, doutrinas e pesquisa bibliográfica, bem como a pesquisa em sites e artigos na internet, trazendo necessariamente os devidos dados para formular e apresentar a discussão em evidência.

2 CONCEITOS

2.1 Direito e Tecnologia

A princípio é necessário que tenhamos um estudo acerca da história geral para entendermos a cultura atual. Comparada com outras ciências a Ciência da Computação é muito recente, podemos apontar como um marco inicial a Segunda Guerra Mundial, quando efetivamente construíram os primeiros computadores digitais. O avanço da computação foi exponencial, abrindo-se em um grande leque de tecnologias, conceitos, ideias, transformando-se em uma figura quase irreconhecível.

A evolução tecnológica apresenta-se abrupta, através de saltos descontínuos, cedendo a um imediatismo, caindo facilmente ao utilitarismo, focando em determinados produtos, como por exemplo, linguagens, banco de dados, sistemas e aplicativos.

O banco de dados é uma ferramenta que possibilita a sistematização de volumes de informações que podem ser gigantescos, e que atualmente teve seu potencial exponencialmente incrementado com o advento da informação.

Para Silberschatz (2006, p.1),

Um sistema de banco de dados (DBMS) é uma coleção de dados inter-relacionados e um conjunto de programas para acessar esses dados. A coleção de dados, normalmente chamada de banco de dados, contém informações relevantes a uma empresa.

Para Date (2004, p.35),

Um sistema de banco de dados é basicamente apenas um sistema computadorizado de manutenção de registros. O banco de dados, por si só, pode ser considerado como o equivalente eletrônico de um armário de arquivamento; ou seja, ele é um repositório ou recipiente para uma coleção de arquivos de dados computadorizados.

Ainda, para Navathe (2005, p.4),

Um banco de dados é uma coleção de dados relacionados. Com dados, queremos dizer fatos conhecidos que podem ser registrados e possuem significado implícito. De forma direta e simples, podemos

dizer que um banco de dados é uma coleção de dados. Já um dado, por sua vez, é um fato que deve ser armazenado, ou seja, persistido e que tem um significado implícito.

Em sua acepção fundamental, os bancos de dados são, um conjunto de informações estruturado de acordo com uma determinada lógica, que busca promover o máximo de proveito a partir de um sistema organizado de informações. É milenar a prática de coleta sistematizada de informações por alguma modalidade de censo populacional como meio de gerar proveito, sendo utilizado como instrumento de muita serventia para governantes de qualquer época.

O progresso sempre esteve presente em uma sociedade em desenvolvimento, e o avanço da tecnologia tem mostrado cada vez mais o progresso de uma geração. Nesse sentido segundo César (2020, p.52):

O fato de que o progresso tenha transformado a técnica de um simples instrumento a um fim em si mesma foi preocupação de alguns dos filósofos da Escola de Frankfurt. A técnica teria se tornado, ela própria, um sujeito impessoal, capaz de impor sua lógica inerente à sociedade, constituindo-se assim em um simulacro da vontade: a "vontade da técnica", perdendo assim definitivamente seu caráter instrumental e neutro.

A tecnologia, potente e onipresente, propõe questões e exige respostas do jurista. Os reflexos dessa dinâmica são imediatos para o direito, pois esse deve se mostrar apto a responder à novidade proposta pela tecnologia com a reafirmação de seu valor fundamental – a pessoa humana – ao mesmo tempo que fornece a segurança necessária para que haja a previsibilidade e segurança devidas para a viabilidade das estruturas econômicas.

Os bancos de dados que possuem dados pessoais, proporcionam uma definição de poderes e direitos a respeito das informações pessoais e, por consequência sobre a própria pessoa. O que faz com que o estatuto jurídico desses dados se torne um dos pontos centrais, é o aumento de pessoas que podem ter acesso mais detalhado e preciso a um conjunto de informações sobre terceiros.

2.2 Proteção de Dados

A princípio precisamos identificar os dados que são relevantes para este trabalho. Diante disso é importante levantarmos a definição por Doneda (2011, p.93):

Determinada informação pode possuir um vínculo objetivo com uma pessoa, revelando algo sobre ela. Este vínculo significa que a

informação se refere às características ou ações desta pessoa, que podem ser atribuídas a ela em conformidade à lei, como no caso do nome civil ou do domicílio, ou então que são informações provenientes de seus atos, como os dados referentes ao seu consumo, informações referentes às suas manifestações, como sobre opiniões que manifesta e tantas outras. É importante estabelecer esse vínculo objetivo, pois ele afasta outras categorias de informações que, embora também possam ter alguma relação com uma pessoa, não seriam propriamente informações pessoais: as opiniões alheias sobre esta pessoa, por exemplo, a princípio não possuem esse vínculo objeto; também a produção intelectual de uma pessoa, em si considerada, não é por si informação pessoal (embora o fato de sua autoria o seja).

Nesse sentido podemos consentir com Pierre Catala, que identifica uma informação pessoal quando o objeto da informação é a própria pessoa (1983, p. 20):

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

É importante destacarmos as palavras “dados” e “informações”. Tem-se por conceito que os dados são fatos brutos, isolados em uma forma primária, já as informações dizem respeito a um agrupamento de dados organizados, formando sentido entre si, gerando novas informações e conhecimentos.

Segundo Doneda (2011, p.94), o dado apresenta conotação mais primitiva e fragmentada, ou seja, uma informação em seu estado potencial, antes de ser transmitida. “O dado estaria associado a uma espécie de “pré-informação”, anterior à interpretação e ao processo de elaboração.”.

Ainda a respeito da informação de acordo com Doneda (2011, p.94):

A informação, por sua vez, alude a algo além da representação contida no dado, chegando ao limiar da cognição. Sem aludir ao seu significado ou conteúdo em si, na informação já se pressupõe uma fase inicial de depuração de seu conteúdo – daí que a informação carrega também um sentido instrumental, no sentido da redução de um estado de incerteza.

A doutrina não trata estes dois termos – dado e informação – indistintamente, ou então, procede a uma diferenciação algo empírica que merece ao menos ser ressaltada.

A informação pessoal está ligada de forma direta à privacidade que relaciona um maior grau de privacidade à menor crescimento de informações pessoais e vice-versa. Dessa forma é possível tomarmos consciência de como a proteção das informações pessoais passou a encontrar guarida em nosso ordenamento jurídico: como um desdobramento da tutela do direito à privacidade.

Quando pensamos em dados comumente lembramos nos dados digitais, aqueles que estão armazenados na rede mundial de computadores, em servidores, ou armazenados por empresas das quais geralmente consumimos produtos e/ou serviços. No entanto os dados e informações protegidos são até mesmo aqueles que ainda não saíram do papel, ou seja, está no cadastro de um prontuário médico, na caderneta de uma loja, em uma duplicata do mercado do bairro, ou uma folha contendo suas informações mais sistematizadas e até mesmo naquele rascunho que alguém anotou para enviar apenas um orçamento.

Para os fins da Lei Geral de Proteção de Dados pessoais, nos termos do artigo 5º, inciso I, considera-se dado pessoal a informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável.

A proteção de dados surge para a garantia de princípios relacionados à privacidade, quando ela passa a ser vista em uma ótica mais abrangente. A primeira lei direcionada ao tema foi criada na Alemanha na década de 70, em meio ao avanço da computação e da indústria nos países mais desenvolvidos. Essa também seria a primeira vez que o conceito de proteção de dados seria introduzido no cenário jurídico da Alemanha. Apesar disso, a legislação foi finalizada e implementada em 1978, dizendo a respeito de como as informações de seus cidadãos poderiam ser utilizadas e exportadas.

2.3 Privacidade

A privacidade está intimamente ligada com aquilo que somos, temos, queremos, e com aquilo que queremos que outras pessoas saibam de nós.

Um ponto fixo nesse processo preserva uma constante referência objetiva a uma disciplina para os dados pessoais, que manteve o nexos de continuidade com a disciplina da privacidade, da qual é uma espécie de herdeira, atualizando-a e impondo características próprias.

Para termos um melhor julgamento do problema, é necessário que os interesses sejam considerados pelo operador do direito com aquilo que representam e não pelo que

é visível – a violação da privacidade. Esta vinculação do tratamento de dados pessoais foi caracterizada pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ainda em decisão de 1995:

A inserção de dados pessoais do cidadão em bancos de informações tem se constituído em uma das preocupações do Estado moderno, onde o uso da informática e a possibilidade de controle unificado das diversas atividades da pessoa, nas múltiplas situações de vida, permitem o conhecimento de sua conduta pública e privada, até nos mínimos detalhes, podendo chegar à devassa de atos pessoais, invadindo área que deveria ficar restrita à sua intimidade; ao mesmo tempo, o cidadão objeto dessa indiscriminada colheita de informações, muitas vezes, sequer sabe da existência de tal atividade, ou não dispõe de eficazes meios para conhecer o seu resultado, retificá-lo ou cancelá-lo. E assim como o conjunto dessas informações pode ser usado para fins lícitos, públicos e privados, na prevenção ou repressão de delitos, ou habilitando o particular a celebrar contratos com pleno conhecimento de causa, também pode servir, ao Estado ou ao particular, para alcançar fins contrários à moral ou ao Direito, como instrumento de perseguição política ou opressão econômica. A importância do tema cresce de ponto quando se observa o número imenso de atos da vida humana praticados através da mídia eletrônica ou registrados nos disquetes de computador.

A defesa de sua inviolabilidade remete a privacidade, garantia essa conhecida pela Constituição e por leis esparsas. É comum verificarmos a preocupação na defesa do foro íntimo do indivíduo, onde o ser humano constrói a si mesmo e gera sua personalidade única.

A Constituição Federal traz, em seu artigo 5º, inciso X:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

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

Atualmente a proteção de dados foi consagrada como um direito individual inserido no artigo 5º, inciso LXXIX da Constituição Federal, que foi incluído recentemente pela Emenda Constitucional nº 115, de 2022:

LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

O Código Civil, em seu artigo 21, diz que:

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Além disso, o Brasil trata do direito à privacidade no Marco Civil da Internet e na Lei Geral de Proteção de Dados. Vemos então, no Marcos Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), em seu artigo 3º, inciso II, a proteção à privacidade, dentre outros princípios:

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. (g.n)

A lei também é explícita quanto à proteção do direito à privacidade, disposto no artigo 7º, trazendo direitos que asseguram a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, bem como o sigilo das comunicações privadas armazenadas.

É comum que estejamos ainda mais expostos frente as redes sociais, sites de pesquisas, dentre outros, nos quais indiretamente autorizamos para que estes definem com nossa personalidade e individualidade, armazenando pesquisas realizadas e preferências de produtos, que futuramente serão utilizadas em uma propaganda de marketing, por exemplo.

A atual questão acerca da privacidade é a observação do fato que os avanços tecnológicos são razão para consideração jurídica, já que eles podem vir a apresentar alguma forma de perigo à privacidade do indivíduo.

2.4 Transparência

Holzner e Holzner (2006, p.25), definem “Transparência” como o fluxo aberto de informações, dependendo do acesso à informação presumidamente verdadeira que é detida pelas autoridades.

Neste trabalho temos como objetivo geral informar o público a proteger-se contra ações arbitrárias, bem como a orientação centrada no usuário, dando um papel específico ao governo, a fim de criar informações adaptáveis, atualizadas e personalizadas, para redução dos riscos e falhas dos serviços.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no artigo 6º, inciso VI, determina:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: (...)

VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial; (...)

A transparência aponta para algoritmos opacos que facilitam práticas abusivas, discriminatórias e monopolísticas, de complexa identificação, negativamente influenciando

em garantias fundamentais, criando uma assimetria entre indivíduos e organizações públicas ou privadas.

Muitas vezes a falta de transparência ou publicidade ainda aponta para outros problemas, como o comércio de dados pessoais, nos quais sistemas com termos de uso ou privacidade propositalmente complexos e extensos, levam o cidadão a desinformação, permitindo um “falso” aceite, sem a devida noção, como por exemplo, uma cláusula de uso irrestrito dos dados. Outro problema são as solicitações de dados por oportunistas, onde dados são coletados com nenhum vínculo com o serviço prestado, destinando ao comércio de dados, alegando que o titular aceitou o compartilhamento por espontânea vontade.

Dessa forma a LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais) estipulou requisitos com foco no público que será atingido, com transparência e concisão, devendo abrir informações acerca dos procedimentos que serão realizados, caracterizando o direito de saber.

2.5 Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD

Antes de adentrarmos nos principais pontos da LGPD precisamos explorar a história das normas que a antecederam, suas origens e quais foram as inspirações para chegarem finalmente na Lei Geral de Proteção de Dados.

Conforme o desenvolvimento de técnicas e ferramentas mais aprimorado para coleta e processamento de dados, além das brechas que foram surgindo na segurança e circulação desordenada de dados por pessoas com interesses dos mais diversos, que muitas vezes causaram incidentes, até mesmo internacionais, expondo assim a necessidade na criação de um sistema positivado de normas que pudessem assegurar maior aplicação a proteção dos dados e a privacidade dos cidadãos.

Um dos casos mais representativo talvez seja o ocorrido com o *Facebook*, formando um caminho emblemático acerca da política de privacidade em sites da *Internet*, dando ensejo a discussão de como os países estavam aptos a suprir possíveis usos indevidos dos dados pessoais.

Com todos os acontecimentos em escala global, deu-se início na União Europeia à discussão e aprovação da *General Data Protection Regulation* (GDPR), que busca alcançar todas as necessidades atuais tratando de dados sensíveis.

A GDPR vem servir como uma lei de cunho coercitivo mais abrangente que incorpora noções modernas a respeito da captação e circulação de dados para cidadãos europeus que usam a internet. Segundo Lemos (2007):

A GDPR pretende proteger residentes da comunidade europeia de casos como o da Cambridge Analytica que veio à tona em março e envolveu a exposição de 87 milhões de usuários do Facebook. A regulação foi desenhada para ter efeito 'viral'. Uma vez que uma empresa passa a cumprir seus requisitos começa a exigir que outras da cadeia cumpram também.

Diante desse contexto, em 2018 com a implementação da GDPR, deu-se efeito amplo a *internet*, criando um efeito cascata, fazendo com que os sites e prestadores de serviço adequassem a norma.

Nesse sentido, a GDPR impulsionou na criação de uma legislação nacional "que tratasse de proteção dos dados pessoais com uma maior abrangência do que aquela apresentada pelo Marco Civil da Internet, aprofundando a questão e criando parâmetros mais alinhados com os padrões internacionais." (BEZERRA, 2019, p.31).

Com isso o legislativo se viu pressionado a produzir uma norma que tratasse do assunto, resultando assim na criação da Lei nº 13.709/2018, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

Segundo Cots e Oliveira (2019, p.48):

O objetivo da LGPD é o de "proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade natural". O verbo "proteger" diz muito sobre a forma como o legislador enxergou o titular dos dados, ou seja, em posição desigual em relação aos responsáveis pelo tratamento de dados, ficando patente sua vulnerabilidade.

A lei que está em vigor desde o dia 18 de setembro de 2020, traz em seu artigo 1º, sua utilidade e finalidade, aplicando-se aos dados de pessoas naturais e jurídicas independentemente de sua natureza. É importante destacar que o intuito da proteção está no resguardo dos direitos fundamentais, bem como da privacidade para o "livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural". Ainda segundo Cots e Oliveira (2019, p.48):

Ao proteger os seres humanos e um dos seus direitos fundamentais, que é a privacidade, está-se protegendo um ser único e complexo, totalmente suscetível às condições do ambiente, e que depende de condições adequadas para que seu desenvolvimento se dê de maneira completa e mais ampla possível.

Destaca-se a definição dada ao dado pessoal, considerando mais do que uma informação, foi adotado nesse caso uma interpretação extensiva de que o dado trata de uma informação pessoal que distingue o indivíduo de um determinado grupo fazendo com que ele seja identificável. Temos como exemplo, a compra de uma pessoa, sendo como um dado pessoal, mesmo que não corresponda a algo direto da personalidade da pessoa, por ser um dado criado a partir de impressões que não dependem totalmente da personalidade do agente. Ao contrário do ideal político, que se trata de um dado sensível, derivando diretamente da alma do indivíduo, criando conceitos a partir de suas experiências, reflexões e conhecimentos, constituindo parte de sua personalidade.

No âmbito da LGPD, o tratamento dos dados pessoais pode ser realizado por dois agentes de tratamento: controlador e operador, dos quais caracterizou sendo, o controlador a pessoa natural ou jurídica, de direito público e privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais. Já o operador é denominado pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador.

Tem-se por tratamento toda operação realizada com dados pessoais, num rol bem abrangente do artigo 5º, inciso X, da LGPD, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

Com o intuito de assegurar a aplicação da Lei, criou-se então a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República, que fiscaliza a observância da norma, aplica sanções administrativas, e fica incumbida de promover na população o conhecimento das normas e das políticas públicas sobre proteção de dados pessoais e das medidas de segurança, além de outras medidas elencadas exaustivamente no rol do artigo 55-J da LGPD.

O não cumprimento das determinações estabelecidas pela LGPD pode resultar em sanções administrativas aplicadas pela ANPD – Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

Sanções estas, que estão distribuídas no Capítulo VIII, Seção I – Das Sanções Administrativas, e tem como previsão legal, dentre outras, advertência, multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, limitado, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração, multa diária, publicização da infração, bloqueio de dados pessoais e a eliminação dos dados a que se refere a infração.

Conforme disposto no artigo 17 da referida lei: “Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade”.

A LGPD traz alguns princípios que devem ser respeitados no tratamento de dados pessoais, como: finalidade, necessidade, não discriminação e segurança. Isto significa que a instituição precisa seguir algumas determinações. Em resumo, os dados pessoais só podem ser coletados com o consentimento do titular, que precisa ser informado da finalidade da coleta. É do titular o direito de acesso aos dados coletados, assim como a solicitação de correção de informações, de exclusão, de portabilidade ou de revogação do consentimento.

Com isso a LGPD, busca garantir o respeito à privacidade e acabar com o mercado de dados pessoais para os mais diversos fins sem a autorização do usuário. No seu texto amplia as informações sobre a indivíduo que merece sigilo. Os dados pessoais e dados sensíveis são uma parcela da individualidade de uma pessoa sendo estas informações que irão diferenciar e manter um ser como único.

3 CONCLUSÃO

A proteção de dados é um assunto que gera muita polêmica com repercussão na sociedade em geral. Atualmente a maioria dos indivíduos possuem seus dados pessoais fragilizados por meio de dispositivos tecnológicos.

Este artigo visou dar uma roupagem ao tema, a fim de levantar diversos aspectos em questão, despertando o leitor para circunstâncias que talvez não pudessem ser discernidas sem uma pesquisa esquematizada.

É preciso dar um amplo debate sem paradoxos ou teorias conspiratórias, analisando o problema sobre diversos aspectos, não só o legalista, mas também os fatores de ordem tecnológica.

O tema em questão ainda não está pacificado, não temos ainda um apanhado de jurisprudências ou doutrinadores que trabalham esse assunto. Por ser ainda um aspecto pouco despertado nas relações sociais, faz-se necessárias pesquisas nesse sentido que busquem despertar na sociedade a curiosidade levando à uma profunda reflexão.

Insta salientar que a população em geral ainda não conhece a tipificação e os direitos concedidos pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), por isso, na prática, muitas vezes as atitudes ilegais de determinados indivíduos, organizações criminosas e empresas, acabam passando despercebidas.

O presente artigo apresenta grande relevância social, visto a quantidade de pessoas que são atingidas pelo processamento e manipulação de dados de forma ilegal tornando-se vulneráveis, ferindo princípios constitucionais e dispositivos do Código Civil, como por exemplo, o direito a personalidade e a liberdade. Faz-se necessária a efetiva implantação da LGPD, de forma a coibir atitudes que desabonem a dignidade da pessoa, protegendo a intimidade.

Além disso, tornam-se cada vez mais necessárias políticas públicas que conscientizem a sociedade para que possam fornecer seus dados pessoais cientes de onde realmente serão armazenados, bem como a forma que serão utilizados.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEZERRA, André L. M.; **A lei 13.709/18 e os Novos Desafios da Proteção de Dados Pessoais e Identidade**. Recife, 2019.

BRASIL. Ministério da Segurança Pública. Lei n.º 13.709/2018. **Lei Geral de Proteção de Dados**, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais. Brasília: MJSP, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 22.337/RS**. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Diário da Justiça, Brasília, DF, 20 mar. 1995.

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

COTS, M., & OLIVEIRA, R. (2019). **Lei geral de proteção de dados pessoais comentada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil.

DATE, C. J. (2004) **Introdução a sistemas de banco de dados**. Tradução de: Daniel Vieira. 8. ed. Corpus, Rio de Janeiro.

Holzner, B., Holzner, L. (2006) **"Transparency in Global Change: The Vanguard of the Open Society"**. Universidade de Pittsburgh, EUA.

LEMOS, R. Artigo: **Internet brasileira precisa de marco regulatório civil**. Disponível em UOL: <<https://tecnologia.uol.com.br/ultnot/2007/05/22/ult4213u98.jhtm>>. Acesso em: 27 abr. 2021.

SILBERSCHATZ, Abraham; **Sistema de banco de dados**. Tradução de Daniel Vieira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

O DIREITO DE ARREPENDIMENTO E SEUS DESDOBRAMENTOS PERANTE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

NILSON COSTA SOUZA: Advogado, Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito (2017) e Mestrando em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito/Centro Universitário Alves Faria

RESUMO: O Direito de arrependimento se conduz num alicerce ao consumidor em determinadas situações nos casos de cancelamento da compra após a respectiva assinatura ou posterior aquisição do produto, por esses fatores e outros se compõem num instrumento de apoio ao consumidor em território brasileiro. Importante salientar, o comprador por se tornar a parte "frágil" do vínculo consumerista dispõe de inúmeras garantias em prol da satisfação nas negociações e transações no âmbito do comércio nacional, sendo de perfeita sintonia o conhecimento dessas questões ao se interagir no universo consumerista para saber qual melhor meio para obter produtos/mercadorias do interesse para evitar futuras turbulências.

Palavras-chave: Consumidor, Arrependimento e Compras.

ABSTRACT: The right of repentance is based on a foundation for the consumer in certain situations in cases of cancellation of the purchase after the respective subscription or subsequent purchase of the product, for these factors and others are made up of a consumer support instrument in Brazilian territory. It is important to note that the buyer, for becoming the "fragile" part of the consumerist link, has numerous guarantees for the satisfaction of negotiations and transactions within the scope of national commerce, and the knowledge of these issues is perfectly in tune when interacting in the consumer universe to know what better way to obtain products / goods of interest to avoid future turbulence.

Keywords: Consumer, Repentance and Purchasing.

Sumário: 1. Introdução – 2. A função do direito de arrependimento na relação de consumo: 2.1 Compra de passagens aéreas nas fontes de comunicação á distância; 3. A questão das compras nas dependências externas ao estabelecimento comercial: 3.1. Restituição da quantia paga pelo consumidor; 4.A possível aplicabilidade do direito de arrependimento

nas comparas realizadas no interior dos estabelecimentos comerciais:4.1.O desvirtuamento do prazo de arrependimento; 5. Considerações: 6.Referências Bibliográficas.

1.INTRODUÇÃO

No referido Artigo Científico irá versar sobre um "Instituto" condizente ao consumidor em prol da sua defesa ao realizar respectivas transações nas dependências externas ao estabelecimento comercial, pois o Arrependimento nesse cenário se tornar um direito perante a parte mais vulnerável no relacionamento composto pelo Comércio e População, tendo em vista, pessoas interessadas em obter produtos mediante fontes digitais ou via telefone que não tenham a possibilidade de analisar a olho nú o produto almejado. Vale destacar, os altos índices de reclamação perante aos Órgãos de Defesa ao Consumidor em compras obtidas nessas situações e a dificuldade do cidadão em solicitar aquela determinada compra em consonância com o gênero, número e espécie conforme a negociação compactuada com o vínculo comerciário.

As diretrizes instituídas no Direito de Arrependimento não se torna simplesmente um ato de restituir um produto para a empresa de origem em casos de insatisfação, e sim uma prevalência dos direitos ligados ao consumidor que compõem uma esfera da civilização de conhecimento leigo, sendo assim, dispõe de um alicerce ao se interagir ao realizar compras num ambiente externo que não seja do local de vendas da empresa pertinente, além disso, uma defesa aos compradores em relação à condutas desleais de determinados comerciantes que agem maldosamente ao vender seus produtos se abstendo o dever de Boa-Fé perante a sociedade. Vale frisar, com a alta tecnologia e facilitação das negociações e transações comerciais, as normas jurídicas pertinentes ao caso, se torna essencial acompanhar as mencionadas evoluções no mundo comercial, infelizmente denota-se, uma desaceleração na fluidez das normas jurídicas, no qual o consumidor, inclusive, os comerciantes ficam sem saber qual conduta apta para lidar em certas situações, tendo em vista, a inexistência de um respaldo jurídico.

A população por inúmeras vezes num ato de inocência adquirem inúmeros produtos ou serviços por acreditar que necessite das referidas especiarias, entretanto, ao vivenciar a realidade, principalmente no âmbito financeiro, se depara com um profundo arrependimento, em que por acreditar na conduta "leal" dos fornecedores na impossibilidade de substituição ou devolução da quantia, acabam tendo que ficar com as compras indevidas e arcando com imensos gastos, no qual trará danos para o consumidor e toda sua família. Por essas questões e outras, se torna de suma importância a explanação e divulgação do assunto em canais jurídicos e demais linhas de aprendizagem no cunho do Direito de Consumidor com o escopo de conscientizar as pessoas sobre os direitos atinentes em transações comerciais para se ter uma relação honesta e saudável entre o corpo social e os empresários.

2. A FUNÇÃO DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO NA RELAÇÃO DE CONSUMO

Na atualidade um dos assuntos mais expressivos da Lei nº 8.078, do dia 11 de Setembro de 1990, denominado e conhecido nacionalmente como Código de Defesa do Consumidor, o Direito de Arrependimento insculpido no Artigo 49 da referida legislação se consubstancia num alicerce em casos de desistência da compra a partir do instante que houve a assinatura da respectiva ou recebimento do produto, contudo, a transação (contratação e fornecimentos de produtos e serviços) deveria ser realizada fora das dependências da empresa responsável, em destaque, por meio telefônico ou domiciliar. Cumpre ressaltar, esse procedimento deveria observar o prazo de 07 (sete) dias á contar da assinatura contratual ou da obtenção da mercadoria ou do serviço compactuado. Nesse sentido, se torna de suma importância para se fazer ao uso do direito de arrependimento, acatar o devido prazo, também se atentar os devidos parâmetros descritos no Artigo 132 do Código Civil, ou seja, exclui o dia do início, e computa-se o dia do vencimento, conforme a dissertação de Rizzatto Nunes (2018,p.487,12ºed): “Por, ora diga-se que para a contagem do prazo aplica-se supletivamente a norma do Código Civil (art.132). Assim exclui-se o dia do início e inclui-se o último dia.” Se por ventura, se o dia da contagem inicial for no domingo ou final de semana, prolonga-se o início para o primeiro dia útil subsequente, na mesma esteira, se o vencimento se der em dia não útil posterga-se para o próximo dia útil.

Impende destacar, o tão mencionado prazo decorrente ao cenário em análise, se compõe num direito de mera liberdade do consumidor, ou seja, não admite rejeições, bem como, inexistente a necessidade de se justificar em proveito do feito, no caso em tela, se coloca em destaque, o afastamento ao direito em perdas e danos pelo exercício regular em discussão, se acatado dentro do período imposto, ou seja, 07 (sete) dias conforme mencionado no paragrafo anterior. Por esta razão, se tem um nítido avanço em prol do consumidor, tendo em vista, o atual código civil não reconhece nenhum amparo ao arrependimento aos contratos regidos a sua época (2002), vale ressaltar, o caso não se vincula para vendas á contento ou a *ad gustum*, neste seara preleciona Flavio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves (2020, p.596, 9º ed):

Deve ficar claro que não se trata de venda a contento ou *ad gustum*, tratada pelos artigos. 509 a 512 do CC, pois nesse caso há necessidade do comprador motivar as razões da sua não aprovação.No tipo do art. 49 do CDC, dispensa-se qualquer motivação para o exercício do arrependimento dentro do prazo de reflexão.

Cuida-se de analisar, a relevância das modificações primordiais do Projeto de lei 281/2012, em destaque, ampliação do aludido prazo de arrependimento de 07 (sete) dias para 14 (quatorze) dias, conforme os Países que compõem o continente europeu, além

disso, a amplitude de casos para aquisição do direito em análise, pois quando se institui o Código de Defesa de Consumidor as vendas pela internet e demais meios semelhantes não se encontravam em ascensão em comparação a sua alta rotatividade do momento atual, no qual os efeitos desse arrependimento também seria aplicados para esses âmbitos de vendas. Importante salientar, os contratos realizados por meio eletrônico, também esta como pauta para inserção do atinente projeto legislativo, sendo assim, seria acrescentado mais um paragrafo destinado para mencionada modalidade.

Os ditames instituídos no paragrafo do Artigo 49 da legislação supramencionada, dispõe que o direito de arrependimento veda o enriquecimentos ilícitos por parte do fornecedor em decorrência de método agressivo de venda, no qual se houver a ruptura contratual por iniciativa do consumidor, o comerciante devera restituir o valor recebida da compra cancelada com os valores monetariamente atualizados.

Infelizmente, o direito em dissertação, ou seja, o de arrependimento não explana nenhum direcionamento condizente ao futuro do produto recebido pelo comprador, pelo logica do bom senso e da boa-fé e demais princípios inerentes a relação de consumo, deveria a referida mercadoria ser restituída imediatamente ao fornecedor, entretanto, alguns fatores podem afetar essa devolução como se já existir uma danificação no produto ou foi extraviado sem culpabilidade do consumidor, além disso já se encontra em consumação pelo o usuário. Essa indagação será necessária uma serie de fatores para ser averiguado, para se presumir uma provável responsabilidade ao caso exposto, pois o direito a restituição encontra-se comprometido nessa vertente, transpassando uma inviabilidade perante o fornecedor devido um notável prejuízo material e financeiro para seu empreendimento, pois o produto não poderá ser reaplicado para venda para outros consumidores.

Contudo, nesse cenário deverá consumidor se atentar a conservação do produto, pois, inicialmente, se a entrega foi efetuada, o mesmo dispõe da titulação de "possuidor" ou "depositário", no qual se tem uma linha de entendimento sobre uma possível e evidente propriedade do produto recebido. Deste modo, se caso ocorrer uma desvalorização, perecimento ou até mesmo uma danificação na mercadoria por ato do consumidor, poderá este até finalizar o pacto contratual, se eximindo nas obrigações prevista contratualmente, contudo, devera se responsabilizar pelo estado do produto, que ao invés, de obter a devolução da quantia paga para aquisição do objeto, devera o usuário realizar o ressarcimento ao fornecedor pelas decomposições ocasionadas, essa questão se envolve em prol do principio do enriquecimento ilícito, por isso se torna de plena relevância, a honestidade do usuário antemente para solicitar o pleito em discussão.

Nesta oportunidade, se tem a nítida impressão da interferência do direito alemão nos anseios no qual o Código de Defesa do Consumidor estabelece para população residente no Brasil com a finalidade de impedir o enriquecimento ilícito de uma das partes

envolvidas na relação consumerista, pois a lealdade, dignidade e demais valores embutidos em prol de uma boa-fé deve prevalecer em todos as vertentes numa transação comercial, tecendo comentários acerca da matéria, se tem a conotação de Claudia Lima Marques (2016, p. 967, 8^oed):

Nesses termos é a solução do direito alemão, que nos parece adequada ao espírito do CDC, pois pode ser de interesse do consumidor livrar-se do vínculo contratual, mas não é justo que enriqueça sem causa. Assim, com boa-fé resolve-se o vínculo e regula-se a volta á situação anterior, sem que ninguém ganhe com isso.

Com esse enredo de indefinições trazido pelo Artigo 49 da Lei 8.078/1990, fica plenamente viável a necessidade, que o projeto legislativo terá que suprir essas lacunas e demais existentes, para que possa existir uma relação saudável entre consumidor e fornecedor, pois os comerciantes e empresários no ramo de vendas, preferem outras formas de vendas, com o proposito de evitarem eventuais problemas com os compradores, evitando assim, o enriquecimento sem causa dos mesmos, para que o principio da Boa-Fé objetiva sempre prevaleça conforme as diretrizes instituídas pela Política Nacional de Relação de Consumo (Artigo 4 e incisos da legislação supracitada).

2.1 Compra de passagens aéreas nas fontes de comunicação á distância

Atualmente os direitos e concepções em torno do mundo de vendas e compras sempre se apoiam em decisões e legislações que regem os relacionamentos entre fornecedor/comerciante e consumidor, entretanto, algumas disposições encontram-se lacunas trazendo uma complexidade ao caso, como exemplo a aquisição de passagens aéreas via meios de comunicação á distancia em que se traz uma controvérsia no cenário jurídico brasileiro.

Neste diapasão, há posicionamentos que impedem aplicabilidade do artigo 49 da legislação supramencionada, sob argumentação do consumidor ter consciência do fim social do produto que esta adquirindo, desvinculando com as diretrizes relativas ao direito do arrependimento. Contudo, jamais deve haver prejuízo para os compradores, pois não é acepção do Código de Defesa do Consumidor que sempre enaltece a figura do "consumidor" como a parte vulnerável e protetora de todas as ordens comerciais no qual são submetidas, além disso, se torna abusivas e de mera ilegalidade as multas cobradas pelas empresas aéreas no aludido período de arrependimento, bem como, restituição dos valores pagos com todas as atualizações disponíveis.

O cerne da questão se respalda diretamente no projeto legislativo 281/2012 para incluir claramente a incógnita desse aspecto com o direito ao consumidor de reincidir o

contrato realizado com a empresa aérea num momento anterior a viagem num prazo distinto (estipulam-se 72 horas) devido à burocracia das empresas aéreas, também, as condições contratuais serem distintas dos demais pactos jurídicos celebrados. Convém ressaltar, a dinâmica se apoia numa soberania disfarçada das empresas que vendem as passagens, em que empregam normas, as vezes, insatisfatórias ao consumidor, mesmo ingressando ações jurídicas ao caso, pela lentidão que o Judiciário apresenta se torna intempestivo para sanar a necessidade existente ou até mesmo a ocorrência de um dano oriunda pela demora do ressarcimento do dinheiro solicitado.

Nessa seara, deveria aplicar o bom senso de ambas as partes, e a razoabilidade e proporcionalidade sendo fatores primordiais para definir a problemática exposta, vale ressaltar, o consumidor almeja desistir da viagem e obter o dinheiro investido na mencionada aquisição, entretanto, a empresa por questões de planejamento e organização supre de burocracia para cancelar e restituir as devidas quantias, por mais, a estrutura financeira das empresas que vendem passagens aéreas sejam superior perante as condições econômicas do consumidor. Por essas vertentes e outras, devem ser analisados todos os casos de forma individual, para se constatar a existência de razões que demonstrem a necessidade do referido cancelamento para exercer o procedimento de devolução do dinheiro empregado ao consumidor, contudo, se houver má-fé de alguma parte envolvida na relação consumerista, deve-se aplicar as medidas jurídicas cabíveis ao cenário em análise.

3. A QUESTÃO DAS COMPRAS NAS DEPENDÊNCIAS EXTERNAS AO ESTABELECIMENTO COMERCIAL

O consumidor como reação básica de todo ser humano que por razões de sobrevivência e modernidade pretender obter produtos e serviços para sua readequação em sociedade, em que se torna essencial a pesquisa dos itens almejados, pois o poderio econômico das pessoas se torna incondizente com as quantias exigidas para obtenção dos adereços. Com as pesquisas realizadas, rotineiramente os interessados comparecem ao local de venda para realizarem o contrato jurídico, com a finalidade de lucro os profissionais da venda podem oferecer inúmeras opções aos clientes como forma de expandir as opções, conseqüentemente, uma possível venda concretizada.

Nesta esteira, o consumidor está apto a vivenciar constantes modificações na sua vontade de comprar devido às diversidades de propostas oferecidas pelo vendedor, neste ângulo, inexistente alguma ilicitude no cenário exposto, tendo em vista, o comprador está tendo acesso aos produtos podendo-o examinar de forma física, todavia, o consumidor não se encontra preparado mentalmente para se deparar com atitudes agressivas de vendas condizentes com uma gestão invasiva dos comerciantes. Com esses fatores o consumidor não dispõe de lucidez, em boa parte das vezes, para se abster de condutas

manipuladores, até certas vezes, consideradas desleais, por esses questionamentos e outros se torna primordial a presença do direito de arrependimento no ordenamento jurídico brasileiro como forma de amparo para as pessoas que são consideravelmente “leigas” na relação de consumo.

Vale destacar, o dever de informar que o fornecedor dispõe nesse enredo, e o direito de ser informado que os consumidores mantem ao seu favor, se torna mais que essencial nesta análise, para perfeita formosidade de uma relação jurídica. Nesse ângulo se tem a explanação de Rizzatto Nunes (2012, p.99,7ªed) “No que tange ao dever de informar das pessoas em geral e das pessoas jurídicas com natureza jurídica privada, é o Código de Defesa do Consumidor que estabelece tal obrigatoriedade ao fornecedor”. Infelizmente no âmbito pratico o fornecedor se abstém desse dever, em que, aqueles que queiram comprar ou são praticamente obrigado a comprar no mínimo tem o direito de serem informados minuciosamente sobre as características da compra efetuada, pois a função de um vendedor não é apenas um mero informante da quantia do produto, e sim um divulgador de todas as funcionalidades do produto com o escopo de conscientizar o consumidor para deixar o livre arbítrio para o mesmo decidir se adquirir o produto ou não.

De praxe, se define como compras realizadas aquelas efetuadas em ambientes externos em relação aos compartimentos da empresa, no qual o cliente, não terá acesso em examinar de forma física o produto, salvo, regramentos específicos do negocio jurídico. Ainda assim, pelo auto nível de manipulação dos vendedores que conseguem atrair consumidores em determinados locais, e conseguem expor vídeos, e de maneira audaciosa oferecem bebidas alcólicas para estimulares os mesmos comprarem os produtos de forma inconsciente. Nessa vertente, se tem a nítida comprovação que os comerciantes ao transcorrer dos anos impõe técnicas de vendas que submetem as pessoas comprarem indiretamente de forma obrigada, ou seja, imposta, não permitindo direito de negação, neste caso se torna de plena necessidade as autoridades monitorizarem as respectivas pratica e neutralizarem as condutas dos comerciantes para uma harmonização nas transações supramencionadas, pois neste caso detona-se uma notável manipulação dos comerciantes em relação às pessoas, no qual transpassa uma superioridade indevida perante uma inocência da população.

Nessa linha de entendimento, se tem a notável dissertação de Felipe Peixoto Braga Netto (2013, p. 354, 8ª ed):

Considera-se contratação feita fora do estabelecimento comercial aquela em que o fornecedor, valendo-se de ousadas técnicas de marketing, convida consumidor a comparecer em determindos local, onde são veiculados vídeos e oferecidas bebidas alcólicas , e depois os consumidores, sob sutil pressão psicológica, são convidados a assinar contratos relativos aos bens oferecidos.

Assim, percebe-se a submissão dos consumidores perante atitudes afrontosas dos comerciantes, em destaque, em vendas realizadas por catálogo, domicílio, reembolso postal, fax, videotexto, internet, aplicativo de celular e demais métodos que incorporem a modalidade de venda num ambiente externo ao local de venda, pois o comprador se encontra num patamar de vulnerabilidade e não contém informações necessárias do produto/serviço para averiguar presenças de defeitos ou outros impecílios que impossibilitem a devida utilização. Vale destacar, uma análise do cenário conflituoso que vai emitir se aquisição feita pelo consumidor, foi executada em searas externas ou internas do empreendimento comercial para uma provável restituição do produto e valores.

É premente que se deixe claro, se por acaso, se comportar num costume entre o fornecedor e consumidor transações mediante telefone e demais meios de comunicação, onde a negociação estava em andamento por um determinado tempo, no qual foram discutidas e acertadas todas as peculiaridades em relação ao produto e mercadoria, além disso, já ter efetuado compras anteriores da mesma mercadoria e após finalização contratual, bem como, recebimento do produto, houver desistência do referido pacto ou solicitação de restituição não poderá se recorrer ao supramencionado direito, exceto, se houver alterações no produto equivalente gênero, número e espécie sem anuência do cliente.

O procedimento insculpido no Artigo 49 da Lei nº 8.078/1990 não impõe obrigatoriedade de uma solicitação escrita do consumidor para realização do negócio jurídico, pois, pressupõe que um simples requerimento não condiz com uma veracidade de que o produto foi recebido conforme requisitado, ou que houve modificações na essência do objeto, neste caso, proporcionando assim, uma insatisfação ao consumidor, tendo assim, a nítido apelo ao direito em análise. Nesta seara, se tem o sábio entendimento do Doutrinador Nelson Nery Junior (2019, p.769, 12º ed): "O Código lhe dá esse direito porque presume, *juris et de jure*, que possa não ter ficado satisfeito e ter sido apanhado de surpresa quanto à qualidade e outras peculiaridades do produto ao serviço."

No caso em tela, existem algumas situações que exigem para formalização do ato, seja realizada em compartimentos externos ao da empresa para sua concretização, como ao exemplo, da compra e venda de imóveis, que comumente é realizada em cartório de imóveis, mediante presença do tabelião, em que, não se pode afirmar que o negócio jurídico foi finalizado em ambiente externo da empresa. Posto que, em casos de aquisição de imóveis, o Superior Tribunal de Justiça, já emitiu parecer mediante Recurso Especial nº 57.789, (Relator: Ministro Ruy Rossado de Aguiar) relatando que marco inicial para computo do prazo de 07 (sete) dias, será a contar da solenidade do negócio jurídico, e não da efetiva entrega do bem, sob a justificativa, de se tratar de uma execução contratual de forma prolongada.

Sobreleva notar, os mecanismos inerente ao marketing estão acoplado ao sistema do direito de arrependimento, bem como, os contratos envolvendo cartão de crédito e de seguro, terão sua exigibilidade suspensa, se o contratante solicitar o devida restituição, independentemente se remessa seja oriunda do fornecedor ou a mando do comprador. Os efeitos dessas ações também se estendem em compras de veículos via presencial, se caso não possuir na loja o modelo de veículo almejado pelo consumidor na concessionária, e o vendedor fazer o pedido via sistema interno da empresa, em que os mecanismos insculpidos no Artigo 49 da Lei protetora do Consumidor (nº 8.078/1990) também devem prevalecer nesse contexto.

Cumprе salientar, o aludido feito não se condiz com a presença de vício de produto ou serviço, sendo desvinculado aos defeitos que caracterizem a ruptura contratual, no qual nesta hipótese se tem a plena nitidez e evidencia ao direito de arrependimento, nos setes dias posteriores ao ato. Infere-se, que a restituição, em nenhuma hipótese, pode ser renunciada em quaisquer relacionamentos de consumo, vale denotar, os ditames do Código de Defesa do Consumidor são de ordem pública, motivos pelo qual se torna nula todas as renúncias, instituídas, em que ratifica todos os direitos certificados. Nesse segmento, oportunidade é a explanação da lealdade e bom senso do consumidor em solicitar os efeitos que abrange o direito de arrependimento, ou seja, não agir com condutas abusivas (2017, p.178, 6º ed): "Em outras palavras, não pode o consumidor agir no exercício deste direito em abuso, desrespeitando a boa-fé e a função social do negócio, servindo como parâmetro o art. 187 do CC/2002, mais uma vez em *diálogo das fontes*". No caso em tela, o empresário ou fornecedor se toda a vez realizar uma troca/substituição solicitada pelo comprador, de forma indireta ocasiona um prejuízo para o seu negócio, principalmente para os micro/empresário que não dispõe de uma estrutura significativa nos seus empreendimentos, por esses motivos, aqueles que forem solicitarem o feito acima discorrido, deve-se usar da honestidade e bom senso para se agir com integridade nas transações pertinentes ao fato jurídico em discussão.

Por isso, a denuncia vazia que muitos operadores das Ciências Jurídicas intitulam o respectivo direito, como uma proteção jurídica da população diante prováveis ilicitudes dos agentes comerciais dentro do prazo legal, sendo desnecessário um método próprio para requerer o feito, ou seja, não se exige formalidades (exceto casos de compra de imóvel, como mencionado anteriormente).

3.1 Restituição da quantia paga pelo consumidor

O poder de romper o contrato firmado com o fornecedor no prazo de 07 dias se torna plenamente viável para o consumidor de obter todo o dinheiro investido com atualização monetária, pois o cenário retornou ao status anterior, fazendo jus á respectiva

devolução, tendo em vista, essa questão se vincula claramente com a dissertação do paragrafo único do Artigo 49 da Legislação consumerista.

Um atributo nesse ambiente nasce com uma incógnita, referente aos gastos de envio e reenvio do produto, ficara como incumbência de qual parte nesse “liame”, pois os órgãos judiciários, como o Superior Tribunal de Justiça no instante não emitiu nenhum posicionamento. Por sua vez, de acordo com a linha de raciocínio do Código de Defesa do Consumidor que mantem a tendência em prol da defesa do comprador, terá assim, o fornecedor a missão de arcar com as devidas custas, além disso, o Código Civil/2002 utiliza a teoria do risco (Artigo 927, paragrafo único) no qual reforça a ideia de quem atuar numa determinada atividade devera se responsabilizar com os prejuízos que ocasionar para outra parte.

O cerne da questão dificilmente se resolvera numa forma amigável, sem conflito entre as partes, pois a empresa se recusara a cumprir com o encargo, exceto decisão judicial, por outro lado, na pratica em se tratando de quantia mínima o consumidor para evitar maiores turbulências pagara as correspondentes taxas para agilizar o tramite. Vale observar, o fornecedor não poderá promover impecílios e muito menos prazos, para executar a restituição para o consumidor, bem como, se tornam nulas as normas contratuais que vedem para a população a escolha de reembolso do montante pago (Artigo 51, II, da Legislação supracitada).

No caso em analise, se discute o tão valorizado reembolso ao consumidor, perante as compras efetuadas nos moldes que o cenário determina, entretanto, não consta apenas a honestidade dos comerciantes em exercer o ato instituído em norma do Consumidor, e sim uma forma de defesa á população, como se estivesse revestido no papel estatal em não trazer danos, e principalmente proteger os consumidores. Neste diapasão, o poder legislativo, representado a função governamental proveniente a Lei nº 8.078/1990 determina as linhas diretivas em proveito da efetivação do principio da dignidade humana, pois esta garantia emite valores de enorme respeito e resguardo para todos os cidadãos, conforme menciona os Doutrinadores Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Ingo Wolfgang Sarlet (2018,p.282,7º ed):

Como tarefa o reconhecimento jurídico-constitucional da dignidade da pessoa humana implica deveres concreta de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção, sem prejuízo da existência dos deveres fundamentais da pessoa humana para com o Estado e os seus semelhantes.

Nesse compasso, se tem a plena consciência que a população merece todo o amparo e reconhecimento das autoridades governamentais diante as manobras dos profissionais da venda, que às vezes, aproveita da situação de fraqueza das pessoas para fazer suas vendas e conseqüentemente lucrarem de forma inadmissível, por isso, a respectiva restituição se torna de esplendorosa importância para a sociedade que sofre imensamente com o precário conhecimento das variantes do mundo comercial.

4. A POSSÍVEL APLICABILIDADE DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO NAS COMPRAS REALIZADAS NO INTERIOR DOS ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS

O Artigo 49 da Lei nº 8.078/1990, explana de forma clara que o respectivo direito de reflexão irar se estender apenas em casos de compras realizadas em ambientes fora dos empreendimentos comerciais, no qual em regra, se a transação ou pacto jurídico for realizado dentro das empresas, se torna incabível a atribuição do condizente feito. Importante denotar, a viabilidade da troca do produto ou restituição do valor em casos de compras realizadas no interior dos estabelecimentos, no prazo de 30 (trinta) dias, contudo, não poderá retirar a etiqueta, no caso exposto, trata-se de uma tradição dos fornecedores, desvincula com a legislação vigente.

De outra banda, se não executarem a troca, resta a possibilidade dos fornecedores oferecem outro produto, além disso, devolver a quantia paga ou atribuir abatimento no preço, segundo critério do consumidor, (Artigo 18, paragrafo 1 e Incisos da Legislação em análise) entretanto, se existir vício. Por outro lado, se inexistir vício ou defeito, fica desobrigado o fornecer a exercer essas determinadas incumbências, se por ventura, o trato for realizado nas dependências da empresa. Desta feita, resta plenamente tolerável, instituir os efeitos do prazo de reflexão com a finalidade ao direito de arrependimento em compras realizadas no interior dos estabelecimentos comerciais, por questões analógicas, e principalmente devido os vendedores manipularem os consumidores a comprarem outros produtos que os mesmos não tinham intenção de obter, tendo assim, a nomeada contratação por impulso, proveniente os compradores não terem condições psicológicas para resistir os “ataques” dos vendedores que insistem absurdamente nas praticas comerciais consideradas abusivas.

Em sede no aludido assunto, se tem a dissertação de Fabrício Bolzan de Almeida (2013,p.856, 2º ed):

No entanto, existem contratos firmados dentro do estabelecimento nos quais, em nossa opinião, o consumidor poderia valer-se do prazo de 7 dias para se arrepender em razão da forma como é abordado pelo fornecedor, com o intuito de persuadir o vulnerável a contratar por impulso, sem dar-lhe a oportunidade de reflexão.

Devido as constantes atuações dos comerciantes nas técnicas abusivas de vendas, mesmo ao se tratar, em relação de consumo de forma presencial no interior das empresas, deveriam se ter uns desdobramentos dos efeitos do direito de arrependimento nesses casos também, pois se percebe claramente uma conduta do fornecedor em atrair vendas de maneira desonesta, como ao exemplo de uma festa nas dependências do fornecedor como, no qual as pessoas são convidadas e mediante vídeos, folhetos e demais propagandas são induzidas a fazerem as devidas aquisições sem oportunidade de demonstrar o essencial interesse.

Outro exemplo bastante corriqueiro são as chamadas “ofertas-relâmpagos” no que consiste em divulgar promoções repentinas no interior da empresa, para os frequentadores possuir o produto rapidamente sem a primordial examinação ao produto, em que, ao entendimento jurídico compreende serem viáveis as contemplações instituídas no prazo reflexivo, pois, compreende ser perfeita o cenário que o consumidor não teve de discernimento necessário para análise ficando vedado o poder de escolha, regido por imensa pressão psicologia em obter as mercadorias divulgadas em questão de minutos, sob pena de ficar sem o item da promoção repentina. Em suma, percebe-se que os comerciantes empregam métodos de vendas que ocasionam a manipulação psicológica dos compradores para proporcionar um prazer momentâneo que após as “vítimas” desses atalhos se deparam com a insatisfação ou até mesmo com a lamentação em ter efetuado aquela compra de forma inconsequente, sem utilidade nenhuma daquele bem recém-comprado, no qual se defronta com uma atitude de frustração e almeja desesperadamente o retorno daquele dinheiro que investiu com a devolução do produto, por essas razões e demais, se mostra a plena procedência das diretrizes do tema em dissertação.

4.1 O desvirtuamento do prazo de arrependimento

Os comerciantes e fornecedores que usufruam o prazo de 7 (sete) dias para outros propósitos, esta exercendo uma conduta abusiva e desleal na relação de consumo, pois o referido prazo se concentra unicamente para desistência do ato jurídico realizado á contar do momento da assinatura contratual ou do recebimento do produto, jamais podendo usar o atinente período para demais efeitos correspondente aos direitos da classe consumerista que apresentam uma amplitude de dias superior aos prazo do direito de arrependimento. Um exemplo muito corriqueiro, quando as pessoas adquirem produtos ou mercadorias nos empreendimentos, em que o canhoto consta a substituição da compra no mesmo prazo de reflexão (Artigo 49 da Lei 8.078/1990) ou outro período inferior ao verdadeiro prazo de 30 dias (bens não duráveis) e 90 dias (bens duráveis) contido no Artigo 26 da Legislação vigente.

Na realidade, nota-se uma atuação enganadora e maliciosa de alguns empresários que tem plena ciência dos respectivos prazos de reflexão e de reclamação dos vícios

aparentes ou de nítida constatação, entretanto, numa atitude proposital institui o prazo do arrependimento que apresentam tempo inferior condizente as reclamações perante as trocas ou substituições, vale ressaltar, todos os fornecedores ou responsáveis do comércio são responsáveis solidariamente pelos defeitos presentes nas mercadorias/produtos (Artigo 18 da Lei 8.078/1990).

Importante denotar, o direito de arrependimento não contém nenhum vínculo com o prazo de troca e produtos ou até mesmo reclamações, ambos são adereços distintos, nesse compasso se tem também notável entendimento de Fabricio Bolzan de Almeida (2018, p. 525, 7ªed): “ Por fim, ressalta-se que o direito de arrependimento não esta atrelada á constatação de qualquer vício ou motivação por parte do consumidor”, pois o instituto (tema central desse artigo científico) pode até inexistir algum defeito ou vício, entretanto, o consumidor tem o livre arbítrio para restituir o produto ao comércio de origem e obter os valores pagos com as devidas atualizações, desde a compra seja realizadas fora do estabelecimento comercial, preferencialmente nos meios digitais, por outro lado, o prazo de substituição ou de reclamações impõe necessariamente a presença de defeitos ou vício ocultos e estando o consumidor apto a exigir uma das hipóteses estabelecidas no paragrafo primeiro do Artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor.

5.CONCLUSÕES

Portanto, mediante fatos e disposições jurídicas acima mencionadas se tem a ótica que o mundo que vivemos se demonstra onde a economia é o refugio da sociedade mundial, no qual a ação de comprar não se torna simples um puro ato de esbanjar dinheiro e sim na maioria das vezes uma atitude de subsistência do ser humano. Por outro lado, se tem as empresas ou comerciantes, em destaque, os pequenos e microempresários que necessitam vender seu produto para manter a base financeira dos seus negócios e sustentar a si próprio e seus empreendimentos, conseqüentemente manter em dia a folha de pagamento dos funcionários, se caso houver. No caso exposto, será necessária uma vigilância constante ou de maior rotatividade dos órgãos condizentes a defesa do consumidor nos centros de vendas, polos comerciais e nas empresas que empregam essa modalidade de venda por via digitais com o escopo de orientar os profissionais de venda e os empresários na importância da divulgação dos produtos, além disso, conscientizar os mesmos se caso forem vender produtos que não estejam á disposição no respectivo momento ou se venderem aqueles aptos no exato instante para informar aos consumidores sobre a possibilidade do direito de reflexão (substituição ou devolução com a restituição da quantia condizente).

Impende destacar, o mecanismo denominado Direito de Arrependimento sendo tema basilar do exposto artigo científico se conduzem numa abertura de outros posicionamentos, inclusive, surgimentos de futuras jurisprudências como forma de sanar

lacunas em casos que o assunto não se adegue diretamente, conseqüentemente, uma fortificação aos direitos condizentes aos consumidores, com supedâneo numa reforma ao Código de Defesa do Consumidor (PLS 281/2012) com o proposito para ampliar o respaldo legal da população que atualmente encarece imensamente de amparo jurídico mais eficaz e atuante em comparação aos detrimientos sofridos em compras que ao invés, de agradar, traz diversificados dispêndio para população brasileira.

Cumprê ressaltar, o consumidor por compor a polo mais vulnerável nas transações comerciais deveria se tornar uma constante rotina à ciência dos direitos abarcado nesse âmbito, no qual se contempla num dever governamental aumentar a divulgação nas plataformas de comunicação sobre as disposições do Código de Defesa do Consumidor, nesta esteira, cabe-se aumentar o numero de profissionais nos órgãos de defesa com a finalidade de agilizar o atendimento, se caso for necessário, reestruturar o Juizado de Pequenas Causas para dispor de meios melhores para orientar, em especial, ingressar ações em prol ao consumidor para facilitar esse universo jurídico que sofre com as precariedades no acolhimento daqueles que necessitam, mesmo com as constantes evoluções no declarado meio.

Por essas razões e outras, essa troca de comprar por um lado, e vender por outra se torna a simbologia essencial da economia de uma região, ou até mesmo de uma nação, por isso, o dever de honestidade do cidadão na aquisição de mercadorias em pagar, bem como, aos comerciantes que ao receber o pagamento dos compradores no ato de vender, e no caso em análise, entregar a mercadoria conforme o solicitado pela outra parte, entretanto, se houver a desistência que ambos se comprometam em concluir as condutas perante as legislações condizentes ao caso e assim satisfazer a vontade do consumidor e assim fazer o direito de arrependimento fluir na prática e atribuir segurança jurídica para a população para fazer as futuras aquisições no cenário comercial sem nenhum impecílio, bem como, implantar um Estado Democrático de Direito também no âmbito da Defesa do Consumidor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DE ALMEIDA, Fabricio Bolzan. **Direito do Consumidor Esquematzado**. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

DE ALMEIDA, Fabricio Bolzan. **Direito do Consumidor Esquematzado**. 7 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Editora SaraivaJur, 2018.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O Novo regime das Relações Contratuais**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY, Nelson Junior. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 12 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flavio. **Manual do Direito do Consumidor – Direito Material e Processual**. 6 ed. São Paulo, Editora Método, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flavio. **Manual do Direito do Consumidor – Direito Material e Processual**. 9 ed. São Paulo, Editora Método, 2020.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual de Direito do Consumidor – À Luz da Jurisprudência do STJ**. 8 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

NUNES, Rizatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 7 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

NUNES, Rizatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 12 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO SIGILOSO INSTAURADO POR AGÊNCIA REGULADORA

PAULO FIGUEIREDO FONSECA LIMA: Graduado pela Universidade Estácio de Sá. Advogado. Pós-graduado em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

Resumo – o processo administrativo é o instrumento estatal para desempenho da função administrativa e encontra-se expressamente previsto no art. 5º, LV e LXXVIII, da CR/88. As agências reguladoras possuem atribuição para instauração de processo administrativo disciplinar tendente a verificar a ocorrência de infração às normas do respectivo serviço regulado, quando praticadas essas infrações por agentes privados exploradores de serviço público em que atua a autarquia. Questiona-se a constitucionalidade de lei que pretenda determinar o sigilo desses processos administrativos, à luz dos valores constitucionais que regulam os serviços públicos, bem como de acordo com recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direito Administrativo. Autarquias. Agência Reguladora. Serviço Público. Concessionária de serviço Público. Processo Administrativo Disciplinar. Sigilo. Publicidade. Inconstitucionalidade.

Sumário – Introdução. 1. Processo Administrativo. 1.1 Do conceito e competência para o processo administrativo. 1.2 Espécies de processos administrativos. 1.3 Princípios reguladores do processo administrativo. 1.3.1 Princípio do informalismo. 1.3.2 Princípio da oficialidade. 1.3.3 Princípio da publicidade 1.3.4 Princípios do contraditório e da ampla defesa. 2. Agências reguladoras. 2.1 Conceito, natureza jurídica e características básicas. 3. Processo administrativo disciplinar sigiloso previsto na Lei 10.233/01. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo procura trazer a lume a existência de processos administrativos disciplinares sigilosos, bem como colacionar a recente compreensão do Supremo Tribunal Federal a respeito do assunto. Entremente, procura ainda esclarecer certos conceitos estruturais para a compreensão do tema em análise, como a natureza jurídica e limites dos institutos questionados junto ao Tribunal Constitucional. Fato é que a existência de um processo sancionador sigiloso, qualquer que seja sua natureza, administrativo ou judicial, após mais de 30 anos da redemocratização do Estado Brasileiro, causa certa estranheza. O exercício do poder legislativo, ao fim e ao cabo, não pode ser pautado pela inespecificidade, sob pena de violação aos direitos e garantias individuais.

O artigo é desenvolvido pelo método hipotético-dedutivo. Não é relevante para seu desenvolvimento a pesquisa com base em casos reais eis que o tema possui como referência controle abstrato de constitucionalidade, modalidade de controle pautado pela objetividade. Assim, pretende o pesquisador eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa.

1 PROCESSO ADMINISTRATIVO

1.1 DO CONCEITO E COMPETÊNCIA PARA O PROCESSO ADMINISTRATIVO

Alguns autores consideram inadequada a expressão “processo administrativo”, pois se entende como processo somente o processo judicial. Em um conceito mais amplo, contudo, processo seria o instrumento usado pelo Estado para desempenhar suas diversas funções, sendo perfeitamente possível falar em “processo administrativo”, “processo legislativo” e “processo jurisdicional”. O processo administrativo, portanto, é o instrumento estatal para desempenho da função administrativa e encontra-se expressamente referido no art. 5º, LV e LXXVIII, da CR/88.¹²

Art. 5º - LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

A CR/88 concentrou no âmbito federal – da União – a maior parte das competências legislativas. Em relação ao processo administrativo, há o entendimento de que cada ente, no exercício de sua autonomia, pode produzir suas próprias leis sobre seus processos administrativos, na medida em que todos eles possuem função administrativa. A União não tem em relação ao processo administrativo competência privativa.¹³

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

¹² BRASIL. Constituição Federal da República de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 23 mar. 2022.

¹³ Ibid.

Vale ressaltar que há pequena divergência doutrinária acerca desse assunto. Processo administrativo é, em última análise, instituto jurídico com dupla natureza. Por um lado, envolve elementos fundamentais de direito processual, matéria de competência privativa da União, enquanto que por outro lado envolve matéria de direito administrativo, matéria de competência concorrente entre os Estados, Distrito Federal e União.

Contudo, pautado no elemento preponderante do instituto (direito administrativo) e na unidade de jurisdição, pode-se concluir que processo administrativo é processo, porém no exercício atípica da função judiciária, afastando-o da competência legislativa privativa da União.

1.2 ESPÉCIES DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

Para cada tipo de segmento de atividade há espécies de processos administrativos que podem adotar procedimentos diferentes. Por exemplo o processo administrativo disciplinar é usado para apurar a responsabilidade disciplinar de servidores; já o processo administrativo tributário é usado para correção de lançamento tributário, dentre outros objetos relacionados à atividade fiscal; por sua vez o processo administrativo de outorga é usado para analisar o deferimento ou não de licenças, autorizações etc.

Há, no âmbito da Administração, uma processualidade intensa em virtude do que se entende por processo inominado. Qualquer lide na Administração gera um processo administrativo ainda que não haja previsão legal acerca dele. Requerimentos veiculados no âmbito da Administração Pública acabam por receber tratamento de processo físico, embora nem sempre fosse necessária sua autuação. A tendência hoje é aplicar à Administração o mesmo que ocorre com o processo judicial, criando classes organizadas dessas espécies.

A especificação decorre não apenas da necessidade de impor eficiência ao trabalho da administração pública como também do reconhecimento do Direito Administrativo como área do conhecimento jurídico autônoma, com seus conceitos e tecnologias próprias.

1.3 PRINCÍPIOS REGULADORES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Inicialmente cumpre esclarecer que os princípios orientadores do processo administrativo não são exaustivos¹⁴, conforme se depreende do artigo 2º, *caput*, da Lei

¹⁴ FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo. 4 ed. Bahia: Juspodivm, 2020.

9.874/99, bem como da força normativa da constituição¹⁵, que orienta a elaboração, interpretação e aplicação de qualquer norma infraconstitucional.¹⁶

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

A seguir, apontamos os principais (porém não únicos) princípios que orientam o processo administrativo.

1.3.1 PRINCÍPIO DO INFORMALISMO

Significa que a Administração, na condução de um processo administrativo, pode simplificar as diversas etapas que o integram. Não há necessidade de adoção das mesmas solenidades adotadas no processo judicial. Há, porém, um limite, qual seja a preservação dos direitos do administrado. Não pode a Administração suprimir o contraditório e ampla defesa a pretexto de simplificar as etapas do processo administrativo.

Alguns Estados adotavam dois modelos de processo administrativo simplificado que foram considerados inconstitucionais.

Havia o modelo chamado “termo administrativo” em que todo o processo se concentrava em um único momento. Ainda que a infração fosse leve, essa concentração excessiva prejudicava a ampla defesa. O informalismo foi ao extremo de modo a não preservar de forma satisfatória o contraditório e a ampla defesa.

No modelo “verdade sabida”, se a autoridade, competente para punir, presenciasse a prática da infração, ela poderia dispensar a instauração do processo administrativo e diretamente aplicar a punição, o que certamente também ignora o contraditório e a ampla defesa.

Ambos os modelos, apesar de cumprirem o princípio do informalismo do processo administrativo violavam os direitos da ampla defesa e do contraditório. Logo, nota-se que a jurisprudência há tempos controla a validade do processo administrativo com enfoque constitucional e para além dos interesses da administração pública.

Mandado de segurança. Pena disciplinar. Cerceamento de

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. Curso de Direito Constitucional. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

¹⁶ _____. Lei nº 9.784/99. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm> Acesso em 23 mar. 2022.

defesa. Crítica via imprensa. Verdade sabida. Conhecimento direto. Estatuto dos funcionários públicos municipais de São Paulo. A notícia veiculada em jornal não importa em conhecimento direto do fato, ante a notória possibilidade de distorções. Por isso, não se convoca o instituto da verdade sabida para fugir à imposição constitucional da ampla defesa. Recurso provido.¹⁷

1.3.2 PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE

De acordo com esse princípio, no processo administrativo, o impulso é oficial. A Administração deve adotar as providências necessárias à conclusão do processo administrativo, não deixando processos administrativos em aberto. É evidente que isso não pode ser aplicado em todas as situações, principalmente naqueles processos deflagrados a requerimento do interessado. Nesses casos, se o interessado não impulsionar o processo, pode a Administração determinar seu arquivamento.

Também em razão desse princípio a Administração pode deflagrar processos administrativos de ofício, isto é, independente de requerimento. Aqui não se aplica o chamado princípio da inércia jurisdicional.

1.3.3 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

É um princípio geral da Administração, previsto no art. 37, *“caput”*, da CR/88, mas também um princípio setorial do processo administrativo.¹⁸

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

A Administração deve divulgar as principais etapas do processo administrativo permitindo seu conhecimento pelos interessados. A Administração pode restringir a publicidade, impondo o sigilo, naquelas hipóteses constitucionalmente previstas, tais quais preservação da intimidade.

¹⁷ Supremo Tribunal Federal. Adin nº 5371/DF. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4834219>>. Acesso em: 23 mar. 2022

¹⁸ BRASIL. Constituição Federal da República de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 23 mar. 2022.

O princípio da publicidade não está diretamente relacionado à publicação. Toda a publicidade tem um destinatário e não necessariamente a notícia chega ao destinatário mediante publicação na imprensa oficial. Por exemplo, se no processo administrativo a Comissão de Processo Disciplinar manda intimar o servidor acusado e o advogado dele toma ciência, não há necessidade de se publicar no Diário Oficial. Portanto, publicidade é ter ciência e esse ato pode ocorrer mediante publicação ou não.

Há discussão quanto à extensão da publicidade. Em princípio, publica-se a portaria, a decisão e o nome. É preciso cuidado, porém, com o conteúdo da portaria, de forma a não gerar responsabilidade civil do Estado por “excesso de publicidade” ou por ofensa à honra.

Por sua vez, os procedimentos preparatórios visam a apurar as mínimas informações necessárias à instauração de um processo administrativo. Há uma divergência quanto à possibilidade de a Administração apurar fatos, sem instaurar um processo administrativo e sem dar ciência ao investigado. Há doutrina que entenda não haver publicidade em procedimento preparatório.

Contudo, é necessária a ressalva de que a ausência de publicidade não se equipara ao sigilo. O primeiro é a desnecessidade de informação específica a interessados, que ainda assim podem tomar ciência do ato praticado, já o segundo é a vedação ao conteúdo das informações, de forma parcial ou total.

1.3.4 PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

O art. 5º, LV, da CR, dispõe que, mesmos nos processos administrativos, devem ser observados o contraditório e a ampla defesa.¹⁹

Art. 5º - LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

O interessado tem o direito de produzir todas as provas consideradas lícitas e necessárias. Aplica-se ao processo administrativo a vedação constitucional quanto à produção de prova ilícita. A Administração pode indeferir requerimento para produção de provas manifestamente desnecessárias, protelatórias, desde que a decisão se encontre devidamente fundamentada.

¹⁹ BRASIL. Constituição Federal da República de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 23 mar. 2022.

Há uma ideia de busca da verdade material que permite a Administração maior liberdade quanto à produção de provas no processo administrativo, podendo tomar provas emprestadas etc.

O Superior Tribunal de Justiça havia editado Súmula considerando imprescindível para a validade de processo administrativo a defesa técnica por advogado.

Súmula 343 – É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.

Contrariando a Súmula do STJ, foi editada a Súmula Vinculante 5 pelo Supremo Tribunal Federal.

Súmula Vinculante 5 - A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.

Assim, afirmou o STF que não é indispensável a presença de defesa técnica de advogado para a validade do processo administrativo. Nada impede, porém, que diante de um determinado caso concreto, se verifique que a ausência de defesa técnica gerou cerceamento de defesa.

Em caso de revelia, o Estatuto dos Servidores prevê a designação de defensor dativo que pode ser até mesmo outro servidor. Normalmente, a situação de revelia ocorre nas hipóteses de abandono de cargo. Deve-se ter muito cuidado com essa hipótese, pois muitas vezes não há abandono voluntário de cargo, mas uma situação específica que justifica a ausência.

2 AGÊNCIAS REGULADORAS

2.1 CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E CARACTERÍSTICAS BÁSICAS

São autarquias de regime especial, cujos dirigentes são dotados de mandato fixo, que desempenham a fiscalização e a regulamentação de determinadas atividades econômicas e serviços públicos.

Fiscalização e regulamentação são atividades genuinamente administrativas, precípuas do Estado. Por tal razão, as agências reguladoras se enquadram como pessoas jurídicas de direito público, mais especificamente como autarquias.

Nos anos 90, iniciou-se tendência de privatização na administração pública brasileira. O Estado repassaria a terceiros mediante concessão ou permissão a prestação de serviços públicos, que antes eram desempenhadas pelo próprio Estado. Quando as

atividades eram desempenhadas pelo Estado, o controle era interno. Contudo, com a descentralização, tornou-se necessário, então, criar um arcabouço de fiscalização coadunado com essa nova realidade.

Para suprir esse hiato, surgem as agências reguladoras.

A regra, portanto, é que o Estado só atuará na atividade econômica quando a atividade privada não suprir as necessidades sociais, estritamente na forma do artigo 173 da CR/88.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.²⁰

A devolução das atividades econômicas em sentido estrito para a iniciativa privada e descentralização dos serviços públicos busca uma administração mais eficiente, de resultados.

Por sua vez, o fortalecimento do Estado, buscando ordenar e fomentar condutas que satisfaçam o interesse público e que promovam direitos fundamentais traz a reboque o amadurecimento do Estado Democrático de Direito.

Já a intervenção do Estado indireta por direção ocorre quando a administração pública atua para fiscalizar e ordenar a atividade econômica. A regulação econômico social consiste em atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos agentes públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e realizar direitos fundamentais. Art. 174 da Cr/88.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.²¹

A regulação é atividade complexa, abarcando uma série de outras atividades, não se adequando perfeitamente na repartição de poderes, pois engloba funções

²⁰ BRASIL. Constituição Federal da República de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 23 mar. 2022.

²¹ BRASIL. Constituição Federal da República de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 23 mar. 2022.

administrativas típicas (exercício do poder de polícia), função quase legislativa (poder normativo) e função quase judicante ou judiciariforme (dirimir conflitos).

Dentre as atribuições das agências reguladoras está a possibilidade de requisitar servidores e empregados de órgãos e entidades integrantes da administração pública. Durante os primeiros vinte e quatro meses subsequentes à sua instalação, as Agências poderão complementar a remuneração do servidor ou empregado público requisitado, até o limite da remuneração do cargo efetivo ou emprego permanente ocupado no órgão ou na entidade de origem, quando a requisição implicar redução dessa remuneração.

A função regulatória precede ao modelo das agências reguladoras, que não estão previstas expressamente na CR/88, tratando-se portanto de uma opção do legislador.

A razão de sua existência é a necessidade de criação de um ambiente de estabilidade institucional e segurança jurídica (compromisso regulatório); não sujeição a interesses político-partidários; alta complexidade técnica e fomento de atividades essenciais à economia.

Na qualidade de autarquias pode-se citar diversas características que tocam as Agências Reguladoras, a saber: são criadas mediante lei específica (art. 37, XIX, da CF); são extintas mediante lei específica (princípio da simetria ou paralelismo das formas); seus bens são públicos; possuem privilégios processuais; gozam de imunidade tributária; seu pessoal se submete ao regime estatutário; e são vinculadas ao ente federativo que as criou.

Na relação de vinculação, não há possibilidade de livre revisão dos atos por parte do ente federativo. O controle é finalístico e só pode se dar nos exatos termos da lei (fiscalização condicionada).

São, contudo, consideradas autarquias em regime especial já as agências reguladoras têm maior autonomia. A maior autonomia envolve dois pilares básicos: mandato fixo de seus dirigentes – em tese, não há possibilidade de livre exoneração; obtenção de receitas próprias – além de ter destinação orçamentária, pode receber receitas próprias.

3 DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR SIGILOSO PREVISTO NA LEI 10.233/01

A LEI 10.233/01 previa em seu bojo processo administrativo disciplinar voltado para apuração de atos infracionais e aplicação de penalidades às concessionárias de serviço público que atuam nos setores regulados pela respectiva lei.²²

Art. 78-B. O processo administrativo para a apuração de infrações e aplicação de penalidades será circunstanciado e permanecerá em sigilo até decisão final.

§ 1º A Diretoria da Agência poderá estender o sigilo do processo até a decisão final, por meio de ato fundamentado, para assegurar a elucidação do fato e preservar a segurança da sociedade e do Estado.

O processo administrativo em análise decorre do poder regulamentar e disciplinar conferido às Agências Reguladoras por meio de lei. São poderes essenciais ao exercício de sua função institucional, e mesmo que não estivesse previsto em seus estatutos decorreria logicamente de suas atribuições, pela aplicação da Teoria dos Poderes Implícitos.

Não obstante a presença de lei conferindo tal poder e função à agência reguladora, fato é que qualquer instituto infraconstitucional, ainda que pautado na supremacia do interesse público, deve obediência à Constituição. Logo, a presença de autorização para processar sigilosamente concessionária de serviço público deve ser lida de acordo com a força normativa dos princípios que regem o próprio processo administrativo, em especial o da publicidade e o do contraditório e ampla defesa.

Despiciendo argumentar que o sigilo de processo público é *"contradictio in adiecto"*, ou seja, uma contradição em seus próprios termos.

Nos parece, em verdade, que processar sigilosamente não é verdadeiramente processar, já que o exercício do poder de fiscalizar e punir exercido ao arrepio da Constituição é ilegal e impede seu reconhecimento como um instituto de direito.

De acordo com o Supremo Tribunal Federal o artigo de lei acima colacionado é viciado de inconstitucionalidade material, nulo desde a origem portanto.

Para o Tribunal Constitucional a previsão de processo administrativo disciplinar sigiloso viola a publicidade como elemento essencial do Estado Democrático de

²² Lei nº 10.233/01. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10233.htm> Acesso em 23 mar. 2022.

Direito, sendo o sigilo, nessa espécie de processo administrativo, absolutamente excepcional.

O princípio republicano, da publicidade e do acesso à informação orientam todo o sistema normativo, em especial os atos emanados do poder público em sede de ato administrativo punitivo.

A supremacia do interesse público não justifica o afastamento, como regra, de direito e garantia individual fundamental (extensível às pessoas jurídicas prestadoras de serviço público).²³

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

Art. 5º 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;

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

Sendo excepcionais as hipóteses de afastamento do direito à publicidade, devem estas decorrer de previsão expressa na CRFB. Assim sendo, apenas em casos de proteção à segurança do Estado e da Sociedade e à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas é que está o Estado autorizado a processar administrativamente fato sob o manto do sigilo.

Porém, a previsão constitucional repetida em lei infraconstitucional não cumpre suficientemente a concretização da hipótese de exceção. O exercício do poder

²³ Lei nº 10.233/01. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10233.htm> Acesso em 23 mar. 2022.

legislativo em seu espaço de conformação deve observar a razoabilidade e a estrita legalidade, sem previsões genéricas nas hipóteses de limitação de direitos.

Não foi outra a conclusão do Supremo Tribunal Federal:

Em regra, a imposição de sigilo a processos administrativos sancionadores, instaurados por agências reguladoras contra concessionárias de serviço público, é incompatível com a Constituição. Isso porque (i) a regra no regime democrático instaurado pela Constituição de 1988 é a publicidade dos atos estatais, sendo o sigilo absolutamente excepcional; (ii) a Constituição Federal afasta a publicidade em apenas duas hipóteses: informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança do Estado e da sociedade e proteção à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas; (iii) essas exceções constitucionais, regulamentadas pelo legislador especialmente na “Lei de Acesso à Informação”, devem ser interpretadas restritivamente, sob forte escrutínio do princípio da proporcionalidade; e (iv) o STF deve se manter vigilante na defesa da publicidade estatal, pois retrocessos à transparência pública têm sido recorrentes. Com base nesse entendimento, o Plenário, por unanimidade, julgou procedente o pedido formulado e declarou a inconstitucionalidade do art. 78-B da Lei 10.233/2001.

CONCLUSÃO

Percebe-se, portanto, que o processo administrativo disciplinar é instituto com origem em mais de um ramo do direito. De um lado é instituto jurídico afeto ao Direito Processual, ao passo que por outro lado se relaciona ao Direito Administrativo. Sua natureza jurídica debatida na doutrina não escapa da necessária filtragem constitucional de suas normas.

Nessa toada, deve respeitar não apenas os interesses públicos em jogo, tanto primário como secundário, submetidos às limitações e prerrogativas decorrentes da supremacia e indisponibilidade do interesse público, como também deve se pautar pelos direitos e garantias fundamentais.

Logo, havendo previsão genérica conferindo sigilo ao processo administrativo sancionatório será esta inconstitucional, salvo justificativa legal submetida a interpretação restritiva.

Não cabe ao legislador, sob a frágil proteção de argumentos inespecíficos, limitar direitos e garantias fundamentais.

Apesar da jurisprudência clássica do Supremo Tribunal Federal de que o controle abstrato de inconstitucionalidade não possui efeitos transcendentais, aplicando-se apenas à lei atacada, entendemos como positiva a decisão exarada na ADI 5371/DF, para além da Lei 10.233/01.

Forma-se assim um importante precedente na defesa de direitos individuais face o exercício excessivo de poder punitivo pelo Estado Legislativo, reafirmado a função da Corte Constitucional como protetora da Constituição Federal, instrumento de garantia individual e pilar do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal da República de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 23 mar. 2022.

_____. Lei nº 9.784/99. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm> Acesso em 23 mar. 2022.

_____. Lei nº 10.233/01. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10233.htm> Acesso em 23 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Adin nº 5371/DF. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4834219>>. Acesso em: 23 mar. 2022

CARVALHO, Matheus. Direito Administrativo. 6ed. Bahia: Juspodivm. 2019.

FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo. 4 ed. Bahia: Juspodivm, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. Curso de Direito Constitucional. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ENTENDENDO CONCURSO PÚBLICO

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Pós-doutorando em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca e Instituto Universitário do Rio de Janeiro, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba.

Resumo: Este artigo tem por objetivo realizar um breve estudo sobre o concurso público, conceito, o que diz a Constituição, princípios constitucionais, as exceções, o concurso público corresponde na verdade a processo administrativo. A inexistência de norma específica acerca da elaboração de concursos públicos. A fase interna e externa. Invalidação, revogação e convalidação. O instituto tem um importante papel na sociedade atual, além de contribuir para uma seleção transparente e isonômica entre os candidatos para admissão nos quadros dos órgãos públicos. Os concursos públicos vêm cada vez mais se atualizando a fim de garantir mais igualdade e se encaixar dentro da realidade brasileira. Dessa forma, pode-se concluir que são uma importante ferramenta para promover a mobilidade social.

Palavras-Chave: Entendendo; Concurso; Público.

Resumen: El presente artículo tiene como objetivo realizar un breve estudio sobre lo concurso público, concepto, lo que dice la Constitución, principios constitucionales, excepciones, lo concurso público en realidad corresponde a un proceso administrativo. La inexistencia de una norma específica sobre la elaboración de concursos públicos. La fase interna y externa. Nulidad, revocación y validación. El instituto juega un papel importante en la sociedad actual, además de contribuir a una selección transparente e igualitaria entre los candidatos para el ingreso a los organismos públicos. Los concursos públicos se actualizan cada vez más para garantizar más igualdad y ajuste a la realidad brasileña. Por lo tanto, se puede concluir que son una herramienta importante para promover la movilidad social.

Palabras Clave: Comprensión; Concurso; Público.

Introdução

Os primeiros registros históricos de concursos públicos provêm da China Antiga, por volta de 2.300 a.C, onde há registro de que os oficiais militares, após três anos de serviço, eram submetidos a novos testes físicos e, dependendo do resultado, eram promovidos ou dispensados.

Os concursos públicos são processos de seleção realizados para preencherem as vagas em cargos públicos. A prova tem caráter de seleção impessoal, baseado única e exclusivamente no resultado obtido nas provas e em outras avaliações previstas em edital.

Os concursos públicos no Brasil tornaram-se uma opção muito popular, devido à grande estabilidade de carreira proporcionada e aos altos salários, muitas vezes sem exigência de experiência de trabalho prévia. Com o advento da Internet, os concursos passaram a ser ainda mais concorridos, devido à maior divulgação, juntando-se ao fato do grande desemprego entre jovens em começo de carreira. Aqueles que se dedicam em tempo integral ou parcial aos estudos são denominados de concurseiros.

Desenvolvimento

2.1. O que é concurso público?

Concurso público é um processo seletivo que tem por objetivo avaliar candidatos concorrentes a um cargo efetivo de uma entidade governamental de uma nação. Apesar do processo geralmente ser preparado por empresas especializadas, a responsabilidade da avaliação dos serviços cabe às áreas de Recursos Humanos legalmente designadas.

Geralmente os concursos são exigidos para avaliar a competência dos candidatos relativos ao cargo pelo qual estão concorrendo e também para evitar que políticos ocupando cargos eletivos usem de sua influência para fornecer empregos públicos a parentes e conhecidos, desrespeitando assim os princípios da igualdade e da isonomia.

O concurso não é, pois, um ato, mas um procedimento, ou seja, um conjunto de atos administrativos interligados e realizáveis segundo certa cronologia previamente estabelecida, destinados à obtenção de um só resultado final: a seleção, dentre os vários candidatos, daqueles que melhor possam atender ao interesse público.

2.2. O que diz a Constituição sobre concurso público?

O **art. 37, II, da Constituição Federal** determina que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

2.3. Princípios constitucionais que regem os concursos públicos

O concurso público é regido pelos princípios da **isonomia, impessoalidade, moralidade e eficiência**, sendo a forma mais democrática de ingresso no serviço público, e, por conseguinte, deve ser livre de qualquer tipo de influência, apadrinhamento e perseguições, pois o certame tem que ser realizado com lisura para possibilitar o ingresso do candidato mais preparado intelectualmente, psicologicamente e fisicamente, caso seja necessário, para o cargo.

2.4. Das Exceções

Comissionado

Também chamado de cargo de confiança, o servidor em função comissionada ocupa uma posição de livre nomeação, ou seja, não precisa ser aprovado em um concurso público. Contudo, a ele não é garantido o direito de estabilidade, logo, pode ser dispensado sem justificativa. Exemplos comuns desse tipo de ocupação são ministros, diretores e secretários que desempenham papel como homens de confiança do Governo.

Estagiário

Estagiários ocupam posições temporárias no serviço público; no caso, são vagas destinadas a universitários. Sua admissão se dá por meio de processo seletivo de acordo com as regras do órgão competente. O estágio no setor público é uma alternativa interessante para os graduandos adquirirem experiência profissional. A modalidade é oferecida por órgãos governamentais, empresas estatais, tribunais e outras entidades do segmento. As oportunidades nesse sentido são bastante variadas. Além da atuação na estrutura administrativa, existem vagas em áreas especializadas, como bancos públicos, assistência social, assessoria jurídica, serviços de saúde e imprensa oficial.

Terceirizado

Outra modalidade de ocupação de função no serviço público é por meio da contratação de empresa prestadora de serviço que, por sua vez, é escolhida mediante licitação pública. Em termos práticos, o colaborador não está diretamente vinculado ao órgão público, porém, exerce uma função na Administração Pública. Nesta modalidade, a principal forma de ingresso leva em consideração os termos de contratação estabelecidos pela empresa terceirizada.

Bons exemplos de atividades-meio são aquelas do setor de limpeza, segurança, transporte, manutenção predial e de equipamentos, recepção, terceirização de portaria, etc. Essas são funções importantes dentro de qualquer ambiente de trabalho, mas não exercem influência sobre a atividade pela qual a empresa existe, ou seja, o trabalho em si.

Contudo, com a nova lei da terceirização (13.429/2017), a regra mudou. Agora é possível a terceirização de atividade-fim e também de outras pessoas jurídicas no serviço público. Mas há ressalvas nessa contratação.

Não é possível terceirizar no serviço público atividades que envolvam a tomada de decisão, coordenação, supervisão, controle de órgãos, planejamento e outras funções consideradas estratégicas. Ou seja, não é possível terceirizar as funções mais importantes dentro dos órgãos públicos. No entanto, existe a possibilidade de contratação de equipe terceirizada para auxiliar e dar apoio à essas funções, como auxiliares de fiscalização e serviços terceirizados bombeiro civil.

Temporário

São aqueles contratados por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, art. 37, IX, da Constituição Federal; O regime a eles imposto é contratual, sem vínculo com cargo ou emprego público. Assim como estagiários e terceirizados, servidores temporários não têm um vínculo direto com os cargos públicos. Além disso, essa ocupação é por tempo limitado, como o próprio nome sugere. Por regra, é caracterizada pela necessidade de ocupar determinada posição de interesse público por tempo pré-determinado. Conforme determinado pelo artigo 37 da Constituição Federal, inciso IX, o servidor temporário é admitido por meio de processo seletivo simplificado, tendo em vista que não há tempo hábil para o preenchimento da vaga via concurso público, já que isso demanda um tempo maior para a realização das diferentes etapas do processo seletivo previsto pela Carta Magna.

Exemplos de casos em que são permitidas as contratações temporárias: afastamentos legais de professores ou vacância desses cargos; início de mandato eletivo com insuficiência de pessoal; profissionais da saúde para atendimento a programas intensivos, endemias e epidemias; guarda-vidas temporários; frustração dos resultados de concursos públicos realizados; caso fortuito ou força maior. Calamidades públicas; servidores em afastamentos legais; vacância de cargos; crescimento inesperado dos serviços e criação de novos órgãos.

Agente público

Um agente público é aquele indivíduo que exerce função em entidades públicas, porém, podem ocupar cargos efetivos ou comissionados. Nesse sentido, ele também pode ser definido principalmente por livre nomeação ou designação, dispensando-se, portanto, a realização de concurso público para provimento da vaga.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do Estado, isto é, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado.

O **agente político** é aquele investido em cargo público por meio de eleição, nomeação ou designação. Quem são exemplos disso? Os chefes do Poder Executivo em geral, os membros do Poder Legislativo, do Judiciário e do Ministério Público, dos Tribunais de Contas, os ministros de Estado e os secretários das unidades da federação. É importante dizer que eles não se sujeitam ao processo administrativo disciplinar que é próprio dos servidores públicos estatutários, pois eles têm regime próprio de responsabilização.

Os **agentes delegados**, que são particulares que têm a responsabilidade de exercer uma atividade específica. É o caso de empresas contratadas para fazerem, por exemplo, uma obra. Já os **agentes honoríficos** são profissionais não contratados pela administração públicas, mas exercem, temporariamente, uma função para o Estado. É o caso dos mesários, de membros do tribunal do júri, entre outros. A outra espécie de agente público é a do **agente credenciado**. Eles são pessoas que representam o Estado em alguma circunstância. Aqueles que representam o Brasil em algum evento internacional.

2.5. Do Procedimento Administrativo ou Processo Administrativo

A palavra processo tem origem etimológica no latim *procedere*, que significa seguir adiante. Em razão disso, por muito tempo houve confusão com o procedimento, que se define como “simples sucessão de atos processuais”. Foi necessário que Oskar von Bülow, em sua obra “Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias”, apresentasse os devidos esclarecimentos acerca do assunto, separando em definitivo o conceito de processo do conceito de procedimento.

Nesse sentido, o processo deve ser entendido como um conjunto de atos procedimentais envolvidos por uma relação jurídica travada entre as partes e o Estado, encadeados entre si em razão do exercício de poderes ou faculdades, com vistas à consecução de um objetivo final.

O procedimento, por sua vez, é caracterizado como o modo pelo qual se exterioriza a instauração, desenvolvimento e crise do processo; corresponde, portanto, à sua “manifestação extrínseca”. Noutras palavras, procedimento, faceta formal do processo, “é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo”. A distinção apontada, embora sedimentada com base nas noções de processo judicial, faz-se de todo apropriada também para o processo administrativo.

De fato, Maria Sylvia Zanella di Pietro ocupou-se do assunto para dizer que não se deve confundir processo com procedimento. O processo existe sempre como instrumento

indispensável para o exercício da função administrativa. Assim, a atuação da Administração Pública fica documentada por meio do processo. O procedimento, por sua banda, é identificado como o conjunto de formalidades observáveis para a prática de determinados atos administrativos, guardando assim equivalência com o rito de desenvolvimento adotado pelo processo.

Nesta ordem de ideias é possível compreender que enquanto o processo corresponde a um conjunto de procedimentos, o procedimento representa um conjunto de atos administrativos organizados entre si.

De fato, nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, um procedimento administrativo “é a sequência de atividades da Administração, interligadas entre si, que visa a alcançar determinado efeito final previsto em lei”. O autor ainda informa que o procedimento administrativo constitui atividade contínua e não instantânea, ou seja, representa uma organização que se estende ao longo do tempo por meio de vários atos administrativos iniciais, intermediários e finais.

Apesar de discorrer sobre o processo administrativo disciplinar como bem distinto do procedimento administrativo para recrutamento de agentes públicos, Celso Antônio Bandeira de Mello não estabelece diferenças entre os conceitos de procedimento ou processo administrativo, tratando a ambos como “uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos tendendo todos a um resultado final e conclusivo”. O autor, no entanto, parece voltar a conceituação mais ao procedimento que ao processo, uma vez que cita textualmente como exemplo de procedimento administrativo o concurso para provimento de cargo público, ao lado das licitações.

O concurso público corresponde na verdade a processo administrativo, e, não, a simples procedimento administrativo. O concurso público é compreendido por uma série de procedimentos, ordenados de forma lógica, tendendo a uma solução final. Os procedimentos que integram o processo alusivo ao concurso, por sua vez, compõem-se de atos interligados entre si, a serem praticados em consonância com as prescrições legais, com o objetivo final de selecionar pessoas aptas à investidura nos cargos ou empregos públicos colocados em disputa.

A conclusão ora posta não destoa daquela explicitada por Cármen Lúcia Antunes Rocha, para quem concurso público constitui um processo seletivo público informador do modo de verificar o merecimento dos interessados em investir-se em um determinado cargo, realçando os princípios democrático e republicano e os outros que deles nascem ou para eles convergem.

Oportuno também trazer à colação o conteúdo do art. 50, inciso III, da Lei nº 9.784/99, que dispõe sobre o processo administrativo federal. O dispositivo em apreço

preceitua que os atos administrativos que decidam processos administrativos de concurso ou de seleção pública devem ser sempre motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos. Noutras palavras, o legislador federal claramente referiu-se ao concurso público como sendo processo, não mero procedimento.

Embora não haja uma legislação que especifique e arrole os atos administrativos a serem praticados durante a seleção de futuros servidores, bem como a ordem em que devem ser praticados, a experiência administrativa permitiu que doutrina e jurisprudência traçassem uma sequência a ser observada durante o concurso público. Trata-se então o concurso público de processo administrativo com procedimentos a serem realizados segundo diversos regramentos.

2.6. Rito procedimental dos concursos públicos

Apesar de **inexistir norma específica acerca da elaboração de concursos públicos**, a autoridade administrativa que pretender realizar a admissão de pessoal deverá, antes mesmo de publicar o edital, atentar para uma série de particularidades. Assim acontece por força da incidência indireta de normas sobre a admissão e o controle das despesas com pessoal.

Por tal razão, o procedimento relativo aos concursos públicos é inicialmente dividido em fases interna e externa, estando esta última subdividida conforme as etapas a serem vencidas.

2.6.1. Fase interna

A fase interna corresponde ao motivo pelo qual a Administração Pública vai realizar o concurso público, ou seja, nesse momento, a Administração Pública deve demonstrar a necessidade de preenchimento de vagas por meio do concurso público.

Nessa fase, a Administração Pública define os cargos ou empregos públicos que serão colocados em disputa, bem como a quantidade de vagas disponíveis.

2.6.1.1. O art. 73, V, da Lei nº 9504/97 e seus reflexos sobre os concursos públicos

CONDUTA: “nomear, contratar ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, ex officio, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito” (art. 73, inc. V da Lei nº. 9.504/97).

EXCEÇÕES: a) a nomeação ou exoneração de cargos em comissão e designação ou dispensa de funções de confiança; b) a nomeação para cargos do Poder Judiciário, do

Ministério Público, dos tribunais ou conselhos de contas e dos órgãos da Presidência da República; c) a nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo; d) a nomeação ou contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do chefe do Poder Executivo; e) a transferência ou remoção ex officio de militares, policiais civis e de agentes penitenciários;

PERÍODO/ DURAÇÃO: 3 meses que antecedem o pleito.

EXEMPLOS: 1. Utilizar o quadro de pessoal para promover "apadrinhamento" ou perseguição de agentes públicos, ou seja, usar a máquina de pessoal conforme os interesses de partidos ou candidatos. 2. Fazer a nomeação de aprovados em concurso público que não tenha sido homologado.

OBSERVAÇÃO: 1. a realização de concurso público não é proibida; 2. caracteriza-se a conduta vedada por este inciso se, mesmo quando praticada em circunscrição diversa, ficar demonstrada a conexão com o processo eleitoral. (Ac.- TSE, de 6.3.2018, no RO nº 222952); 3. "serviço público essencial" é interpretado de maneira restritiva, abarcando apenas aqueles relacionados à sobrevivência, saúde ou segurança da população, excluindo-se os relacionados às áreas de educação e assistência social (Ac.-TSE, de 13.8.2019, no REspe nº 38704).

2.6.1.2. A Lei de Responsabilidade Fiscal e os concursos públicos

No que se refere à **Lei de Responsabilidade Fiscal** (LC 101/00) o dispositivo legal a que nós devemos ater é o art. 21:

"Art. 21 - É nulo de pleno direito o ato que provoque aumento da despesa com pessoal e não atenda:

I- as exigências dos art. 16 e 17 desta Lei Complementar, e o disposto no inciso XIII do art. 37 e no § 1º do art. 169 da Constituição;

II- o limite legal de comprometimento aplicado às despesas com pessoal inativo.

Parágrafo único - Também **é nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento de despesa com pessoal expedido nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato** do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20." (grifamos).

De maneira diversa da Lei 9.504/97, a LRF não traz explicitamente exceções à regra do parágrafo único do art. 21. A norma é *genérica*, devendo, pois, ser interpretada de

modo *sistemático e teleológico*, compreendendo, obviamente, a Constituição Federal e a legislação eleitoral, já que menciona mandato. É, porém, mais ampla, abrangendo os três Poderes, o Ministério Público e o Tribunal de Contas.

De antemão, já podemos afirmar que *todas as exceções do inciso V, do art. 73, da Lei 9.504/97, cumpridas as exigências do inciso I, do artigo em comento, também são válidas para dito parágrafo único* – isto porque bastaria tal norma genérica para inviabilizar, sem razão justificável, as exceções previstas na Lei Eleitoral. Ambas as legislações dispõem sobre vedações no segundo semestre de ano eleitoral (*três meses que antecedem o pleito e até a posse dos eleitos é aproximadamente o mesmo que cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato*).

Logo, *no segundo semestre de ano eleitoral*, atendido o inciso I, do art. 21, da LRF, **é permitida a nomeação:** *dos aprovados em concursos públicos homologados até três meses antes do pleito; para cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais ou Conselhos de Contas e dos órgãos da Presidência da República; de cargos em comissão e designação de funções de confiança; e contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo.*

Não faz sentido o Estado *necessitar de pessoal* para prestação de serviço público (*caput*, do art. 175, CF/88), com *previsão orçamentária* para tanto, e ser vedada, pura e simplesmente, a nomeação, tendo em vista a disposição do parágrafo único do art. 21 da LRF. A interpretação literal do preceito provocaria situações caóticas. Não é ocioso lembrar aqui do *princípio da continuidade do serviço público*.

Vamos imaginar um caso em que o prazo de validade de um concurso público homologado, já prorrogado uma vez, se esgotará no segundo semestre de ano eleitoral, e que, nesse momento, surja a oportunidade e necessidade da nomeação: seria ilícita a nomeação dos aprovados, mesmo havendo dotação orçamentária suficiente?

De modo algum. Não há impedimento legal (Lei Eleitoral e LRF). Pelo contrário, na correta interpretação, sobressaem *os princípios da indisponibilidade do interesse público, da eficiência e da continuidade do serviço público*.

A razão lógica da norma é *evitar o endividamento no final do mandato* (princípio da moralidade administrativa), porquanto diz o art. 1º da LRF que esta estabelece *normas de finanças públicas com intuito de responsabilidade na gestão fiscal*. Se há interesse público e orçamento suficiente, é o que basta.

Posto isto, vejamos a rara doutrina e exemplos concretos.

Esclarece a auditora Rosane Heineck Schimtt sobre o parágrafo único do art.21 da LRF, no brilhante Parecer 51/2001 do TCERS:

"A esta conclusão se chega quando se constata que o *objetivo daquele dispositivo da LRF é impedir o endividamento em final de mandato, legando dívidas ao sucessor e subjugando-o a atos de império do gestor público anterior, praticados em seu exclusivo interesse pessoal, sendo objetivo daquela norma impor 'maior seriedade no exercício do poder de gasto', como bem assinala Carlos Pinto Coelho da Mota*". (grifamos).

2.6.1.3. Constituição de Comissão Organizadora

Esta Comissão é responsável por acompanhar e fiscalizar a execução do certame. Após a aprovação pela Comissão, o edital é publicado no site da organizadora e no Diário Oficial (da União, do estado ou do município) e dá-se início à execução do certame.

2.6.1.4. Contratação de terceiros

Os entes públicos necessitam, de tempo e tempo, de contratarem empresas para a realização de concurso público, visando a seleção de seus servidores. É muito comum o entendimento, dos entes, de que a contratação de qualquer empresa pode se dar nos moldes do previsto no artigo 24, inciso XIII, da Lei de Licitações.

Aliás, confirma em parte a tese, o disposto no Acórdão nº 3094/2014, do Tribunal de Contas da União, abaixo:

"1. Converte-se em súmula o entendimento pacificado no âmbito do Tribunal de Contas da União, no sentido de que: "É lícita a contratação de serviço de promoção de concurso público por meio de dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/1993, desde que sejam observados todos os requisitos previstos no referido dispositivo e demonstrado o nexó efetivo desse objeto com a natureza da instituição a ser contratada, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado."

Ocorre que o erro está no detalhe, como disse alguém aí na história. Observemos as exigências do referido artigo:

"Art. 24. É dispensável a licitação:

XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos; (Redação dada pela Lei 8.883, de 1994)"

Requisitos para atendimento do artigo 24, XIII:

1) A contratada deverá ser uma instituição brasileira cujo regimento ou estatuto preveja como atividade principal a pesquisa, o ensino e o desenvolvimento institucional;

2) A instituição também deve comprovar, por meio de documentos hábeis e válidos, que detém inquestionável reputação ético-profissional - o que pode ser feito por meio de declarações de entidades de classe ou associações reconhecidas, não creio que baste apenas o atestado de capacidade técnica, até porque a lei usa a palavra INQUESTIONÁVEL, também devem ser juntados documentos de que nada consta contra a empresa nos órgãos judiciais ou tribunais de contas;

3) Deve tratar-se de instituição sem fins lucrativos. Esse talvez seja o detalhe mais importante. A comprovação também precisa ser objetiva e clara. E a entidade deve realmente praticar isso. Cuidado para aquelas que não tem fins lucrativos, mas os "sócios" são regularmente muito bem remunerados.

Contratação de universidades

É comum e já ocorreu em alguns casos, de se apresentarem para o ente público, um representante de uma "universidade" que detém, em tese, uma fundação ou instituto, que realiza concurso público. Cuidado. Há sim institutos vinculados a universidades, como é o caso, por exemplo, da UERJ. Esta universidade pública, dispõe de uma unidade, que integra sua estrutura administrativa. Portanto, diferentemente de outras, é uma unidade da instituição, não é uma pessoa jurídica "parceira" ou coligada a esta. A CEPUERJ, quando assina um contrato, é representada pelo reitor da universidade.

Esta sim, está isenta de contratação via licitação, sendo lícito seu enquadramento no artigo 24, XIII da Lei de Licitações.

Por outro lado, há instituições que são parceiras de universidades, coligadas ou constituídas por professores ou ex-professores dessas, não se enquadrando, em geral, nas hipóteses onde é permitida a não realização da licitação. Essas são empresas privadas, que visam o lucro.

Pagamento por meio de inscrições

Muitas empresas, alegam que é desnecessária a realização de certame licitatório, sob a alegação de que o ente público nada pagará pelos serviços. Ocorre que isso não é real. A alegação não se sustenta, vez que ocorrem aqui alguns erros graves:

1) Primeiro que há pagamento. A remuneração advém das inscrições. A empresa não receberia tais recursos se não tivesse efetivado o contrato para o concurso. E tais recursos são pagos à administração, pertencem a seus cofres, integram o seu orçamento.

2) Segundo. Todo contrato público deve ter valor fixo. Não há contrato com valor variável ou presumido ou estimado. Como não se sabe o número de inscrições que ocorrerão, não há como ser valor fixo.

3) Terceiro, suponhamos que se estime um valor, prevendo-se um número determinado de inscrições, por exemplo, 3 mil inscritos. Aqui se desdobra em duas situações, muitos desses contratos determinam que se não atingido o número mínimo de 3 mil, o ente público deverá ressarcir a empresa até que se atinja o valor respectivo de tais inscrições. Exemplo, caso somente 2.800 se interessem no concurso, o ente terá que pagar o valor correspondente a 200 inscrições.

E quando o valor ultrapassa este número de inscrições estimadas? A empresa não pode enriquecer-se à custa dos cofres públicos, por meio das inscrições excedentes.

Entendemos que, no caso de excederem o limite pré-fixado, tais valores pertencem aos cofres públicos, deverão ser creditados em sua conta. Deve, portanto, constar do contrato, de forma objetiva e clara, que no caso de o número de inscrições ultrapassar esse limite, os valores deverão ser entregues ao ente público.

Projeto básico

Tal como outra contratação, imprescindível, independente da dispensa de licitação ou não, que o contrato detenha antecedendo a contratação, um anexo onde conste o projeto básico a ser executado, onde deverão conter os requisitos das bancas examinadoras, o número de fiscais, a realização das provas, a garantia de sigilo e segurança, as datas e prazos de provas, recursos, isenção de pagamento de taxas e tudo que envolver o certame. Nos moldes do que consta do Acórdão nº 1111/2010, do TCU.

Sobre a banca examinadora, é bom constar que elas devem ser compostas por professores qualificados (especificando-se a formação pretendida), por exemplo, mestrado na área que elaborará as questões ou doutorado, variando tais requisitos de concurso para concurso. Um concurso para vagas mais simples, até pode-se admitir que as provas sejam elaboradas por professores detentores do título de pós-graduação, mas para vagas cujas exigências são mais complexas, há de se exigir professores detentores de título de mestrado ou doutorado.

Do mesmo modo, deve constar sobre a exigência/necessidade de se realizar prova prática e o peso dessas na apuração final do resultado.

Orçamento prévio e economicidade

Como dito acima, é imprescindível a existência de orçamento prévio detalhando cada despesa, cada custo, todos detalhados e prova de sua compatibilidade com o mercado de concursos. Isso deve estar provado no processo. Ou seja, devem conter provas do atendimento da economicidade, tal qual qualquer contrato público.

Portanto, o preço deve ser devidamente justificado e ser pertinente com o mercado de concursos, inclusive em relação às inscrições e seus valores.

Razão da escolha

No processo, caso opte a administração por não licitar, deve a mesma justificar as razões da escolha da organização contratada, inclusive listando sua experiência e qualificações. Nesse item, o ente contratante deve levar em consideração a existência de nexos entre o objeto a ser contratado e a experiência da empresa, bem como, o que consta em seu objetivo social.

2.6.2. Fase externa

O edital inicia a fase externa do concurso público. O edital é um ato administrativo normativo vinculante, uma vez que fixa regras de observância obrigatória tanto para a Administração Pública quanto para os candidatos.

2.6.2.1. O edital e suas peculiaridades

Em termos práticos, o edital de concurso público nada mais é do que um documento legal cujas informações determinam as regras sobre a seleção das vagas disponibilizadas. Sendo assim, é por meio dele que os candidatos se inteiram sobre as datas, etapas do processo, vagas disponíveis, bem como outros detalhes inerentes ao certame.

Regras gerais do edital de concurso

Também chamado de instrumento convocatório, o **edital de concurso público é um ato normativo das regras que regem as provas do certame.**

Neste sentido, o documento estabelece os critérios necessários para seleção dos candidatos e regulamenta os procedimentos que devem ser seguidos, observando a legislação brasileira, em especial os princípios da Constituição Federal, e, no caso de um concurso público federal, o estatuto do servidor público.

Tão logo o documento seja publicado, todas as partes interessadas no processo seletivo passam a ter **acesso às informações e requisitos necessários para investidura**

no cargo público, podendo, portanto, candidatar-se a uma vaga na Administração Pública direta e indireta, incluindo suas fundações e autarquias.

Vale lembrar que as normas que regem esse processo estão vinculadas ao cumprimento obrigatório tanto dos órgãos públicos quanto dos candidatos. Sendo assim, o edital também é conhecido por “Lei do Concurso”, pois estabelece de forma objetiva e clara todos os aspectos legais do certame, garantindo a compreensão de todas as particularidades do cargo público ofertado.

Principais informações de um edital

Como já destacado, o edital faz parte de um ato administrativo de caráter normativo. Sendo assim, deve ser o documento elaborado a partir da observância às normas constitucionais e legais, submetendo-se, hierarquicamente, e sendo objeto do certame aos princípios aplicados tanto à Administração Pública quanto às leis que regem o provimento dos cargos públicos.

- a) identificação da banca realizadora do certame e do responsável pela promoção do concurso;
- b) quantidade de cargos objetos do edital, incluindo a reserva de vagas para pessoas com deficiência;
- c) denominação das vagas e remuneração inicial, discriminando as parcelas que compõe os vencimentos;
- d) leis que regem sobre o cargo e a carreira;
- e) descrição dos cargos públicos bem como suas tarefas e atribuições;
- f) escolaridade exigida para posse no cargo público;
- g) local e hora da inscrição no concurso e da provável realização das provas;
- h) valor da taxa de inscrição e casos onde se pode obter a isenção, incluindo orientações gerais para entrega do requerimento de isenção da taxa, quando aplicável;
- i) conteúdo programático, isto é, detalhes sobre as disciplinas que serão cobradas em prova teórica e prática;
- j) etapas do concurso e suas respectivas fases, indicando os critérios de classificação e eliminação (incluindo reprovação automática);
- k) exigência, se necessário, de exames médicos e/ou psicotécnicos e antecedentes através de sindicância da vida pregressa;
- l) prazo de validade do concurso e a prorrogação, quando cabível;
- m) escolaridade mínima exigida no ato de posse do cargo — vale lembrar ser vedada a exigência de comprovação na inscrição e demais etapas.

A estrutura básica de um edital de concurso público:

Cabeçalho

Na primeira parte do edital, geralmente na seção introdutória do conteúdo do certame, localizam-se informações gerais sobre o processo, normalmente atreladas ao órgão que disponibiliza as vagas públicas, banca organizadora, número da portaria de autorização da seleção, publicação e número do edital. Além disso, dependendo do edital e empresa organizadora, pode haver também detalhes sobre os cargos e vagas disponíveis.

Tópicos

Uma das principais características do edital é sua divisão por tópicos que abordam temas segundo as respectivas categorias. Dessa forma, pode-se entender de forma clara sobre cada uma das etapas e informações relativas à seleção, como inscrição, vagas e provas.

Além disso, cada um destes temas pode ser dividido em subtópicos, o que traz uma linha sequencial de detalhes essenciais aos candidatos. Dessa forma, a compreensão de todo o certame torna-se também mais simples, afinal, é possível utilizar os atalhos no campo de pesquisa para concentrar direto nos tópicos mais importantes.

Anexos

Outra característica bastante comum nos editais de concurso público são os anexos. Além de facilitar a organização do documento, os candidatos podem tirar suas dúvidas sobre pontos de extrema importância.

Em geral, esses anexos também contêm informações acerca dos requisitos necessários para ingressar na carreira pública pretendida, como formulários de preenchimento obrigatório, pedidos de isenção de taxas, condições diferenciadas para pessoas com deficiência, etc.

Uma parte importante para a aprovação no processo seletivo e que usualmente é disponibilizada no anexo do edital é a lista dos temas de estudo que serão cobrados nas provas, sejam elas classificatórias ou eliminatórias.

Informações para atentar-se no edital do concurso público.

Não é nada fácil se preparar para uma prova de concurso público, sobretudo por conta das questões amplas e da concorrência. Em geral, além da preocupação com os conteúdos que serão cobrados nas provas, é preciso também atentar-se a detalhes essenciais que trazem os certames.

Muitos candidatos descartam a análise criteriosa do edital, partindo direto para informações como o número de vagas, salários, a inscrição e conteúdo programático. Mas outras informações merecem atenção.

Informações para atentar-se no edital do concurso público

Não é nada fácil se preparar para uma prova de concurso público, sobretudo por conta das questões amplas e da concorrência. Em geral, além da preocupação com os conteúdos que serão cobrados nas provas, é preciso também atentar-se a detalhes essenciais que trazem os certames.

Muitos candidatos descartam a análise criteriosa do edital, partindo direto para informações como o número de vagas, salários, a inscrição e conteúdo programático. Mas outras informações merecem atenção.

Disposições preliminares

Nas disposições preliminares, que geralmente estão na primeira parte de destaque no edital, o candidato pode **verificar os detalhes sobre a banca examinadora**, isto é, a empresa responsável pela aplicação do concurso público. Por meio dela, pode-se conhecer mais da dificuldade do certame, afinal, eles seguem um padrão de provas não tão diferentes entre si.

Outro detalhe que deve chamar atenção durante a leitura são os quadros de vagas. Nele, estão definidas o nível de escolaridade, a carga horária e a remuneração do servidor, segundo a função ocupada.

Além disso, será possível verificar as cotas para candidatos com deficiência e pessoas negras. Por fim, observam-se também os critérios de classificação e eliminação da prova objetiva ou discursiva.

Cargos e benefícios

Embora nem sempre ocorra nesta ordem, a sequência do início da maioria dos editais traz informações sobre os cargos que são objeto do certame. Sendo assim, é possível acompanhar também detalhes das áreas de atuação, requisitos mínimos, jornada de trabalho e a remuneração de cada função.

Conforme o tipo de concurso, podem haver inúmeras vagas em aberto. Em resumo, enquanto há vagas para setores administrativos, outras estão atreladas ao setor de tecnologia da informação ou departamento financeiro, bem como demais especialidades. Logo, é preciso estar atento às particularidades de cada um.

No tópico de cargos e benefícios também será possível **visualizar as vantagens oferecidas pelo órgão, como vale-alimentação e transporte, assistência médica, dentre outros benefícios.**

E esse tópico também pode demonstrar, por exemplo, se o candidato reúne as condições mínimas necessárias para participar do concurso, concorrendo a uma vaga na Administração Pública. Dentre os requisitos gerais, destaca-se a idade mínima e máxima, obrigações eleitorais, no caso de homens, documentos comprobatórios, etc.

Inscrição

Os detalhes relacionados à inscrição também são muito importantes, já que data, prazo, valor e até mesmo a possibilidade de concorrer a mais de um cargo são informações que podem ser encontradas neste tópico do edital de concurso público.

É vital observar todos esses detalhes, já que **após o período de inscrição, o candidato é automaticamente desclassificado caso não tenha realizado a sua inscrição e efetuado o pagamento da taxa.**

Sobre esse aspecto, reserva-se o direito a algumas pessoas de solicitarem a isenção do pagamento da taxa de inscrição. Ou seja, é preciso avaliar os critérios exigidos, bem como conferir os **prazos e procedimentos necessários para requerer a isenção.**

É importante também lembrar que nem todos os concursos apresentam as mesmas regras para isentar os candidatos de baixa renda.

Fases do concurso

A **preparação adequada** para o concurso é um passo primordial para garantir o sucesso nesse tipo de investimento. Sendo assim, é igualmente relevante atentar-se para as fases específicas de cada certame.

Geralmente, o edital pode prever as seguintes etapas:

- a) **Prova objetiva:** contém questões específicas, de conhecimentos básicos e complementares e apresenta alternativas de escolha para os candidatos;
- b) **Prova discursiva:** em geral, as provas discursivas normalmente têm o formato de redação, no qual se pretende avaliar os conhecimentos gerais e/ou questões dissertativas;
- c) **Prova prática:** geralmente aplicada em concursos para agentes públicos do setor de segurança como polícias civis, militares, federais e corpo de bombeiros. No entanto, segundo a especificidade de cada função, podem ser aplicadas em outras categorias;

- d) **Prova de títulos:** normalmente cobrada em concursos de nível superior, essa etapa tem por objetivo melhorar a classificação no concurso por meio da atribuição de pontos conforme o grau de instrução do candidato.

Critérios de avaliação

Os critérios de avaliação, assim como os demais pontos, são muito importantes para ampliar a chance de o candidato ser aprovado. Isso porque, além de entender como funciona a seleção, é possível também criar um **plano de estudos específico de acordo com os critérios de pontuação**.

Nesse sentido, é importante saber a forma de avaliação das diversas fases do concurso, pontos por questão, fórmula de cálculo das pontuações, critérios de avaliação da prova discursiva, pontuação mínima para ser classificado para as próximas fases ou aprovado no concurso, entre outros.

Instruções da aplicação das provas

A instrução relativa à aplicação de provas também é um tópico de fundamental importância. Nela o candidato pode verificar os detalhes sobre o **local de prova**, data e **horário do exame**, bem como meios de verificar essa informação, se via e-mail ou banca examinadora, por exemplo.

Ainda neste tópico, é importante estar atento também às **regras de abertura e fechamento dos portões** todos esses detalhes estão disponíveis no edital.

Por se tratar de um regimento, não existe flexibilização da regra em caso de atrasos. Portanto, o horário de início e término é aplicável tanto aos candidatos quanto à banca examinadora. Em caso de descumprimento mútuo, a prejudicada poderá tomar providências cabíveis.

Embora sejam detalhes de menor relevância, não é incomum que candidatos esqueçam canetas ou levem alimentos fora das diretrizes do edital.

Vale lembrar que a cor da caneta, bem como as embalagens dos alimentos podem interferir na realização da prova. Por isso, é imprescindível verificar estas informações previamente.

Os demais aspectos relativos à instrução de aplicação das provas costumam contemplar:

- a) a proibição de equipamentos eletrônicos como calculadoras, relógios ou celulares;

- b) exigência de documento de identificação (RG, CNH, etc.);
- c) instrução e preenchimento do cartão resposta;
- d) prazo mínimo para deixar o local de provas.

Nota final e recursos

A nota final, classificação dos candidatos e a possibilidade de recursos também são aspectos de extrema relevância trazidos pelo edital de concurso público.

Nele, o candidato poderá verificar, por exemplo, quais são os **critérios de desempate, caso seja necessário**. Sendo assim, se observar eventuais **erros no gabarito da prova**, também é possível entrar com um **pedido de revisão da prova**.

Para tanto, o procedimento exige alguns cuidados específicos, como seguir o regulamento à rigor. Dessa forma, ao contrário do que fazem muitos candidatos, vale saber de antemão os direitos para acioná-los caso eles não sejam respeitados. Evita-se, assim, perder a oportunidade de ingressar na carreira pública por desistir ou desconhecer a solicitação de um recurso.

O que fazer se há informação errada ou incompleta no edital?

Não raro em alguns trechos do edital do concurso são replicadas as leis que discorrem sobre determinado tema, incluindo também as regras específicas do próprio certame.

Verificar se há regras ou requisitos que contrariam as leis ou a Constituição Federal pode ensejar o recurso administrativo. É possível que em meio a tantos detalhes, existem informações incompletas, ambíguas ou incongruentes. Por isso, o candidato deve estar atento para não abdicar de seu direito.

Por fim, sendo negado o pedido de recurso, o candidato pode entrar com uma ação judicial, demonstrando assim, perante o Poder Judiciário, que existem falhas que impedem ou comprometem o prosseguimento correto devido do concurso público em razão de inconsistências destacadas no edital.

Alterações no edital de concurso após publicação

Usualmente alterações após a publicação do edital possuem cunho informativo e são aplicadas de modo a dirimir dúvidas em relação a pontos específicos do certame original, ou até mesmo para retificar erros cometidos pela banca examinadora na elaboração do documento. Nesse sentido, são comuns as alterações relativas à descrição do cargo, requisitos necessários para solenidade de posse, etc.

Contudo, nada disso impede que mudanças mais significativas ocorram antes da prova. No entanto, elas devem ser informadas e efetuadas no prazo legal da publicação nos órgãos oficiais dos Estados, municípios ou da União, sob risco de anulação do próprio concurso.

Por isso, mesmo após ter lido todo o edital, o candidato deve acompanhar os canais oficiais para não perder nenhuma atualização ou modificação posterior.

STF e as vagas do edital: jurisprudência

Uma das questões mais relevantes definidas por meio de jurisprudência do STF (Supremo Tribunal Federal) diz respeito à nomeação dentro do quadro de vagas previstas no edital de concurso público.

De acordo com o entendimento do STF, a apresentação de vagas adicionais ou a abertura de um novo concurso cujo objeto seja as mesmas vagas anteriormente ofertadas, **durante o prazo de validade do edital anterior**, não concede, automaticamente, o direito de nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital.

Dessa forma, conforme tese definida no RE [837.311](#), o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público se configura nas seguintes hipóteses:

- I – Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital;
- II – Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação;
- III – Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da Administração.

2.6.2.2. Realização e correção das provas

Em geral, existem duas ou mais fases de provas, como prova escrita discursiva, redação, prova prática, prova de títulos, prova de aptidão física e curso de formação.

Nas provas com questões objetivas, será possível conferir o gabarito preliminar no mesmo dia ou alguns dias após a prova.

Após todas as etapas, haverá o resultado em que os candidatos saberão as suas notas, classificação e aprovação, ou não.

2.6.2.3. Resultados provisórios e recursos

Nesse momento será possível entrar com recurso contra o resultado.

Caso haja algum pedido de recurso, a comissão organizadora deverá analisá-lo e dar uma resposta ao requerente.

Se houver alguma alteração, outra lista será publicada; senão, a lista permanece a mesma.

2.6.2.4. Resultado final, homologação e efeitos

Após julgar os recursos, a banca examinadora divulgará o resultado final do concurso, com a lista dos aprovados e a sua classificação.

Assim, será feita a homologação do concurso, deixando você ainda mais perto de assumir o cargo tão desejado.

Entretanto, a homologação não garante que você será chamado de imediato, pois é a partir dessa data que começa a validade do concurso, sendo 2 anos e podendo ser prorrogado por igual período.

Nesse prazo, os aprovados podem ser convocados e, finalmente, nomeados para serem efetivados como servidores públicos.

2.6.2.5. Aplicação da Lei nº 9.784/99 aos concursos públicos

Uma das leis mais importantes para os candidatos e interessados em prestar concursos públicos é a Lei 9784/99. Criada em 1999, se trata de uma importante lei que versa sobre as normas básicas do processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

A Lei do Processo Administrativo Federal é de extrema importância para os concursos em geral, mas em especial da área administrativa. Essa Lei tem caráter federal, e não nacional, quer dizer, é aplicada dentro da Administração Pública Federal, inclusive no âmbito dos Poderes Legislativo e Judiciário. Por essa razão, as normas trazidas pela citada lei possuem caráter genérico e subsidiário.

2.6.3. Invalidação, revogação e convalidação dos concursos públicos

Um ato é nulo quando afronta a lei, quando foi produzido com alguma ilegalidade. Pode ser declarada pela própria Administração Pública, no exercício de sua autotutela, ou pelo Judiciário.

Revogação é a forma de desfazer um ato válido, legítimo, mas que não é mais conveniente, útil ou oportuno. Como é um ato perfeito, que não mais interessa à

Administração Pública, só por ela pode ser revogado, não cabendo ao Judiciário fazê-lo, exceto no exercício de sua atividade secundária administrativa, ou seja, só pode revogar seus próprios atos administrativos.

Convalidar é tornar válido, é efetuar correções no ato administrativo, de forma que ele fique perfeito, atendendo a todas as exigências legais. A doutrina tradicional não admitia essa possibilidade, aduzindo que, ou o ato era produzido com os rigores da lei, e, portanto, válido, ou era inválido.

2.6.3.1. Controle administrativo do concurso público

Como se sabe, a atividade administrativa está submetida a distintos mecanismos de fiscalização, o que faz com que haja a possibilidade (e a obrigatoriedade) de intervenção de distintos órgãos que, por sua vez, atuarão quando, como e na medida prevista no ordenamento jurídico.

O candidato poderá escolher se ingressará com recurso administrativo ou não, antes de utilizar a via judicial. No âmbito do processo administrativo de concurso público, a Administração Pública deve fiscalizar seus próprios atos, verificando se as normas jurídicas que orientam suas condutas foram ou não cumpridas. Tal circunstância provém da exigência de submissão da atividade administrativa ao ordenamento jurídico (princípios da legalidade e da autotutela), o que impõe o dever de revisão dos atos administrativos que não tenham sido executados segundo os padrões legais.

O controle se inicia a partir da provocação do interessado, tanto ocorrem impugnações às normas do edital, a decisões do órgão selecionador, como também há o exercício do direito de recurso. O exercício do controle administrativo a partir da provocação do interessado tanto poderia ocorrer a partir da iniciativa do cidadão (o que não é tão frequente no direito brasileiro), como do próprio candidato.

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito ao recurso administrativo é uma consequência da norma prevista no art. 5º, XXXIV, "a", da Constituição Federal, que determina que "são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder"; assim como do conteúdo do art. 5º, LV, que estabelece que: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

2.6.3.2. Controle judicial do concurso público

Todas as fases dos concursos públicos podem ser alvo de controle judicial. Bem antes de ser publicado o edital de convocação, o concurso precisa de atos praticados internamente pela administração pública. Esses atos podem ser controlados, em caso de

invalidade, isto é, de nulidade, que se caracteriza quando um ato administrativo fere norma jurídica. As regras do edital também podem ser controladas pelas mesmas razões.

A jurisprudência (o conjunto das decisões de juízes e tribunais) considera que, em virtude do princípio da separação dos poderes (melhor identificado como princípio da especialização das funções), os juízes não podem:

- a) interferir na escolha dos critérios de seleção dos candidatos do concurso, indicados no edital;
- b) interferir nos critérios de correção das questões e de atribuição das notas;
- c) influir na forma de elaboração das questões nem as modificar;
- d) revisar o trabalho da banca examinadora.

Todas essas restrições reconhecem o chamado poder discricionário da administração pública, isto é, a possibilidade que o administrador tem de, nos limites permitidos pela lei, fazer escolhas que, a seu ver, atendam da melhor forma o interesse público. Por outro lado, essas restrições que o Poder Judiciário reconhece não o impedem de anular atos administrativos, mesmo os praticados com base na discricionariedade, sempre que verificar contrariedade à lei. Por conseguinte, sem prejuízo do poder discricionário do administrador público, a administração deve sempre curvar-se ao princípio da legalidade.

Em relação especificamente ao controle das questões de concursos, o Judiciário pode invalidar (anular):

- a) questões que exorbitem da matéria apontada no edital do concurso;
- b) questões que apresentem erros evidentes e graves, os quais as tornem imprestáveis para o exame dos candidatos;
- c) aspectos que firam algum princípio ou regra da administração pública, especialmente a legalidade, ou regras fixadas para o concurso pela própria administração.

Somente em casos de grave ilegalidade cabe ao Poder Judiciário, por meio de interpretação, modificar decisão administrativa da banca examinadora.

Conclusão

O instituto do concurso público tem um importante papel na sociedade atual, além de contribuir para uma seleção transparente e isonômica entre os candidatos para

admissão nos quadros dos órgãos públicos, ele também constitui uma íntima relação com o princípio da eficiência, de forma que a seleção seja adequada para admitir os candidatos mais qualificados para desempenharem os serviços públicos.

É através do uso da meritocracia como critério para selecionar seus agentes que a Administração melhor desempenha as suas atividades; e, ao mesmo tempo, atende aos princípios norteadores do direito administrativo, em consequência disso oferece uma melhor qualidade na prestação de seus serviços.

Para concretizar seu aspecto amplamente democrático, os concursos públicos vêm cada vez mais se atualizando a fim de garantir mais igualdade e se encaixar dentro da realidade brasileira. Dessa forma, pode-se concluir que os concursos são uma importante ferramenta para promover a mobilidade social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 mar. 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 146.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 275.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 397.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 421.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos.** São Paulo: Saraiva, 1999, p. 201.

MEDIAÇÃO JUDICIAL PARA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS – EXPERIÊNCIAS ANTERIORES E AS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS DA LEI Nº 11.101/2005

TALITA DELFINO MANGUSSI E SOUZA:

Tabeliã de Notas e de Protesto de Letras e Títulos em Auriflama, São Paulo. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG), Especialista em Direito Processual Civil pelo Damásio Educacional e em Direito Notarial e Registral pela Universidade Cândido Mendes – RJ, Mestranda pela Escola Paulista de Direito – EPD em Soluções Extrajudiciais de Conflitos Empresariais.

“O tempo do processo não pode estar desconectado do tempo dos negócios” COSTA, Daniel Cárnio.

RESUMO: O artigo se propõe a demonstrar as primeiras iniciativas de mediação judicial no âmbito da recuperação de empresas, desde as audiências de gestão democrática do processo, passando pela experiência emblemática da Recuperação Judicial da OI, até chegar na recente alteração legislativa, impulsionada pelo atual contexto econômico, imbuída do propósito de fortalecer e institucionalizar essa medida adequada de solução de conflitos empresariais.

ABSTRACT: The article intends to demonstrate the first judicial mediation initiatives in the scope of company reorganization, from the democratic management hearings of the process, through the emblematic experience of the OI Judicial Reorganization, to the recent legislative change, driven by the current economic context, imbued with the purpose of strengthening and institutionalizing this adequate measure for resolving business conflicts.

PALAVRAS-CHAVE: mediação judicial, recuperação de empresas.

KEYWORDS: judicial mediation, company reorganization.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. **1.** A audiência de gestão democrática e seus avanços. **2.** Caso da OI – Experiência com mediação (?) **3.** Alterações legislativas e perspectivas. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

A mediação tem ganhado cada vez mais espaço nos debates por soluções extrajudiciais de conflitos civis, especialmente empresariais. Todavia, esse trabalho se propõe a estudar a mediação como solução judicial, utilizada durante o processo de recuperação de empresas, seja sob a modalidade de Recuperação Judicial ou de Falência.

Os princípios a serem observados na mediação judicial são os mesmos, especialmente a autonomia da vontade, a imparcialidade, a oralidade, a busca por uma solução efetiva para as partes envolvidas no conflito.

Esse breve estudo analisará a audiência de gestão democrática do processo, primeira iniciativa de mediação judicial realizada no Brasil, em 2011, o caminho percorrido, com destaque para a mediação judicial na Recuperação da OI até os avanços obtidos com a recente alteração da Lei nº 11.101/2005 que formalizou a conciliação e mediação como medidas cabíveis no âmbito da Recuperação de Empresas.

1.A audiência de gestão democrática e seus avanços

Em meados de 2011, com inspiração na Section 206 do Código de Falências dos EUA, o Juiz Daniel Cárnio Costa, à época titular da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo, começou a realizar o que cunhou de “audiência de gestão democrática”.

A referida audiência, em um primeiro estudo, parece o embrião da mediação judicial nas recuperações de empresas no Brasil. Trata-se de uma audiência em que se reúnem os envolvidos para discutir o tema, substituindo a manifestação e sucessiva das partes, que tende a atrasar a tomada de decisões.

Nesse tipo de audiência, o Juiz tem a função de aproximar as partes e conectá-las com o que têm em comum, que é a existência de crédito a receber da empresa recuperanda e a necessidade da empresa de se reerguer economicamente.

O Juiz atua como uma espécie de mediador ao aproximar o diálogo e promover a construção coletiva da decisão. Essa prática chegou a ser reconhecida como “prática deferida”²⁴ na 12ª Edição do Prêmio Innovare, em 2015.

Os processos de falência e recuperação judicial normalmente possuem complexidade incompatível com a gestão convencional do andamento do feito, que ocorre através de decisões proferidas somente depois da oitiva, por petição escrita, de todos os

²⁴ Disponível em: <[https://www.premioinnovare.com.br/pratica/audiencias-de-gestao-democratica-de-processos-de-insolvencia-\(falencias-e-recuperacoes-judiciais-de-empresas\)/9039](https://www.premioinnovare.com.br/pratica/audiencias-de-gestao-democratica-de-processos-de-insolvencia-(falencias-e-recuperacoes-judiciais-de-empresas)/9039)> Acesso em: 07 jan. 2022

envolvidos no processo (credores, devedores, comitê de credores, administrador judicial e Ministério Público).

A colheita da manifestação escrita e sucessiva de todos os interessados demanda muito tempo, tendo em vista os prazos a serem observados e a burocracia judicial agravada pelo excesso de processos e pelo número escasso de servidores. Entretanto, diversas questões relativas aos processos de insolvência devem ser tomadas em tempo útil, sob pena de se consolidar um prejuízo aos credores e à sociedade em geral.

Por meio das audiências de gestão democrática foi possível acelerar o pagamento de milhares de credores (alguns já descrentes da Justiça), evitar o desperdício dos ativos das massas falidas e evitar o abandono de imóveis e outros ativos com prejuízo ao interesse público (problemas sanitários, urbanísticos e de segurança pública).

As partes tornam-se menos resistentes às decisões judiciais e passam a ser muito mais colaborativas. As partes sentem que não são apenas parte do problema, mas também podem ser parte da solução do caso, participando e colaborando com a condução do processo ao seu resultado útil.

Acompanhando essa iniciativa, foi aprovado o Enunciado 45 na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, promovida pelo Conselho da Justiça em 2016, com o seguinte texto:

“a mediação e a conciliação são compatíveis com a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, bem como em casos de superendividamento, observadas as restrições legais”.

Nas audiências de gestão democrática, os resultados obtidos são aqueles próprios das mediações judiciais, quais sejam: maior transparência da Justiça, menor burocracia, maior satisfação das partes envolvidas no processo e atendimento do interesse social dos entes públicos envolvidos nos grandes casos de insolvência, e finalmente, a efetividade do processo que finaliza com mais rapidez e dá um resultado útil à sociedade.

Antes das audiências de gestão democrática, a abordagem prevalecente era de que a mediação deveria ser usada como um instrumento pré-processual. Todavia, como restou demonstrado, a mediação judicial também permite resultados efetivos.

A mediação judicial garante a utilidade da decisão proferida, condizente com o tempo econômico, com o dinamismo do mercado. Um processo convencional gera prejuízos à uma empresa em recuperação, porque no mercado vale a máxima de que “tempo é dinheiro” e a submissão aos prazos sucessivos e a espera de meses por um simples despacho pode inviabilizar a continuidade da atividade econômica desenvolvida.

Esse modelo de mediação judicial foi utilizado no caso emblemático da Falência da VASP. Em entrevista²⁵, o Juiz Daniel Cárnio Costa conta que uma das deliberações partiu de sugestões dos credores, que demonstraram ser mais vantajoso vender as peças em lotes, vendendo separadamente o que era sucata e o que tinha poder ser aproveitado em manutenções de aeronaves.

Outra sugestão interessante de iniciativa dos credores foi a venda de uniformes, bonés e itens promocionais da VASP para colecionadores. Por certo, o juiz sozinho não seria capaz de compreender o mercado da aviação e a viabilidade econômica de cada item passível de venda. Os credores, em diálogo, construíram a melhor solução possível para o caso, dando o máximo aproveitamento aos ativos disponíveis. A mediação amplia a possibilidade de consenso sem restringir a possibilidade de contestação.

Aos poucos, esse trabalho conjunto e mediador dos juízes que conduzem as recuperações judiciais e falências de empresas foi ganhando força, visibilidade e respaldo institucional.

Em reforço, se colacionam as palavras de Cristina Merino Ortiz, no I Fórum Internacional de Mediação Empresarial, realizado em 2009²⁶.

“É habitual, especialmente nos foros profissionais inclinados a esta metodologia de gestão de conflitos, enumerar as vantagens práticas do processo de mediação, tais como: o menor custo econômico em relação aos outros processos, maior celeridade e confidencialidade, evitando a publicidade negativa que um processo público pode gerar. **No entanto, é especialmente vantajoso o aspecto relacionado com a qualidade dos acordos atingidos e com o fortalecimento e manutenção das relações.**”

Na mesma oportunidade, ainda destacou os efeitos que a mediação gera na própria relação entre as partes, no contexto das relações comerciais e do cumprimento das decisões judiciais:

“Os efeitos de um processo de mediação demonstram a opção adequada quando se pretende fazer negócios e mantê-los no futuro. **O fato de optar por esta via renova o compromisso das pessoas envolvidas**”

²⁵ Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/3834474/juiz-inova-para-agilizar-falencias>> Acesso em 05 jan. 2022.

²⁶ ORTIZ, Cristina Merino. Gestão estratégica de conflitos em âmbito empresarial: transferência a partir da prática da mediação. In AGUIAR, Carla Zamith Boin. Mediação Empresarial – Aspectos Jurídicos Relevantes – São Paulo: Quartier Latin, 2009.

na resolução do conflito, já que se responsabilizam pelo mesmo e pela sua solução, mantendo o controle sobre o resultado do processo e conjugando os diferentes interesses e necessidades. Como consequência desta proposta, o protagonismo adquirido pelas partes implica no cumprimento dos acordos assumidos e no alto nível de satisfação, diferentemente do acatamento das sentenças judiciais que dão lugar a sérios problemas ante o não cumprimento de seu mandato.”

Seguindo a tendência de fortalecimento da mediação, em outubro 2019, a Recomendação nº 58 do CNJ foi editada com o intuito de incentivar a utilização da mediação em processos de recuperação judicial e falência sempre que possível e em qualquer grau de jurisdição.

O ato normativo em questão expõe hipóteses em que a mediação poderá ser implementada. A título exemplificativo, cite-se os incidentes de verificação de crédito, para que as partes acordem quanto ao valor deste; a negociação do Plano de Recuperação Judicial; disputas que envolvam credores não sujeitos à recuperação; dentre outras hipóteses.

Por outro lado, a Recomendação expressamente veda a mediação acerca da classificação do crédito. Atualmente, com as dificuldades econômicas enfrentadas por empresas em decorrência da pandemia de COVID-19, o número de pedidos de recuperação judicial tende a aumentar exponencialmente e um possível colapso do judiciário já está sendo vislumbrado.

Na tentativa de evitar essa situação, medidas alternativas de solução de conflitos estão sendo incentivadas de forma ainda mais intensa.

Os Tribunais Estaduais também têm caminhado nessa direção. Nos Estados do Paraná (CEJUSC), São Paulo (Provimento TJSP CG 11/20), Rio Grande do Sul (Ato 025/2020) e mais recentemente no Rio de Janeiro (ato normativo que implementou o RER), centros conciliatórios e de mediação vêm sendo implantados.

2.Caso da OI – Experiência em mediação (?)

A par da situação atual e dos avanços da mediação judicial, cumpre fazer referência ao caso emblemático de uso da mediação na recuperação judicial da OI, uma grande empresa de telefonia, que iniciou o processo judicial em 2016 e realizou mediações em massa nos anos de 2018 e 2019.

A mediação realizada pela OI foi orientada por um grupo próprio da Fundação Getúlio Vargas – FGV. À época, a sociedade contava com cerca de 55.000

(cinquenta e cinco mil) credores, sendo que aproximadamente 53.000 (cinquenta e três mil) eram de créditos até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Nessa iniciativa foram obtidos 36.000 (trinta e seis mil) acordos²⁷, por meio de uma plataforma online de solução de conflitos, desenvolvida pela FGV para o caso. Bastava acessar o site: <https://www.credor.oi.com.br/>.

Essa experiência, contudo, apesar de aparentemente exitosa, deve ser examinada com cuidado. Isso porque, a mediação não se atém apenas à métrica de acordos obtidos, mas à forma como se deram. Nesses casos, não houve uma aproximação das partes pela mediação judicial, mas sim uma tabela de acordos em que os credores que aceitavam aquela tarificação, receberiam os valores de forma mais rápida.

Por certo, não há que se retirar o mérito do sucesso da iniciativa, que diminuiu a quantidade de credores, solucionou demandas com rapidez e efetividade. Todavia, não se trata de uma mediação propriamente dita, ainda que tenha sido a solução adequada ao caso.

3. Alterações legislativas e perspectivas

A recente alteração da Lei Federal nº 11.101/2005 foi comemorada pelos estudiosos da recuperação de empresas. As mudanças, que já estavam em andamento no Congresso Nacional, foram aceleradas pelo advento da pandemia de Covid-19.

Certamente, diante dos episódios de fechamento do comércio e da crise sanitária, as medidas de solução de conflitos empresariais devem ser todas as possíveis para garantir a permanência das atividades.

Dados estatísticos da pesquisa IBGE “pulso empresa” confirmam que na segunda quinzena de agosto de 2020, 33,5% das empresas reportaram efeitos negativos da pandemia nos negócios, 32,9% indicaram diminuição em produtos ou serviços comercializados e 46,8% reportaram dificuldades para acessar fornecedores de insumos, matérias-primas ou mercadorias

Já a pesquisa do IBGE “Pnad Covid”, que estuda o impacto na vida da população brasileira apurou que em setembro de 2020, a taxa de desocupação atingiu 14,4%.

²⁷ Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/333980/a-maior-recuperacao-judicial-do-pais>>. Acesso em 05 dez. 2021

O Boa Vista Serviços, por sua vez, apurou que em comparação com 2019, 2020 houve aumento de 12,7% nos pedidos de falência e de 13,4% nos pedidos de recuperação judicial.

É nesse contexto que a necessidade de construção coletiva das decisões se tornou ainda mais importante. Logo no começo da pandemia, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo lançou dois projetos pilotos de uso da mediação na via pré-processual. O Provimento CGJ 11/2020 TJSP promoveu a mediação nas Varas de Direito Empresarial, para tratar principalmente dos contratos em vigência e o Provimento CGJ 19/2020 TJSP promoveu mediação nas demandas de Falências e Recuperações Judiciais.

No mesmo sentido foram as iniciativas de outros Tribunais de Justiça e por fim do próprio CNJ que na Recomendação nº 71/2020 propôs a criação de CEJUSCs empresariais, que já foi atendida por diversos Tribunais, como o de São Paulo, Rio de Janeiro, Espírito Santo e Rio Grande do Sul.

Para o desembargador **Manoel Pereira Calças**, ex-presidente do TJ-SP e integrante da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial da corte, as medidas colocadas em curso — a recomendação do CNJ e os provimentos do TJ-SP e TJ-PR — servirão, por si só, para evitar qualquer colapso do Judiciário. Reforça que:

"O Brasil é muito forte, a economia é muito grande. Ninguém vai quebrar. Vamos encontrar soluções para que essa crise seja superada. Temos mecanismos judiciais para isso. Os magistrados irão entrar em harmonia com os agentes econômicos para lidar com essa enxurrada de liminares. Vamos cuidar das empresas fragilizadas que foram atingidas por esse fator externo", diz, ressaltando a importância do provimento do TJ-SP.

Não haverá colapso do Judiciário nem quebra em massa, tenho certeza. Vinte e cinco por cento dos litígios ocorrem em SP. Estou aqui concedendo liminares para que o estado não pare. O Judiciário paulista não parou, nem vai parar — com esse novo sistema organizado pela Corregedoria Geral de Justiça. A conciliação irá diminuir o número de conflitos. Com isso, SP, mais uma vez, será um madrugador nas boas experiências".

A mediação nos processos de insolvência empresarial trará inúmeras vantagens, especialmente a maior flexibilidade na negociação e na construção de soluções; a redução da assimetria de informações entre as partes, situação existente em todos os processos de recuperação judicial; diminuição do tempo e do número de recursos; o

incremento na eficiência da comunicação entre as partes; redução da litigiosidade que naturalmente seria endereçada ao Juízo e, adiante, ao Tribunal.

A recente reforma da Lei de Falência e Recuperação de Empresas (lei 11.101/05), com advento da Lei 14.112/20, trouxe uma seção especial intitulada "Seção II –A – DAS CONCILIAÇÕES E DAS MEDIAÇÕES ANTECEDENTES OU INCIDENTES AOS PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL". Com a incorporação dessas medidas à lei, a conciliação e mediação passou a ser formalmente incentivada em qualquer grau de jurisdição, inclusive no segundo grau e nos Tribunais Superiores.

Nas palavras de Ricardo Villas Bôas Cueva et al. 28,

O sistema de pré-insolvência criado pelo PL 4.458/2020 cria estímulos para que empresas devedoras busquem a renegociação coletiva de suas dívidas de forma predominantemente extrajudicial, com mínima intervenção judicial. A utilização da mediação e da conciliação preventivas necessita da criação de estímulos para que seja eficaz e adequada. Nesse sentido, é preciso proteger o devedor de execuções individuais, como condição para que se crie um espaço adequado para realização dos acordos com os credores. Os credores somente se sentarão à mesa para negociar se não puderem prosseguir nas suas execuções individuais. Por outro lado, a devedora somente terá condições de propor um acordo aos seus credores se tiver um espaço de respiro e uma proteção contra os ataques patrimoniais provenientes de ações individuais. Da mesma forma, um credor somente se sentirá seguro para negociar se houver uma proteção ao acordo entabulado, evitando-se que seja prejudicado pelo uso sucessivo de um processo de insolvência. De igual modo, deve-se cuidar para que os devedores não façam uso predatório dessa ferramenta, apenas com o intuito de prolongar a proteção do stay contra os credores. (CUEVA; COSTA, 2020)

A mudança trouxe avanços sem descuidar das vulnerabilidades do nosso sistema recuperacional. Por isso, não se admite a negociação para tratar da natureza jurídica e da classificação dos créditos ou para estabelecer os critérios de votação em assembleia-geral de credores. Desse modo, é garantido que a conciliação e a mediação

28 COSTA, Daniel Carnio; DE MELO, Alexandre Correa Nasser. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência - Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 - Prefácio: Ministro Luis Felipe Salomão - De acordo com a Lei 14.112/2020 e atualizado com a rejeição dos vetos presidenciais. 2ª Ed. Revista e Atualizada. Curitiba: Editora Juruá.

não serão usadas como ferramenta de fraudes, conforme o que já prevê também o art. 2º, §1º da Recomendação nº 58 do CNJ. Conforme citado no projeto de lei:

Com lastro no sistema francês de prevenção e antecipação da crise da empresa, surgido em 1985, e na Diretiva Europeia (EU) 2019/1023 que dispõe sobre os regimes de reestruturação preventiva, os mecanismos previstos no artigo em comento criam um sistema de negociação preventiva para permitir que os devedores se reestruturarem numa fase precoce e evitem a insolvência e o risco de liquidação desnecessária de empresas viáveis (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2020).

Dentre os diversos avanços, a tutela de urgência cautelar merece destaque. Nessa alternativa de negociação antecedente, as empresas em dificuldade que preencham os requisitos legais para requerer recuperação judicial poderão obter tutela de urgência cautelar, a fim de que sejam suspensas as execuções contra elas propostas pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, para tentativa de composição com seus credores em procedimento de mediação ou conciliação já instaurado perante o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) do Tribunal competente ou da câmara especializada.

Para evitar danos aos credores, o prazo de suspensão será abatido se a empresa entrar em Recuperação Judicial. Caso exista pedido de recuperação judicial ou extrajudicial após a utilização dos mecanismos de pré-insolvência, ou seja, se falhou a negociação ou o cumprimento do acordado, o período de suspensão das execuções pelo prazo de até 60 (sessenta) dias será deduzido do período previsto na Lei 11.101/2005, art. 6º. Com isso, pretende-se impedir a utilização dos mecanismos pré-insolvência para fins protelatórios, apenas como uma forma de alongar a proteção típica de uma recuperação judicial.

Dessa forma, conforme defendem Ricardo Villas Bôas Cueva et al. (2020), a lei:

oferece à devedora a essencial proteção do stay, típico da recuperação judicial, a fim de se criar um ambiente adequado à negociação coletiva. Considerando que a determinação de suspensão de ações deve ser judicial – só uma decisão judicial pode ter o condão de suspender o andamento de ações judiciais – o mecanismo oferece à devedora a oportunidade de requerer ao juízo competente a medida de stay com natureza cautelar, eventualmente preparatória de futura recuperação judicial.²⁹

²⁹ COSTA, Daniel Carnio; DE MELO, Alexandre Correa Nasser. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência - Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 - Prefácio: Ministro Luis Felipe Salomão - De acordo com

Por determinação da lei que a utilização da conciliação ou mediação não implicará em suspensão dos prazos previstos na Lei nº 11.101/2005, exceto se houver consenso entre as partes em sentido contrário ou quando houver determinação judicial. Outro sinal de que essa ferramenta não será usada para fraudes.

Na fase pré-processual ou incidental, podem ser objeto da mediação ou conciliação as seguintes matérias que envolvem a recuperação judicial: a) Disputas entre sócios e acionistas da sociedade em dificuldade ou em recuperação judicial; b) Litígios que envolvem credores extraconcursais ou credores não sujeitos à recuperação judicial, como os proprietários fiduciários de bens móveis ou imóveis, arrendador mercantil, promitente vendedor de imóvel com contrato irrevogável ou irretratável, inclusive incorporações imobiliárias, proprietário com contrato de compra e venda com reserva de domínio e credores de contratos de adiantamento a contrato de câmbio para exportação; c) Conflitos que envolvem concessionárias ou permissionárias de serviços públicos em recuperação judicial e órgãos reguladores ou entes públicos municipais, distritais, estaduais ou federais; d) Litígios que envolvem créditos extraconcursais contra empresas em recuperação judicial durante período de vigência do estado de calamidade pública, a fim de permitir a continuidade da prestação de serviços essenciais; e) Na negociação de dívidas e respectivas formas de pagamento entre a empresa em dificuldade e seus credores, em caráter antecedente ao ajuizamento de pedido de recuperação judicial.

A nova lei também possibilitou que as sessões de conciliação e mediação sejam realizadas em meio digital, facilitando a participação mais ampla possível de credores. Essa medida proporciona a celeridade e eficiência do processo, e segue o modelo de reuniões à distância adotado durante a pandemia do corona vírus.

A autonomia das partes ao celebrar acordo decorrente da mediação também é fortalecida e validada pela mudança legislativa. Agora, deve o juízo do local do principal estabelecimento do devedor, ou da filial de empresa estrangeira, homologar o acordo entabulado na sessão de mediação ou conciliação.

Sem descuidar dos direitos creditórios tutelados no processo, a lei garante que se requerida recuperação judicial ou extrajudicial em até 360 dias após firmado o acordo, serão reconstituídos os direitos e garantias do credor nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados.

Assim, posterior pedido de recuperação judicial apresenta-se como condição resolutiva do acordo firmado entre a devedora e os credores de créditos potencialmente

a Lei 14.112/2020 e atualizado com a rejeição dos vetos presidenciais. 2ª Ed. Revista e Atualizada. Curitiba: Editora Juruá.

concurtais. Essa previsão visa a estimular a autocomposição em fase na qual já está instaurada a crise econômico-financeira, sem que a devedora tenha que ingressar com a ação recuperacional e sem que os créditos dos credores sofram os deságios do plano de recuperação judicial.

A mediação e a conciliação, por serem métodos consensuais e flexíveis, apresentam-se como instrumentos promissores de serem utilizados em recuperação judicial, principalmente pela complexidade do processo recuperacional, que envolve múltiplas partes e interesses, dependendo da capacidade de negociação dos envolvidos para que a crise econômico-financeira seja superada. Não bastasse isso, os custos envolvidos na mediação ou conciliação são bem menores se comparados com o processo judicial ou arbitral, sendo esse mais um benefício para a utilização desses métodos autocompositivos de solução de conflitos.

Como última alteração a ser destacada, o art. 22, I, alínea "h" trouxe a possibilidade de o administrador judicial auxiliar as partes no procedimento de mediação ou conciliação, atuando sob sua responsabilidade, desde que tenha autorização do juízo; podendo sugerir o mediador, uma lista de mediadores ou câmara de mediação.

Com o advento das mudanças, o CNJ editou a Recomendação 112/2021 para regulamentar a aplicação da Lei e dispor acerca de detalhes do cotidiano das audiências judiciais de mediação e conciliação.

Quanto à nomeação de mediador, a recomendação garante que ela poderá ocorrer a qualquer tempo, a requerimento do devedor, do administrador judicial ou de credores que detenham percentual relevante dos créditos do devedor, para quaisquer questões atinentes à coletividade de credores, ou a requerimento do devedor, do administrador judicial e de credor individual, para os casos de verificação de créditos. Permite, inclusive, a nomeação de ofício pelo juiz.

Ressalta-se que a mediação não impede que o magistrado ou o administrador judicial conduzam tentativas de conciliação e negociação.

Quanto aos requisitos para ser mediador, a recomendação prevê: qualificação para atuar como mediador, experiência em processos de insolvência e em negociações complexas com múltiplas partes (poderão ser dispensados na hipótese de nomeação por consenso entre as partes ou de nomeação de um comediador que possua referida experiência).

De todo o exposto, é notório o esforço para validar, fortalecer e institucionalizar a mediação judicial como medida adequada para a solução de conflitos de recuperação de empresas. A experiência demonstra sua efetividade e as mudanças

lançam a mediação judicial a um patamar sem precedentes, que certamente nos brindará com resultados efetivos para a economia do país.

CONCLUSÃO

Da exposição realizada é possível perceber a necessidade de fortalecer a mediação judicial como uma ferramenta que promove soluções sistêmicas, dialógicas e construtivas do conflito. O processo colaborativo na construção da decisão permite que o conflito seja contemplado de uma forma que fortalece e permite a inovação da atividade empresarial. São soluções condizentes com o “tempo econômico”.

Desde a audiência de gestão democrática do processo, provável embrião da mediação judicial na recuperação judicial, até a “mediação judicial” da OI, que levou a um certo desvio do que se propõe como mediação, há algo em comum: busca por soluções efetivas, economicamente viáveis e céleres.

A cultura empresarial vem experimentando há mais de uma década as mudanças promovidas pela comunicação construtiva da atividade mediadora, que se fundamenta nos interesses comuns das partes em conflito. A construção dessa ponte entre as partes, viabilizada pela mediação, proporciona soluções efetivas, com muito mais chances de serem cumpridas.

Afora a efetividade e rapidez das decisões construídas de forma coletiva, há que se destacar o viés econômico dessas ferramentas, na medida em que o tempo para se resolver qualquer demanda é monetariamente medido e integra a composição do custo do conflito para as empresas. Diminuir a alocação de recursos destinados às eventuais contingências, que fazem parte do risco do negócio, significa direcionar parte dessa economia para a conta de investimentos da empresa. Ou seja, a mediação promove economia de despesas na recuperação das empresas e abre espaço para mais pagamentos de credores e investimentos para continuidade da atividade empresarial, princípio motriz de toda o regramento da Lei nº 11.101/2005.

As recentes alterações legislativas diante do cenário econômico fruto da crise sanitária dão espaço para que a mediação e a conciliação solucionem os conflitos empresariais e permitam a continuidade das atividades que passam por crises.

Certamente a mediação promove um novo entendimento sobre a solução dos conflitos de forma coletiva, “A mediação não é uma ciência que pode ser explicada, ela é uma arte que tem que ser experimentada”³⁰.

³⁰ WARAT, Luis Alberto. O Ofício do mediador. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 42.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOA VISTA SERVIÇOS. Pedidos de falência avançam 12,7% em 2020. Disponível em: <<https://www.boavistaservicos.com.br/blog/releases/pedidos-de-falencia-avancam-127-em-2020/>>. Acesso em: 15 de dez. de 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 58 de 22/10/2019

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios (2016), promovida pelo Conselho da Justiça Federal

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 112 de 20/10/2021

BRASIL. Lei Federal nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Provimento CGJ 11/2020

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Provimento CGJ 19/2020

COSTA, Daniel Carnio; DE MELO, Alexandre Correa Nasser. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência - Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 - Prefácio: Ministro Luis Felipe Salomão - De acordo com a Lei 14.112/2020 e atualizado com a rejeição dos vetos presidenciais. 2ª Ed. Revista e Atualizada. Curitiba: Editora Juruá.

COSTA, DANIEL CARNIO. A gestão democrática de processos e a tutela da função social da empresa no sistema de insolvência brasileiro. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/321887/a-gestao-democratica-de-processos-e-a-tutela-da-funcao-social-da-empresa-no-sistema-de-insolvencia-brasileiro>>. Acesso em: 28 de dez. de 2021.

DENKI, Filipe e SAMPAIO, Carlos Alberto Vilela. A mediação na recuperação judicial. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/345958/a-mediacao-na-recuperacao-judicial>>. Acesso em: 02 de jan. de 2022.

IBGE. Pesquisa Pulso Empresa. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/29015-pesquisa-pulso-empresa-37-9-das-empresas-sentiram-efeito-leve-ou-inexistente-da-pandemia-na-segunda-quinzena-de-agosto>>. Acesso em: 15 de dez. de 2021.

IBGE. PNAD COVID. Programa Nacional por Amostra de Domicílios. Disponível em: <<https://covid19.ibge.gov.br/pnad-covid/trabalho.php>>. Acesso em: 15 de dez. de 2021.

ISOLDI, Ana Luiza. Compartilhar ideias engrandece. In (Org.) AGUIAR, Carla Zamith Boin. *Mediação Empresarial – Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

ORTIZ, Cristina Merino. Gestão estratégica de conflitos em âmbito empresarial: transferência a partir da prática da mediação. In AGUIAR, Carla Zamith Boin. *Mediação Empresarial – Aspectos Jurídicos Relevantes* – São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PRÊMIO INNOVARE. Disponível em:
<[https://www.premioinnovare.com.br/pratica/audiencias-de-gestao-democratica-de-processos-de-insolvencia-\(falencias-e-recuperacoes-judiciais-de-empresas\)/9039](https://www.premioinnovare.com.br/pratica/audiencias-de-gestao-democratica-de-processos-de-insolvencia-(falencias-e-recuperacoes-judiciais-de-empresas)/9039)>.
Acesso em:

SANTOS, Paulo Penalva. A maior recuperação judicial do país. Disponível em:
<<https://www.migalhas.com.br/depeso/333980/a-maior-recuperacao-judicial-do-pais>>
Acesso em 15 de dez. de 2021.

VALOR ECONÔMICO. Disponível em:
<<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2014/12/23/magistrado-inova-em-recuperacao-judicial.ghtml>>. Acesso em 15 de dez. de 2021.

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO DIREITO PENAL PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS

JÉSSICA CAVALCANTI BARROS RIBEIRO: Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes, Especialista em Direito Penal pela Faculdade Damásio, Bacharela em Direito pela Universidade do Estado da Bahia, professora de direito penal e direito constitucional da Autarquia Educacional do Vale do São Francisco - AEVSF, advogada.

GUILHERME SABINO NASCIMENTO SIDRÔNIO DE SANTANA³¹

(coautor)

Resumo: O objetivo deste artigo é analisar a aplicação do Princípio da Legalidade na jurisprudência dos Tribunais Superiores Brasileiros em matéria penal. Trata-se de uma pesquisa descritiva, cujo método empregado é o dedutivo. É dedutivo porque é um processo de análise da informação que utiliza livros, artigos científicos e jurisprudência para obter uma conclusão a respeito do problema. O trabalho foi realizado por meio de pesquisas bibliográficas na área de Direito, mais precisamente na área de Direito Penal.

Palavras-Chave: Princípio da Legalidade. Tribunais Superiores.

Abstract: The purpose of this article is to analyze the application of the Principle of Legality in the jurisprudence of the Brazilian Superior Courts in criminal matters. It is a descriptive research, the deductive method used. It is deductive because it is an information analysis process that uses books, scientific articles and jurisprudence to reach a conclusion about the problem. The work was carried out through bibliographic research in the area of Law, more precisely in the area of Criminal Law.

Keywords: Principle of Legality. Higher Courts

Sumário: 1. Introdução – 2. Princípio da Legalidade – 3. Lei Estrita (Proibição de Analogia – Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Stricta) – 3.1 Decisão [HC 97.261/RS] – 3.1.1 Emenda da Decisão – 3.1.2 Análise da Decisão – 4. Lei Prévia (Proibição de Retroatividade – Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Praevia) – 4.1 Decisão [RHC 65.083/MS] – 4.1.1 Ementa da Decisão – 4.1.2 Análise da Decisão – 5. Lei Certa (Exigência de Lei Certa – Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Certa) – 5.1 Decisão [HC 88.452/RS] – 5.1.1 Ementa da Decisão – 5.1.2 Análise da Decisão – 6. Lei Escrita (Proibição de Costume – Nullum Crimen

³¹Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, advogado.

Nulla Poena Sine Lege Scripta) – 6.1 Decisão [AgRg no REsp 1.167.646/RS] – 6.1.1 Ementa da Decisão – 6.1.2 Análise da Decisão – 7. Conclusão

1. Introdução

A opção do Constituinte Originário por tornar o Estado brasileiro um Estado Democrático e de Direito traz consigo, como consequência obrigatória, a assunção de determinados princípios, entre eles, encontramos princípios aplicáveis ao processo penal. O estabelecimento e a aplicação destes princípios penais significa tornar o direito penal menos violento. Assim, o compromisso assumido pelo nosso Estado Democrático de Direito, na preservação dos direitos e garantias fundamentais daquele que é processado penalmente, está associado, principalmente, ao Princípio da Legalidade (Busato, 2015, p.22).

Decerto que o princípio que constitui a pedra angular do Direito Penal brasileiro é o Princípio da Legalidade, sendo este o princípio do Direito Penal mais importante, na opinião de Greco (2015, p. 144). A organização fundamental do modelo de Estado composto a partir do modelo constitucional se dá através de um postulado básico: a submissão à regra da lei (Busato, 2015, p. 27), possuindo, a legalidade, papel central de garantia do indivíduo contra abusos estatais (Nucci, 2018, p. 293).

Assim, tanto os delitos quanto as penas, bem como os procedimentos de atribuição de responsabilidade e a forma de cumprimento dos castigos, devem estar submetidos à lei. As exigências que derivam do Princípio da Legalidade, mas precisamente de suas garantias: *lex previa*, *lex scripta*, *lex stricta* e *lex certa*, constituem um conjunto prévio de limites contrapostos à vocação arbitrária do Estado (Busato, 2015, p. 28).

A presente investigação científica tem, portanto, o objetivo de analisar e estudar a aplicação do Princípio da Legalidade (do Direito Penal) pelos Tribunais Superiores brasileiros, especificamente quanto as suas garantias *lex previa*, *lex scripta*, *lex stricta* e *lex certa*.

2. Princípio da Legalidade

O Estado, ao exercer o poder de estabelecer os delitos e as penas, não o faz de modo absoluto, pois que encontra barreira nos princípios do Estado Democrático e Social de Direito. Nesse sentido, o Princípio da Legalidade cumpre uma função decisiva na garantia de liberdade dos cidadãos, frente ao poder punitivo estatal, eis que somente será válida e legítima a punição se esta estiver de acordo com a lei. Tal pensamento político veio à tona com a Revolução Francesa, que, em princípio, supõe o desejo de substituir o governo caprichoso dos homens pela vontade geral, pela vontade expressa através da lei.

O que então se considerava povo (Terceiro Estado), deixou de ser instrumento do poder absoluto do monarca para se tornar partícipe desse poder. (Busato, 2015, p. 28).

A lei penal deve ser claramente compreensível para todos aqueles aos quais se dirige (Beccaria, 1996, p. 35). Daí que se sustenta que o “Governo das Leis” emerge como um ideal frente ao “Governo dos Homens”. Esta ideia é fruto do pensamento iluminista, eternizado na obra “Dos Delitos e das Penas”, de Beccaria; logo, o gérmen do Princípio da Legalidade surge a partir desta obra, que “não é jurídica em sentido técnico, mas filosófica ou filosófico-sociológica” (Bruno, 1984, p. 95), ou seja, é um livro de Filosofia Política e não de Direito Penal.

O Princípio da Legalidade surge com a necessidade de limitar o *jus puniendi* do Estado – é uma reação ao Estado Absolutista – e é o marco que separa o Período do Terror (emprego de violência desmedida e ilimitada) do Período da Liberalidade (fase científica do Direito Penal que põe a pessoa humana como centro de suas preocupações), sendo esse marco no tempo chamado de Período da Legalidade.

Beccaria tentou sistematizar os princípios do Direito Penal (para que dignidade da pessoa humana fosse respeitada) através de três axiomas basilares:

1) utilidade do castigo – ele acreditava que a lei era a legítima expressão do Contrato Social, tendo a pena o papel de reintegrar o homem a esse contrato (a pena de morte seria inútil, portanto, por não possibilitar essa reintegração);

2) separação de poderes – o criador da lei penal não poderia ser o seu aplicador para que não houvesse abusos de poder; e

3) legalidade dos crimes e das penas – a pena não poderia ser uma vingança e não poderia ser desvinculada do crime, pois a certeza da aplicação da pena seria o que preveniria o delito, além disso, ela precisaria ser geral para que todos, independentemente da posição social, sofressem a mesma punição (Bruno, 1984, p. 95 - 97).

A submissão à lei traduzia, assim, a impossibilidade de existência de crime sem que isso fosse previsto em lei, bem como a impossibilidade de imposição de pena sem que esta estivesse também prevista em lei. É o que hoje conhecemos como *Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege* (Busato, 2015, p. 30). Convém dizer que este enunciado latino não provém do Direito Romano, mas da obra de Feuerbach, que o apresentou através da sua Teoria da Coação Psicológica (Busato, 2015, p. 30).

Em 1801, Paul Johann Anselm von Feuerbach sistematizou e concretizou o Princípio da Legalidade com a Teoria da Coação Psicológica, segundo a qual a função do Direito Penal é tutelar interesses que estão expressos nos Direitos Subjetivos, esses interesses são tutelados a partir de uma coação psicológica que é conquistada pela

publicidade do mal de uma pena – que é uma cominação legal, ou seja, a pena é a consequência de uma lesão jurídica. Ainda segundo Feuerbach, não haverá crime sem lei (*Nullum Crimen Sine Lege*); não haverá pena sem crime (*Nulla Poena Sine Crimen*); não haverá crime sem a tutela legal de um interesse (*Nullum Crimen Sine Poena Legal*), podendo estes preceitos serem resumidos no seguinte brocardo: “*Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege*” (Brandão, 2008, p. 34 - 35).

O Estado de Direito e o Princípio da Legalidade são dois conceitos intimamente relacionados, pois em um verdadeiro Estado de Direito, criado com a intenção de retirar o poder absoluto das mãos do soberano, exige-se a subordinação de todos perante a lei (Greco, 2015, p. 143). Prelecionam Streck e Morais (2000, p. 84) que:

O Estado de direito surge desde logo como o Estado que, nas suas relações com os indivíduos, se submete a um regime de direito, quando, então, a atividade estatal apenas pode desenvolver-se utilizando um instrumental regulado e autorizado pela ordem jurídica, assim como os indivíduos – cidadãos – têm a seu dispor mecanismos jurídicos aptos a salvaguardar-lhes de uma ação abusiva do Estado.

O Princípio da Legalidade pode ser fundamentado politicamente com base na divisão de poderes. Só o Poder Legislativo, em princípio, como órgão que representa a vontade geral, pode estabelecer as leis. Nem o Poder Executivo pode tomar decisão alguma que vá contra a vontade geral, nem o Poder Judiciário aplicar mais direito que o que emana dessa vontade geral (Carbonell Matteu, 1999, p. 109). Nenhuma iniciativa de outro poder pode exercer o controle social através do instrumento penal. Portanto, qualquer iniciativa de incriminação penal através de Medida Provisória encontra barreira na dimensão política do Princípio da Legalidade, visto que a edição de Medida Provisória cabe ao Poder Executivo, e não ao Poder Legislativo (Busato, 2015, p. 35). Nesse sentido, Temer (2010, p. 158) diz que:

Ao distribuir as funções do Estado, a soberania popular, expressada na Constituinte, estabeleceu funções distintas para órgãos distintos. Para dizer uma obviedade, o Executivo executa, o Legislativo legisla e o Judiciário julga. Portanto, a função primacial, primeira, típica, identificadora de cada um dos poderes e esta: execução, legislação e jurisdição. No caso do Legislativo, a atividade é entregue ao órgão do poder chamado Poder Legislativo. Pode haver exceção a esse princípio? Digo eu: pode e há. Tanto que, em matéria legislativa, o poder Executivo, por meio do Presidente da República, pode editar medidas provisórias com força de lei, na expressão constitucional. É uma exceção ao princípio segundo o qual ao Legislativo incumbe

legislar. Sabemos que quando há exceção a um determinado princípio, a interpretação não pode ser ampliativa. Ao contrário, a interpretação é restritiva. Toda e qualquer exceção retirante de uma parcela do poder de um dos órgãos de governo, de um dos órgãos de poder para outro órgão de governo só pode ser interpretada restritivamente.

Medida Provisória não pode versar sobre matéria penal, é o que estabelece a Constituição Federal em seu art. 62 §1º, I, b. Apenas lei em sentido estrito (ato que emana diretamente do Poder Legislativo) pode versar sobre matéria de direito penal. Sobre o assunto, Masson (2019, p. 20) explica que:

No Brasil, os crimes (e também as contravenções penais) são instituídos por leis ordinárias. Em tese, nada impede o desempenho dessa função pela lei complementar. Mas, como se sabe, a Constituição Federal indica expressamente as hipóteses de cabimento de tal espécie legislativa, entre as quais não se encaixam a criação de crimes e a cominação de penas. É vedada a criação de medidas provisórias sobre matéria relativa a Direito Penal (CF, art. 62, §1º, I, alínea b), seja ela prejudicial ou mesmo favorável ao réu. Nada obstante, o Supremo Tribunal Federal historicamente firmou jurisprudência no sentido de que as medidas provisórias podem ser usadas na esfera penal, desde que benéficas ao agente (RHC 117.566/SP, rel. Min Luiz Fux, 1ª Turma, j. 24.09.2013).

É preciso esclarecer que derivam, do Princípio da Legalidade, requisitos que devem ser tidos em conta, a saber (Busato, 2015, p. 38): a) a existência de uma lei que estabeleça os delitos e as penas (*lex scripta*); b) as leis devem ser prévias às condutas que constituem delito, que estabelecem suas consequências, que estabelecem o procedimento a seguir e a forma em que devem se cumprir as penas (*lex praevia*), c) as leis devem ser estabelecidas de forma clara e precisa (*lex certa e stricta*).

Greco (2015, p. 148) identifica haver legalidade em sentido formal (obediência aos trâmites procedimentais previstos na Constituição) e legalidade em sentido material (obediência ao conteúdo da Constituição, principalmente no que tange aos direitos e garantias fundamentais). Para Cunha (2016, p. 84), o Princípio da Legalidade possui três fundamentos:

a) político: vinculação dos Poderes Executivo e Judiciário às leis elaboradas pelo Legislativo, impedindo o poder punitivo arbitrário;

b) democrático: respeito à tripartição dos poderes; e

c) jurídico: a lei prévia e clara possui efeito intimidativo.

Segundo Nucci (2018, p. 290), a mera legalidade é uma "*norma dirigida aos juízes, aos quais prescreve a aplicação das leis tais como são formuladas*" e a estrita legalidade designa "*a reserva absoluta de lei, que é uma norma dirigida ao legislador, a quem prescreve a taxatividade e a precisão empírica das formulações legais*". Ainda, segundo o doutrinador (Nucci, 2018, p. 290), não se pode, na atualidade, contentar-se com a mera legalidade, pois nem todo tipo penal construído pelo legislador obedece, como deveria, ao Princípio da Taxatividade. O ideal é sustentar a estrita legalidade, ou seja, um crime deve estar descrito em lei, mas bem detalhado (taxativo), de modo a não provocar dúvidas e questionamentos intransponíveis.

O Princípio da Legalidade e suas implicações traçam os limites entre os direitos pessoais – que tornam o homem o centro do Ordenamento Penal, dando a ele uma série de garantias – e o direito de punir do Estado (violência estatal), impedindo que a lei aja analógica e retroativamente para se acomodar a situações desagradáveis aos depositários do poder político. Assim, eles protegem os direitos pessoais e impedem que a potestade punitiva não seja usada de forma arbitrária. Por causa disso, diz Roxin que o Princípio da Legalidade é erigido a garantia fundamental, protegendo o homem pelo Direito Penal e do Direito Penal (Brandão, 2008, p. 50).

3. Lei Estrita (Proibição de Analogia – Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Stricta)

A analogia é um processo de interpretação que integra as lacunas existentes no ordenamento jurídico partindo de um argumento de semelhança. O seu uso é expresso no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, onde se diz que quando a lei for omissa "*o juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*".

Contudo, o seu uso em direito penal é restrito, pois, no silêncio da lei, não é permitido ao juiz integrar a lacuna, ampliando seu sentido, criando um novo tipo penal ou agravando a pena. Nesse sentido, Greco (2015, p. 146) diz que:

O princípio da legalidade veda também o recurso à analogia in malam partem para criar hipóteses que, de alguma forma, venham prejudicar o agente, seja criando crimes seja incluindo novas causas de aumento de pena, de circunstâncias agravantes, etc. Se o fato não foi previsto expressamente pelo legislador, não pode o intérprete socorrer-se da analogia a fim de tentar abranger fatos similares aos legislados em prejuízo do agente.

Desse modo, a proibição de analogia se dá em decorrência do Princípio da Legalidade, pois é um dispositivo de segurança que assegura ao réu a infligência de uma pena que esteja estritamente prevista em lei (Busato, 2015, p. 52). Zaffaroni (1998, p. 175) aduz que:

Se por analogia em Direito Penal se entende completar o texto legal na forma de entendê-lo como proibindo o que a lei não proíbe, considerando antijurídico o que a lei justifica, ou reprovável o que não reprova, ou em geral punível o que não pune, baseando a conclusão em que proíbe, não justifica ou reprova condutas similares, este procedimento de interpretação queda absolutamente vedado no campo da elaboração científico-jurídica do Direito Penal

É importante salientar que a analogia se encontra excluída se é *in malam partem*, enquanto é admitida caso seja *in bonam partem*, disso, segue-se, em termos mais gerais, o dever de interpretação restritiva e a proibição de interpretação extensiva das leis penais, pois não é permitido estender as leis penais a delitos não contemplados expressamente. É cruel atormentar o texto das leis para que estas atormentem os cidadãos (Ferrajoli, 2002, p. 308).

3.1 Decisão [HC 97.261/RS]

3.1.1 Ementa da Decisão

A decisão a ser analisada (Habeas Corpus nº 97.261) está assim ementada:

“EMENTA: Habeas Corpus. Direito Penal. Alegação de ilegitimidade recursal do assistente de acusação. Improcedência, Interceptação ou receptação não autorizada de sinal de TV a cabo. Furto de energia (art. 155, § 3º, do Código Penal). Adequação Típica não evidenciada. Conduta típica prevista no art. 35 da Lei 8.977/95. Inexistência de pena privativa de liberdade. Aplicação de analogia *in malam partem* para complementar a norma. Inadmissibilidade. Obediência ao princípio constitucional da estrita legalidade penal. Precedentes.

O assistente de acusação tem legitimidade para recorrer da decisão absolutória nos casos em que o Ministério Público não interpõe recurso. Decorrência do enunciado da Súmula 210 do Supremo Tribunal Federal.

O sinal de TV a cabo não é energia, e assim, não pode ser objeto material do delito previsto no art. 155, § 3º, do Código Penal. Daí a impossibilidade de se equiparar o desvio de sinal de TV a cabo ao delito descrito no referido dispositivo.

Ademais, na esfera penal não se admite a aplicação da analogia para suprir lacunas, de modo a se criar penalidade não mencionada na lei

(*analogia in malam partem*), sob pena de violação ao princípio constitucional da estrita legalidade. Precedentes.

Ordem concedida.”

(HC 97.261/RS. Min. Relator: Joaquim Barbosa. Segunda Turma, STF. DJE: 02/05/2011. Publicação: 03/05/2011)

3.1.2 Análise da Decisão

Esta decisão trata de um Habeas Corpus, com pedido de liminar, impetrado em favor de Luís Fernando Aliatti. O paciente foi denunciado com base no art. 155, § 3º,³² na forma do art. 71³³, *caput*, todos do Código Penal.

Ele foi acusado de subtrair “*para si, sinal de TV a cabo, energia com valor econômico equiparável a coisa alheia móvel, pertencente à empresa NET SUL*” (trecho do relatório). Por ocasião dos fatos, um técnico contratado pela empresa

“constatou a existência de uma ligação clandestina que levava o sinal da NET de um poste da rua até a residência do acusado. Ocorre que o denunciado não consta da lista de assinantes da Net. Além disso, o aparelho apreendido no interior de sua residência consta como dado em comodato a pessoa de Paulo Eduardo Moreira Fontes. Desta maneira, portanto, o acusado subtraía, para si, o sinal de TV a cabo da NET, furtando energia com valor econômico”.

(Trecho do relatório)

Por várias vezes a ligação clandestina foi desligada pelo técnico, sendo, posteriormente religada, pelo acusado. A ação foi julgada procedente e o réu condenado a um ano e seis meses de reclusão, sendo substituída por prestação de serviços à comunidade – o juiz de primeira instância entendeu que “*os sinais de TV a cabo*”

³² “Art. 155 – Subtrair para si, ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.

[...]

§ 3º - Equipara-se à coisa alheia móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.”

³³ “Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.”

representam espécie de energia dotada de valor econômico, equiparando-se à coisa móvel por incidência da normal contida no aludido dispositivo legal' (trecho do relatório).

Entretanto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul concluiu que a atitude imputada ao paciente era atípica e o absolveu. O acórdão possui a seguinte ementa:

"FURTO. SINAL DE TELEVISÃO A CABO. ENERGIA NÃO É. CONDUTA PENALMENTE ATÍPICA. ABSOLVIÇÃO.

O sinal de TV a cabo, diferentemente da energia elétrica, a que se refere o Código Penal, não é fonte capaz de gerar força, potência, fornecer energia para determinados equipamentos; diferentemente da energia elétrica, não está o sinal sujeito à apropriação, e, mesurado (medição) pelo seu valor econômico/comercial, causar desfalque patrimonial do fornecedor, nem pode ser mantida em acumuladores e, assim retida e transportada como *res furtivae*. O sinal de televisão a cabo energia não é. Apenas fornece sinal televisivo e por isso mesmo seu desvio, (gato) não pode ser considerado conduta penalmente típica. Admitir que o sinal seja equiparado à energia elétrica e, assim, contemplar punitivamente o tipo penal do art. 155, § 3º, CP, é elaborar interpretação *in malam partem*, vedado no sistema penal. Recurso provido."

(Ementa retirada do acórdão do HC 97.261)

Contra esta decisão, foi interposto Recurso Especial, julgando o Superior Tribunal de Justiça pelo reestabelecimento da condenação. Com esta decisão de restabelecimento da condenação, houve a impetração do Habeas Corpus 97.261/RS, cuja decisão foi ementada na forma transcrita no tópico 3.1.1.

Dessa forma, houve o questionando quanto a tipicidade criminal da ação, qual seja: subtração, interceptação ou recepção não autorizada de sinal de TV a cabo (art. 35 da Lei 8.977/95)³⁴. Esse artigo se refere a interceptar ou receptor, que significa "*interromper em seu curso, não deixar chegar ao seu destino*", ou ainda "*guardar ou esconder coisa furtada por outrem*"; não se podendo confundir com subtrair que significa "*tirar, retirar ou surrupiar*". Quem intercepta o sinal de TV a cabo não o retira, nem o guarda, nem dele se apossa, e não acarreta prejuízo patrimonial (o que está subentendido no verbo subtrair) – a empresa apenas deixa de receber pela sua recepção ilegal. Ou seja, o paciente não cometeu furto.

³⁴ "Constitui ilícito penal a interceptação ou a recepção não autorizada dos sinais de TV a cabo."

Em relação à aplicação do art. 35 da Lei 8.977/95, esta lei é posterior ao acontecido, não podendo retroagir; além disso, ela constitui uma lei em branco, não oferecendo a sanção penal a ser aplicada ao caso. À época da ação, não havia lei que a tipificasse como crime; por isso, esse caso tanto pode ser enquadrado no Princípio da Reserva Legal (ou da estrita legalidade), quanto na exigência de lei prévia.

4. Lei Prévia (Proibição de Retroatividade – Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Praevia)

Toda lei, *a priori*, rege para o futuro os fatos desde sua entrada em vigor. Precisamente, a exigência de lei prévia constitui uma barreira à retroatividade das leis penais. No nosso ordenamento jurídico, de acordo com o que prevê a Constituição Federal no art. 5º, XL, a lei penal não pode retroagir, a não ser que seja para beneficiar o réu (Busato, 2015, p. 45).

Para Ferrajoli (2002, p. 307), a irretroatividade das leis penais é um corolário do Princípio da Legalidade, cujo brocardo é "*Nulla Poena, Nullum Crimen Sine Praevia Lege Poenali*". Se a pena supõe um fato considerado pela lei como sendo uma transgressão, o dano infligido por um fato cometido antes de existir uma lei que o proíba não é um fato punível, mas um ato de hostilidade, pois antes da lei não existe transgressão da lei.

No nosso ordenamento, o Princípio de Irretroatividade vem contemplado juntamente com o Princípio da Legalidade, conforme artigo 1º do Código Penal: "*Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal*".

Existe, dentro do Princípio da Legalidade, a proibição da irretroatividade da lei que prejudique o réu. Para Jescheck (1981, p. 184), o fundamento da proibição da retroatividade é a *segurança jurídica* cuja finalidade é proteger os cidadãos do legislador – que poderia criar punições ou agravar penas – e da comoção (excitação político-social) gerada pela prática de um delito. Já para Bitencourt (2012, p. 205):

a irretroatividade penal é corolário do *princípio da anterioridade da lei penal*, segundo o qual uma lei penal incriminadora somente pode ser aplicada a determinado fato concreto caso estivesse em vigor antes da sua prática.

A lei, contudo, poderá retroagir para beneficiar o réu, retornando a situações anteriores a sua entrada em vigor. A retroatividade para beneficiar foi, inclusive, introduzida no nosso Código Penal:

"Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que a lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela todos os efeitos penais da sentença condenatória.

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”.

Tratando-se de um Direito Penal dos Fatos, a norma incriminadora constitui a expressão de reconhecimento de uma conduta desvalorada socialmente em um determinado momento histórico e político de um Estado. Assim, não há sentido em permitir a imposição de uma carga penal a uma conduta sem que, previamente, se reconheça o seu valor social (Busato, 2015, p. 46). Para Stratenwerth (1982, p. 28), a fundamentação é óbvia, pois ninguém pode reger-se por uma norma que ainda não existe, ou seja, as leis penais são regras de conduta que visam o futuro, a prevenção de delitos, portanto, não podem gerar seus efeitos em momentos anteriores a sua entrada em vigor (Munõz Conde e García Arán, 2002, p. 137). Por fim, Bustos Ramírez (1997, p. 83) alega que o princípio da legalidade tem por objeto evitar a arbitrariedade do Estado em suas relações com as pessoas. Uma lei mais favorável não é uma lei abusiva, ao contrário, significa o reconhecimento de maiores âmbitos de liberdade. Logo, a retroatividade da lei mais favorável não nega o princípio da legalidade, antes o afirma, por isso a lei mais benéfica poderá retroagir em benefício do réu (Bustos Ramírez, 1997, p. 83).

4.1 Decisão [RHC 65.083-0/MS]

4.1.1 Ementa da Decisão

A decisão a ser analisada (Recurso de Habeas Corpus nº 65.083-0/MS) está assim ementada:

“EMENTA: Ação penal contravencional. Não se caracteriza, no caso, a prática dos delitos imputados ao recorrente, com base nos denominados Código de Pesca (Decreto-lei nº 221/67) e caça (Lei nº 5.197/67). Provimento do recurso, para trancar a ação, por falta de justa causa, sem prejuízo da aplicação de sanções de outra natureza.”

(Recurso de Habeas Corpus 65.083-0/MS. Min. Relator: Djaci Falcão. Segunda Turma, STF. DJE: 30/10/1987)

4.1.2 Análise da Decisão

Esta decisão provém de um Recurso de Habeas Corpus, que foi impetrado em favor de Aristides Casemiro dos Reis. Ele foi preso por estar "transportando 7.100 kg de pescados, com visíveis sinais nos peixes de utilização de material proibido de pesca, como rede e tarrafas", constando-se nos laudos periciais a realização de pesca efetivada por

malha. Enquadrou-se a conduta do paciente no art. 35, a, do Decreto-lei n. 221/67³⁵ c/c art. 10, letras j e h da Lei n. 5.197/67³⁶.

Ao lado da capitulação legal foi narrada a conduta de 'ter sido encontrado consigo pescados diversos na época da piracema em desobediência às normas vigentes.

Acontece que a ação, ora imputada como típica, na verdade é atípica, pois a Lei n. 5.197/67 (denominada Código de Caça), não se aplica à pesca. A pesca se encontra disciplinada em lei própria, denominada Código de Pesca (Decreto-lei n. 221/67). Pesca e caça são, assim, diferentes: "Caçar é perseguir ou apanhar aves e outros animais silvestres, a tiro, a lago, por armadilha, etc". Enquanto que o ato de pescar é definido pela sua própria lei: "Art. 1º - Para efeitos desta Lei define-se por pesca todo o ato tendente a capturar ou extrair elementos animais ou vegetais que tenham na água o seu normal ou mais frequente meio de vida". Fica clara, assim, a diferença entre as duas ações.

Além disso, dizem os artigos 35, letra a, e 56, do Decreto-lei n. 221/67:

"Decreto-lei n. 221/67

Art. 35 – É proibido pescar:

a) – Nos lugares e épocas interditados pelo órgão competente.

Art. 56 – As infrações aos artigos 29, §§ 1º e 2º, 30, 33 §§ 1º e 2º, 34, 35 alíneas a e b, 39 e 52 serão punidas com multa de décimo até um salário mínimo vigente na Capital da República, independentemente da apreensão dos petrechos e do produto da pescaria, dobrando-se a multa na reincidência".

Ou seja, o primeiro enquadramento legal, referente ao Decreto-lei n. 5.197, não se adequa ao caso por disciplinar questões referentes à caça. Não se pode fazer uso de analogia, caso contrário, fere-se o Princípio da Reserva Legal (artigo 1º do Código Penal). No segundo enquadramento (Decreto-lei n. 221/67 – art. 35, letra a), a infração seria administrativa (multa e apreensão dos equipamentos de pesca), não sendo punível pelo

³⁵Art. 35. É proibido pescar:

a) nos lugares e épocas interditados pelo órgão competente."

³⁶Art. 10. A utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha de espécimes da fauna silvestre são proibidas:

[...]

h) nas áreas destinadas à proteção da fauna, da flora e das belezas naturais;

j) fora do período de permissão de caça, mesmo em propriedades privadas;"

Direito Penal, caso ele estivesse pescando, ação que não estava praticando (ele transportava). É importante lembrar que, à época do crime, inexistia lei em vigor incriminando o transporte de peixes pescados em desacordo com a lei.

No caso da Lei n. 5.197/67 (art. 10, letras h e j), a ação punível seria: "a utilização, a perseguição, a destruição, a caça ou a apanha de animais silvestres". Não encontraram o paciente praticando nenhuma dessas ações. Ele transportava peixes com sinais de malha, na época de piracema, ação não descrita no art. 10 da Lei n. 5.197/67. Ou seja, não ocorreu a tipicidade, que é a "subsunção do fato ao tipo-legal". E mesmo que ele estivesse pescando, "inexistiria o crime, pois a hipótese é considerada, tão só, infração administrativa, punível com multa".

Dessa forma, conclui-se que a prisão de Aristides Casemiro dos Reis foi ilegal, desobedecendo ao princípio de proibição de analogia, à exigência de lei certa e à exigência de lei prévia – de acordo com o art. 1º do Código Penal.

5. Lei Certa (Exigência de Lei Certa – Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Certa)

O Direito se apresenta como uma realidade heterodoxa, de múltiplos pensamentos e doutrinas, e cuja complexidade se baseia no "*discurso da culturalidade humana*", sendo praticado através da comunicação (Bittar, 2010, p. 13 – 15.). Para Diniz (2012, p. 207), a Ciência Jurídica se baseia na linguagem para se consubstanciar, não existindo Direito sem um sistema fixo de códigos convencionados cujos elementos representem signos ("*entes físicos intersubjetivos*"), ocultando problemas socioaxiológicos com os quais acadêmicos e operadores do direito se deparam todos os dias – desde obstáculos advindos da porosidade, vagueza e ambiguidade das palavras até questões mais complexas de semiótica e ^{intelecção} de informações providas da comunicação.

O Direito Penal, de forma específica, preza pela eliminação dos obstáculos cognoscitivos e intelectivos providos da linguagem. Ele (o Direito Penal) busca a definição, conceituação, precisão e individualização da conduta delituosa, do preceito e da sanção através da clareza linguística e da eliminação de ambiguidades no discurso. Assim, no Direito penal, deve-se reduzir ao máximo a falta de clareza das leis para propiciar maior segurança e estabilidade jurídica aos cidadãos. Para Nucci (2018, p. 292), as descrições genéricas de tipos penais podem ser mais perigosas do que a analogia, pois esta pelo menos tem um parâmetro de semelhança com outra conduta certa. Assim, lei certa implica que todas as leis penais devem ser formuladas da maneira mais clara, inequívoca e exaustiva possível, a fim de que se deem a conhecer por inteiro a seus destinatários: o cidadão e o juiz (Silva Sánchez, 1992, p. 254).

A função do Princípio da Legalidade, como já foi dito, é limitar a potestade punitiva estatal; e uma lei imprecisa criaria aberturas para arbitrariedades por parte do Estado.

Entretanto, a tendência do legislador moderno é expressar-se de forma pouco clara, a exemplo dos tipos penais indeterminados e das normas penais em branco.

Para assegurar a eficácia do Princípio da Legalidade, é preciso manter o equilíbrio e o meio-termo: nem analogia nem tipos extremamente vagos e genéricos. Em ambos os casos, estar-se-ia preterindo a aplicação do preceito constitucional da reserva legal (Nucci, 2018, p. 293). De acordo com Greco (2015, p. 16), o Princípio da Reserva Legal não impõe somente a existência de lei anterior ao fato cometido pelo agente, definindo as infrações penais, mas também obriga que, no preceito primário do tipo, exista uma definição precisa da conduta proibida ou imposta, sendo vedada a criação de tipos que contenham conceitos vagos ou imprecisos. A lei, portanto, deve ser taxativa.

Segundo Brandão (2008, p. 57), a falta de lei certa, além de permitir arbitrariedades por parte do Estado, fere a separação de poderes, pois impõe o papel de legislador ao julgador. Outrossim, sem a determinação da conduta delituosa, não se pode conhecer o que se quer proibir; e por consequência, não existirá eficácia de prevenção geral.

5.1 Decisão [HC 88.452-1/RS]

5.1.1 Ementa da Decisão

A decisão a ser analisada (Habeas Corpus nº 88.452-1/RS) está assim ementada:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. ATIPICIDADE. MOTORISTA QUE SE RECUSA A ENTREGAR DOCUMENTOS À AUTORIDADE DE TRÂNSITO. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA.

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que não há crime de desobediência quando a inexecução da ordem emanada de servidor público estiver sujeita à punição administrativa, sem ressalva de sanção penal. Hipótese em que o paciente, abordado por agente de trânsito, se recusou a exibir documentos pessoais e do veículo, conduta prevista no Código de Trânsito Brasileiro como infração gravíssima, punível com multa e apreensão do veículo (CTB, artigo 238).

Ordem concedida.

(Habeas Corpus 88.452-1/RS. Min. Relator: Eros Grau. Segunda Turma, STF. DJE: 19/05/2006)

5.1.2 Análise da Decisão

O paciente Alexandre Quadros Machado se recusou a apresentar os documentos pessoais e do veículo ao ser parado no trânsito por um policial militar. Ele foi

condenado à pena de 3 (três) meses de detenção, convertida em prestação de serviços à comunidade, como incurso no artigo 330 do Código Penal (crime de desobediência). Como não se apresentou para o cumprimento da pena alternativa, o juiz restaurou a reprimenda corporal, expedindo o mandado de prisão.

A impetração do Habeas Corpus possui três fundamentos: 1) "*inexistência de defesa, considerada a inércia do defensor dativo*"; 2) atipicidade da conduta, pois ela acarreta sanção administrativa (multa e remoção do veículo); e 3) erro na fixação da pena-base, que seria apenas de 15 dias de detenção (ele foi condenado a três meses).

O Ministro Eros Grau, relator desse processo, estabelece assim três possibilidades: 1) cassar a decisão condenatória, aceitando-se a atipicidade da conduta; 2) manter o processo e a condenação, corrigindo a dosimetria da pena; ou 3) "*reconhecer a nulidade do processo, com a reabertura da dilação probatória a partir da audiência instrutória*".

Ocorre que a conduta já é normatizada pelo art. 238 da Lei n. 9.503/97³⁷ (que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro), não havendo tipicidade penal. A jurisprudência, inclusive, reconhece que se a inexecução às ordens do servidor público se revela passível de sanção de caráter administrativa, então não se configura o crime de desobediência (CP, art. 330³⁸). O Direito Penal (e a sanção penal) deve ser a *ultima ratio*, o último recurso utilizado para se fazer valer o Ordenamento Jurídico.

“DESOBEDIÊNCIA – Não configuração – Infração de trânsito – Estacionamento irregular de veículo na via pública – Multa imposta ao acusado pelo fato e também pela não exibição dos documentos à autoridade – Absolvição decretada – Inteligência do art. 330 do CP.

³⁷ “Art. 238. Recusar-se a entregar à autoridade de trânsito ou a seus agentes, mediante recibo, os documentos de habilitação, de registro, de licenciamento de veículo e outros exigidos por lei, para averiguação de sua autenticidade:

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa e apreensão do veículo;

Medida administrativa - remoção do veículo.”

³⁸ “Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público:

Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.”

Se, pela desobediência de tal ou qual ordem oficial, alguma lei comina determinada penalidade administrativa, ou civil, não se deverá reconhecer o crime de desobediência. Salvo se dita lei ressaltar expressamente a cumulativa aplicação do art. 330 do CP." (RT 534/327, Rel. Des. CAMARGO SAMPAIO)

O Princípio da Legalidade busca a clareza linguística, a definição e a correta utilização dos termos usados para compor as normas penais. Ocorre que muitas atitudes podem ser interpretadas como "*desobediência às ordens de autoridades públicas*", e a falta de definição dessa palavra dá poder aos agentes públicos para enquadrar ações ao seu bel prazer no art. 330 do CP. Esse artigo não oferece critérios para se caracterizar uma ação como sendo de desobediência, e nem diz que tipo de ordens podem ser emanadas dos agentes públicos, ou quando os agentes públicos podem emaná-las. Pelo conceito de "desobediência" pode-se fazer a subsunção lógica de vários outros conceitos, e.g., "*indocilidade, indisciplina, rebeldia, insubordinação e violação*" (Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, 2009, p. 662), o que abre o escopo semântico-pragmático do signo.

6. Lei Escrita (Proibição de Costume – Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Scripta)

O costume é uma das formas mais antigas de expressão do Direito, sua função é preencher as lacunas das leis decorrentes da complexão de relações emergentes da vida social. O costume tanto pode ser considerado como uma Fonte Material do Direito (práticas que podem ser dogmatizadas na lei) quanto pode ser uma Fonte Formal subsidiária do Direito – é subsidiária porque na ausência de leis sobre, prevalece o costume; ou seja, ele funciona como uma norma/fonte supletiva, sendo permitido pelo artigo 4º da LINDB (Lei n. 12.376/2010). Ele possui dois elementos: o material (objetivo) – repetição de uma prática social (*consuetudo*) – e o psicológico (subjetivo) – convicção de que a prática social reiterada é necessária e obrigatória (*opinio iuris et necessitatis*). Seu uso deve ser público, geral, constante e uniforme (Diniz, 2012, p. 332 - 338).

Segundo García-Pablos de Molina (2000, p. 339), a primazia da lei e consequente rechace de outras fontes, como os costumes, se aplica por razões de segurança jurídica: a lei não só expressa a vontade popular, mas conta com um processo de gestação que facilita ao cidadão seu conhecimento. E sua forma (escrita) oferece maior segurança jurídica. Assim, a fonte de conhecimento imediata do direito penal é a lei. Sem ela não se pode proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção (Greco, 2015, p. 146).

As fontes indiretas, como o costume e os princípios gerais do direito, podem bem constituir fontes de produção de direito em outros ramos do ordenamento jurídico e, excepcionalmente, também em direito penal, porém jamais na edição de preceitos incriminadores. É uma exigência que o Princípio da Legalidade impõe ao direito penal: que suas espécies incriminadoras somente podem ser apresentadas através de iniciativas

legislativas (Busato, 2015, p. 43). De fato, o nosso sistema codificado significa garantia mais efetiva aos destinatários da norma penal, pois composto de leis escritas. Logicamente, devem ser escritas de maneira clara (taxatividade), previamente à prática criminosa e não dependente de interpretação extensiva, mas estrita. Segundo Nucci (2018, p. 294), a lei precisa ser escrita porque:

Em primeiro lugar, isso obriga o juiz a aplicar apenas as normas criminais calcadas na forma escrita. Há nítida proteção contra arbitrariedades. A segunda base da lei escrita é que ela deve estar contida em um estatuto ou código extraído do Parlamento. Logo, não é a vontade do juiz a imperar, mas a do povo, que elege o parlamentar.

Quanto ao costume abolicionista, convém pontuar que somente a lei revoga outra lei. Enquanto determinada lei estiver em vigor terá plena eficácia. É o que está disposto no art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”.

6.1 Decisão [AgRg no REsp 1.167.646/RS]

6.1.1 Ementa da Decisão

A decisão a ser analisada (Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.167.646/RS) está assim ementada:

“EMENTA: PENAL. CASA DE PROSTITUIÇÃO. TOLERÂNCIA OU DESUSO. TIPICIDADE.

1. Esta Corte firmou compreensão de que a tolerância pela sociedade ou o desuso não geram a atipicidade da conduta relativa à prática do crime do artigo 229 do Código Penal.
2. Precedentes.
3. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(AgRg no REsp 1.167.646/RS. Min. Relator: Haroldo Rodrigues. STJ. DJE: 27/04/2010)

6.1.2 Análise da Decisão

Esse caso diz respeito à prática de lenocínio e à manutenção de uma casa de prostituição. Ocorre que “A. F. de M.” e “J. da L.” mantinham casa de prostituição e foram

acusados pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul com base no art. 229 do Código Penal³⁹.

O acórdão foi, primeiramente, favorável aos réus. Argumentaram eles que havia e há tolerância e adequação por parte da sociedade [e por parte da polícia], além de desuso do art. 229 do CP.

“Apelação criminal. Manutenção de casa de prostituição. Adequação social do fato. Atipicidade. Apelo provido. Absolvição mantida.”

O Ministro Haroldo Rodrigues, discordando da decisão acima, em seu voto, argumentou que *“a tolerância ou o desuso não se apresentam como causas aptas a gerar a atipicidade da conduta relativa à manutenção de casa de prostituição”*. A corte, então, ratificou e legitimou a opinião do Ministro Haroldo Rodrigues com base no seguinte precedente:

“A – RECURSO ESPECIAL PENAL. CASA DE PROSTITUIÇÃO. TIPICIDADE. EVENTUAL LENIÊNCIA SOCIAL OU MESMO DAS AUTORIDADES PÚBLICAS E POLICIAIS NÃO DESCRIMINALIZA A CONDOTA DELITUOSA LEGALMENTE PREVISTA. PARECER DO MPF PELO PROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO PROVIDO PARA, RECONHECENDO COMO TÍPICA A CONDOTA PRATICADA PELOS RECORRIDOS, DETERMINAR O RETORNO DOS AUTOS AO JUIZ DE PRIMEIRO GRAU PARA QUE ANALISE A ACUSAÇÃO, COMO ENTENDER DE DIREITO.

(...)”

(REsp 820.406/RS, Relator p/ o acórdão o Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 20.4.2009)

Neste Recurso Especial, defende-se a tese de que o art. 229 do CP tipifica a conduta, tornando-a penalmente ilícita. Diz ainda que a indiferença social ou das autoridades públicas não exclui a culpabilidade nem a ilicitude da conduta, e não revoga a lei. Esta só perde sua força sancionadora se outra lei a revogar.

“B – PENAL. RECURSO ESPECIAL. CASA DE PROSTITUIÇÃO. TOLERÂNCIA. ATIVIDADE POLICIAL. TIPICIDADE (ART. 229 DO CP).

³⁹ “Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente:

Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.”

(...)"

(REsp n. 146.360/PR, Relator o Ministro FELIX FISCHER, DJU de 8/11/1999)

A tolerância/indiferença na repressão criminal, bem como o desuso da norma, não se apresenta como caso de atipia, nem neutraliza ou revoga a norma incriminadora em decorrência de ação policial desvirtuada (REsp n. 149.070/DF, Relator Ministro FERNANDO GONÇALVES, DJU de 29/6/1998). Desse modo, não há, no Código Penal Brasileiro, possibilidade de se excluir a culpabilidade por tolerância ou indiferença social. Ademais, a casa de prostituição não oferece "serviços" dentro da normalidade social; ao contrário do motel, que não tem finalidade exclusiva de favorecer o lenocínio.

Nesse caso (da casa de prostituição), ainda não existe costume/aceitação por parte da sociedade, apenas indiferença e tolerância por parte de algumas pessoas.

7. Conclusão

Diante de todo o exposto, derivam do Princípio da Legalidade requisitos importantes, como:

- a) a lei penal deve ser estrita (*lex stricta*);
- b) a lei penal deve ser prévia (*lex praevia*);
- c) a lei penal deve ser estabelecida de forma clara e precisa (*lex certa*);
- d) a lei penal deve estabelecer, de forma escrita, os delitos e as penas (*lex scripta*).

A lei penal deve ser estrita (*lex stricta*), ou seja, proíbe-se analogia em matéria penal (para piorar a situação do réu, admitindo-se analogia em *bonam partem*), proíbe-se o emprego da analogia para criar crimes, fundamentar e agravar penas. O STF, no HC 97.261/RS (Min. Relator: Joaquim Barbosa, Segunda Turma, STF, DJE: 02/05/2011, Publicação: 03/05/2011) entendeu que "sinal de TV à cabo" não deve ser igualado a "energia com valor econômico equiparável à coisa alheia móvel", sob pena de se operar analogia para prejudicar o réu. Não é permitido estender as leis penais para condutas não contempladas expressamente.

As leis penais devem ser prévias às condutas que constituem delitos, que estabelecem suas consequências, que estabelecem o procedimento a seguir e a forma em que devem cumprir-se as penas (*lex praevia*): pelo que resta proibida a retroatividade da norma penal incriminadora. No Recurso de Habeas Corpus 65.083-0/MS (Min. Relator: Djaci Falcão, Segunda Turma, STF, DJE: 30/10/1987), o STF entendeu que a conduta

praticada pelo réu à época dos fatos era atípica, pois não constava em nenhuma norma penal incriminadora, sendo punida apenas como infração administrativa. Dessa forma, o STF admite apenas que a lei penal estenda seus efeitos para o futuro, e não para o passado.

As leis devem ser estabelecidas de forma clara e precisa (*lex certa*): exige-se precisão dos tipos penais incriminadores, vedando-se tipos penais vagos e indeterminados. No Habeas Corpus 88.452-1/RS (Min. Relator: Eros Grau, Segunda Turma, STF, DJE: 19/05/2006), o STF entendeu que não se configura crime de desobediência quando a ordem emanada do servidor público já estiver sujeita a punição administrativa, porque o termo “desobedecer a ordem de servidor público” induz a uma vagueza. Assim, não se pode condenar alguém quando a lei não possua precisão terminológica.

Por fim, a lei penal deve estabelecer os delitos e as penas de forma escrita (*lex scripta*): disso se deduz que a lei é a única fonte formal e direta de normas penais e deve estabelecer-se mediante um procedimento regular preestabelecido, o que evita o filtro do direito consuetudinário como fonte direta de Direito. Proíbe-se assim a criação de crimes e penas pelos costumes, bem como a revogação de tipos penais pelos costumes. O STJ, no AgRg no REsp 1.167.646/RS (Min. Relator: Haroldo Rodrigues, STJ DJE: 27/04/2010), entendeu que a tolerância e o desuso não revogam o tipo penal que criminaliza a manutenção de casa de prostituição. Assim, é vedado o costume abolicionista e criador de tipos penais, como se lei penal fosse.

Referências Bibliográficas

BECCARIA, Marquês de (Cesare de Bonesana). *Dos delitos e das penas*. Trad. De J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Linguagem Jurídica*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal, parte geral, tomo 1º: introdução, norma penal, fato punível*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

- BUSATO, Paulo César.** *Direito penal: parte geral – v. 1.* São Paulo: Atlas, 2015.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZABAL MALAREE, Hernán. *Lecciones de derecho penal – v. 1.* Madrid: Trotta, 1997.
- CARBONELL MATTEU, Juan Carlos. *Derecho Penal: concepto e principio constitucionales.* 3. Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120).* 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.* Organização: Antônio Houaiss, Mauro de Salles Villar e Francisco Manoel de Mello Franco. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Objetiva. 2009.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica.* 23ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. *Derecho Penal: Introducción.* Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidade Complutense de Madrid, 2000.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral – v. 1.* 17 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.
- JESCHECK, H. H. *Tratado de Derecho Penal – v. 1.* Barcelona, Bosch, 1981.
- MASSON, Kleber. *Direito Penal Esquemático: Parte Geral – v. 1.* São Paulo: 13 ed. Método, 2019.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal, parte general.* 5 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1o a 120 do Código Penal.* ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. *Aproximacion al Derecho penal contemporáneo.* Barcelona: Bosch, 1992
- STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal, parte general, I.* Trad. de Gladys Romero. Madrid: Edersa, 1982.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 23ª ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2010.

UMA ANÁLISE DOS EFEITOS PREVIDENCIÁRIOS DECORRENTES DOS CONTRATOS DE TRABALHO NULOS FIRMADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

JULIANA BARRETO DE CARVALHO AMORIM:

Advogada. Especialista em Direito Público. Especialista em Ciências Penais. Especialista em Investigação Forense e Perícia Criminal.

Resumo: Este presente estudo tem a pretensão de apresentar uma breve análise acerca dos efeitos previdenciários decorrentes dos contratos de trabalhos nulos firmados no âmbito da Administração Pública. Para tanto, será discutida, inicialmente, a teoria das nulidades dos contratos de trabalho. Nessa senda, discutir-se-á acerca dos efeitos dos contratos de trabalho considerados nulos, em especial os efeitos trabalhistas. Por fim, serão analisados, à luz da jurisprudência majoritária, os efeitos previdenciários do contrato de trabalho que apresenta vícios passíveis de nulidade. O método de abordagem escolhido é o método dedutivo, visto que são abordadas, em primeiro plano, de forma genérica, as teorias das nulidades, e em um segundo momento, o tema é tratado a partir da análise jurisprudencial, de forma a apresentar conclusões acerca dos efeitos previdenciários dos contratos de trabalho nulos firmados no seio da Administração Pública. Desse modo, serão demonstradas as razões jurídicas pelas quais devem ser garantidos aos contratados os efeitos para fins previdenciários, conquanto existam vícios na contratação.

Palavras-chave: Direito Previdenciário. Contrato de Trabalho. Nulidades. Efeitos.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Considerações sobre a nulidade dos contratos de trabalho firmados no âmbito da Administração Pública sem prévio concurso público. 3 Efeitos trabalhistas dos contratos de trabalho declarados nulos. 4 Efeitos previdenciários dos contratos de trabalho nulos firmados no âmbito da Administração Pública. 5 Considerações Finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Com a edição da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, foi estabelecida, na ordem jurídica vigente, a exigência de realização de concurso público para a admissão de empregados públicos pela Administração Pública, ressalvada a hipótese de contratação excepcional prevista no artigo 37, IX, da Lei Maior. Considerando tal exigência, os tribunais pátrios passaram a considerar nulos os contratos de trabalho firmados no âmbito da Administração Pública sem o prévio concurso público.

Nesse contexto, exsurtem diversos julgados, notadamente no âmbito da Suprema Corte, no sentido de que o contrato de trabalho declarado nulo não produz efeitos

jurídicos, a exceção do direito ao recebimento de salários e saque do valor relativo ao fundo de garantia de Tempo de Serviço.

Ocorre que, ainda no âmbito jurisprudencial, passa a ter ampla proporção a discussão sobre os efeitos previdenciários de tais contratos. Nesse jaez, revela-se de extrema importância tal discussão, uma vez que as relações trabalhista e previdenciária não se confundem e, além disso, os direitos previdenciários daquele que efetivamente prestou serviço precisam ser assegurados pelo ordenamento pátrio.

Nessa moldura, ante a relevância do tema, este trabalho tem por escopo precípua analisar os efeitos previdenciários decorrentes dos contratos de trabalhos nulos firmados no âmbito da Administração Pública.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A NULIDADE DE CONTRATOS FIRMADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEM PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO

Anteriormente à Constituição Federal de 1988, vigorava no Brasil a Constituição Federal de 1967, modificada pela Emenda Constitucional de 1969, que exigia a formalidade de prévio concurso público apenas para o provimento de cargo público, não exigindo tal medida para admissão em emprego público (art. 97, § 1.º, da CF/67).

A partir do advento da Constituição atual, a exigência constitucional de concurso público foi ampliada de modo a abarcar os empregos públicos, conforme se depreende do art. 37, II, da CF/88.

Assim, se a admissão do contratado pela Administração Pública ocorreu anteriormente à edição da atual Constituição, não há que se falar em violação ao art. 37, II, da CF/88, pois este ainda não se encontrava em vigor. Nesta senda, não se vislumbram nulidades em tais contratos, exceto em situações de fraude ou simulação.

Outra é a hipótese de admissão em emprego público sem prévio concurso público realizada após a vigência da atual Constituição. Tais hipóteses ensejam contratos de trabalho considerados nulos, conforme remansosa jurisprudência da Suprema Corte, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. CONTRATAÇÃO SEM CONCURSO PÚBLICO. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 100/2007. NULIDADE DO VÍNCULO. DIREITO AOS DEPÓSITOS DO FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO. FGTS. TEMA 916 DA REPERCUSSÃO GERAL. [...]. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (STF. AgR ARE

1199144 MG. Segunda Turma. Rel. Min. Cármen Lúcia. Data de Publicação: 16/08/2019)

2 EFEITOS TRABALHISTAS DOS CONTRATOS DE TRABALHO DECLARADOS NULOS

É cediço que a declaração de nulidade implica a invalidação do ato ou do negócio jurídico, apresentando como consequência a não produção dos efeitos pretendidos pelas partes quando da celebração contratual, em razão, na maior parte das vezes, por causa da inobservância de requisitos necessários à sua formação, ou ainda, em razão da ilicitude do objeto.

No que diz respeito à hipótese específica na qual existe violação do interesse público, sem que, no entanto, a contratação tenha como fundamento um objeto ilícito, o Tribunal Superior do Trabalho vem adotando a aplicabilidade parcial da teoria trabalhista das nulidades, por meio da qual é decretada a nulidade do contrato de trabalho, entretanto, assegura-se, ao trabalhador admitido de forma irregular, a contraprestação pelos serviços prestados e o direito ao FGTS. Isso ocorre na situação em que é efetivada a contratação de empregados pelo Poder Público sem o respectivo concurso, nos termos exigidos pelo art. 37, II e § 2º, da Constituição Federal.

Dessa forma, o Poder Judiciário não invalida os direitos trabalhistas do período anterior à invalidação (não aplicando integralmente a teoria das nulidades), mas também não retira do empregado todos seus direitos. Nessa senda, importa ressaltar o entendimento da Súmula 363 do TST:

A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

No mesmo sentido encontra-se a pacífica jurisprudência do STF:

CONSTITUCIONAL E TRABALHO. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEM CONCURSO. NULIDADE. EFEITOS JURÍDICOS ADMISSÍVEIS EM RELAÇÃO A EMPREGADOS: PAGAMENTO DE SALDO SALARIAL E LEVANTAMENTO DE FGTS (RE 596.478 - REPERCUSSÃO GERAL). INEXIGIBILIDADE DE OUTRAS VERBAS, MESMO A TÍTULO INDENIZATÓRIO. 1. Conforme reiteradamente afirmado pelo Supremo Tribunal Federal, a Constituição de 1988 reprovava severamente as contratações de

pessoal pela Administração Pública sem a observância das normas referentes à indispensabilidade da prévia aprovação em concurso público, cominando a sua nulidade e impondo sanções à autoridade responsável (CF, art. 37, § 2º). 2. No que se refere a empregados, essas contratações ilegítimas não geram quaisquer efeitos jurídicos válidos, a não ser o direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/90, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS. 3. Recurso extraordinário desprovido. (RE 705140, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 28/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-217 DIVULG 04-11-2014 PUBLIC 05-11-2014)

Ante o exposto, vislumbra-se que, na seara trabalhista, são garantidos aos empregados públicos contratados sem concurso público, cujos contratos sejam declarados nulos, o pagamento de salários e o levantamento de FGTS.

3 EFEITOS PREVIDENCIÁRIOS DOS CONTRATOS DE TRABALHO NULOS FIRMADOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Acerca dos efeitos previdenciários dos contratos de trabalho considerados nulos, celebrados no âmbito da Administração Pública, é pertinente ressaltar que os serviços efetivamente prestados pelo contratado merecem guarida da legislação vigente, posto que devem ser computados como tempo de contribuição para efeitos previdenciários.

Em que pese haja entendimento no sentido de que os efeitos jurídicos dos contatos de trabalho considerados nulos se limitam apenas às remunerações pagas ao empregado pelo trabalho prestado e ao saque dos depósitos realizados na conta vinculada do FGTS, não ensejando efeitos previdenciários, com fundamento na Súmula n.º 363 do TST supramencionada, tal posicionamento não deve prevalecer.

Nesse teor, indispensável se faz anotar que o fato de ter sido considerado nulo o contrato de trabalho firmado não prejudica o reconhecimento do respectivo tempo de contribuição. Ressalte-se, ainda, que, em conformidade com o prescrito na Emenda Constitucional n.º 20/1998, o parâmetro para a concessão de aposentadoria passou a ser o tempo de contribuição decorrente do tempo de serviço prestado, conforme se depreende da nova redação do art. 40, § 9.º da CF/88.

Sobre o assunto, importa destacar, ainda, o disposto no artigo 8º da Resolução n.º 141/2011:

Art. 8.º. Na apuração do tempo de serviço, nos termos da Lei n.º 8.112/90, para fins de aposentadoria, disponibilidade, gratificação adicional, licença-prêmio por assiduidade e para efeito de licença de capacitação, nos termos do parágrafo único do art. 7º da Lei n.º 9527/1997, serão observadas as seguintes normas:

(...) XIII – o tempo de serviço prestado à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, ainda que descontínuo, pode ser computado como tempo de efetivo exercício no serviço público, para fins de satisfazer o requisito de que trata o art. 40, § 1.º, III, da Constituição Federal, bem como, ainda, o art. 6.º, III, da Emenda Constitucional n.º 41, de 19/12/2003, e no art. 3.º, II, da Emenda Constitucional n.º 47, de 05/07/2005;

Neste sentido está o entendimento firmado pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Federais, no PEDILEF 0515315-72.2014.4.05.8400:

A TNU já firmou a tese de que a relação jurídica previdenciária estabelecida entre a entidade gestora e a pessoa que exerce atividade que determina vínculo obrigatório a aquele é relativamente independente da relação jurídica de trabalho a ela subjacente, razão pela qual a nulidade da investidura ou do contrato, decorrente da ausência de prévia aprovação em concurso público, não anula o respectivo tempo de serviço/contribuição, desde que não tenha havido simulação ou fraude na investidura ou contratação (PEDILEF 0515315- 72.2014.4.05.8400)

Acerca do tema, cumpre transcrever alguns excertos do PEDILEF n.º 0518315-72.2014.4.05.8400, cuja de relatoria da Juíza Federal Maria Lúcia Gomes de Souza, por ser bastante esclarecedor:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. INGRESSO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEM PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO, FORA DOS CASOS DE LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO. RELAÇÃO DE TRABALHO FUNDADA EM LEI ESTADUAL POSTERIORMENTE DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO PODER JUDICIÁRIO. FATO GERADOR DO DIREITO ÀS PRESTAÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE QUE DETERMINA VÍNCULO OBRIGATÓRIO AO RGPS. RELATIVA INDEPENDÊNCIA DAS RELAÇÕES JURÍDICAS. NATUREZA PROTETIVA DAS NORMAS DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO. COLISÃO ENTRE

DIREITOS DE ESTATURA CONSTITUCIONAL. PONDERAÇÃO. EFICÁCIA DA SITUAÇÃO DE FATO A DETERMINAR A EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA PREVIDENCIÁRIA. PEDILEF CONHECIDO E PROVIDO. 1. O fato gerador do direito a uma das prestações previstas no Plano de Benefícios da Previdência Social PBPS é o exercício, por pessoa natural, de uma das atividades que determinam o vínculo obrigatório com o Regime Geral da Previdência Social, ou a regular assunção da situação jurídica de segurado facultativo por aquela. 2. Estabelecida entre a entidade gestora e a pessoa natural vinculada obrigatoriamente ao RGPS em decorrência daquele exercício de atividade, a relação previdenciária é relativamente independente da relação jurídica de trabalho a ela subjacente, bem como da relação jurídica tributária decorrente do mesmo fato, desta última quando a responsabilidade tributária pelos recolhimentos for atribuída a pessoa diversa daquela segurada. 3. O Supremo Tribunal Federal – STJ e o Supremo Tribunal de Justiça – STJ têm jurisprudência consolidada sobre os efeitos das contratações nulas efetuadas por entes da Administração Pública, em que tenha havido violação da regra do concurso público, limitando-os ao direito ao recebimentos dos salários devidos no período trabalhado e ao saque dos depósitos realizados no FGTS, vedando o enriquecimento sem causa do Estado. 4. A natureza protetiva dos direitos da Seguridade Social, a relativa independência entre as relações jurídicas de trabalho, de direito administrativo e a de direito previdenciário, bem como entre a obrigação e a responsabilidade tributárias de recolhimento de contribuições sociais relativas ao exercício das atividades que determinam vínculo obrigatório ao RGPS, garantem a eficácia do tempo de serviço/contribuição para fins previdenciários, ainda que haja contrato nulo de trabalho, desde que tenha havido o efetivo exercício da atividade e de que não tenha havido simulação ou fraude na contratação. 5. PEDILEF conhecido e provido. (...) (...) os mesmos acontecimentos da vida de relação podem servir – e servem – de fato gerador de relações jurídicas diversas e direitos de natureza diferente. (...) Tais relações jurídicas são relativamente independentes entre si, pois uma necessariamente não dependerá da outra para existir, além do que elas nascem, desenvolvem-se e extinguem-se entre pessoas diversas e tendo objetos diferentes. (...) Ora, se as relações jurídicas nascidas do mesmo fato são diversas, se diversos são os seus elementos constituintes e objetos, não se pode simplesmente estender a nulidade de uma delas a todas as demais, salvo se se comprovar o dolo de todas as partes envolvidas para

simular determinada situação de fato inexistente, verdadeira concertação criminosa, o que nem de longe ocorreu no caso em análise. (...) Se isso é assim em relação àquelas relações jurídicas, não há razão de fato ou de direito para ser diferente no tocante à relação jurídica previdenciária, pois ninguém pode negar que se a parte recorrente 'prestou serviços de natureza urbana à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração' era segurada do RGPS, na modalidade 'segurado empregado', e, por ter cumprido todos os requisitos necessários, faria jus a uma das prestações previstas no Plano de Benefícios da Previdência Social – PBPS. Assim, a simples independência das relações jurídicas seria suficiente para garantir o direito da parte recorrente. (...) E não se valoriza o trabalho ao se anular os efeitos previdenciários dos fatos subjacentes a um contrato nulo de emprego, pois toda a energia anímica do trabalhador terá sido reduzido a salário (remuneração e saque de FGTS), o que seria incompatível com a natureza protetiva dos direitos fundamentais. (...) Ora, o direito previdenciário visa à proteção da pessoa natural contra riscos sociais previamente estabelecidos, com vistas a garantir uma vida digna a todos aqueles que estão sob a égide do Estado Brasileiro. (...) Por isso e nos termos da Questão de Ordem n.º 38, voto por conhecer do PEDILEF, dar-lhe provimento e: a) fixar a tese de que a relação jurídica previdenciária estabelecida entre a entidade gestora do RGPS e a pessoa que exerce atividade que determina vínculo obrigatório a aquele, na modalidade de segurado empregado, é relativamente independente da relação jurídica de trabalho a ela subjacente, razão pela qual a nulidade na investidura ou do contrato, decorrente da ausência de prévia aprovação em concurso público, não anula o respectivo tempo de serviço/contribuição, desde que não tenha havido simulação ou fraude na investidura ou contratação; (...)

Também importa mencionar julgados mais recentes da TNU, que tem entendido que o contrato de trabalho considerado nulo no âmbito administrativo não afasta o direito do servidor à contagem do tempo efetivamente trabalhado para fins previdenciários. Nesse sentido os PEDILEF's n.ºs 0518315-72.2014.4.05.8400, 0512658-18.2015.4.05.8400, 0509501-37.2015.4.05.8400, 0512969-09.2015.4.05.8400 e 0509485-83.2015.4.05.8400. Insta destacar, ainda, que na sessão do dia 27/04/2017 esse entendimento foi reafirmado por ocasião do julgamento do PEDILEF 0509501-37.2015.4.05.8400.

Desta feita, infere-se que a averbação do tempo de contribuição decorrente de contrato de trabalho nulo é direito cristalino daquele que efetivamente prestou serviço à

Administração Pública, não olvidando a comprovada prestação de serviços e o devido recolhimento das contribuições previdenciárias respectivas.

Desse modo, denota-se que a existência de contrato de trabalho considerado nulo não pode ser vislumbrada como obstáculo ao reconhecimento do tempo de serviço efetivamente prestado, principalmente quando é incontestável a existência do vínculo jurídico previdenciário, como segurado empregado, com o devido recolhimento das contribuições previdenciárias. Assim, sendo as relações jurídicas trabalhista e previdenciária independentes, impõe-se a necessidade de averbação do tempo de contribuição.

Outrossim, é importante ressaltar que há entendimento no sentido de que a jurisprudência firmada no âmbito da TNU foi superada pelo STF, em repercussão geral, nos autos do RE 765320 RG/MG, publicado em 23 de setembro de 2016, que entendeu que os contratos de trabalho nulos não geram quaisquer efeitos jurídicos válidos em relação aos servidores contratados temporariamente, com exceção do direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.

Ocorre que a decisão proferida pelo STF, em sede de repercussão geral, tendo como Relator o Ministro Teori Zavascki, limitou-se a discutir os efeitos jurídicos típicos da relação trabalhista decorrente de contratação sem aprovação prévia em concurso público após a Constituição Federal de 1988, considerando que, no caso concreto, analisava-se a possibilidade de reconhecimento do vínculo trabalhista e a obrigatoriedade de pagamento das verbas trabalhistas rescisórias. No precedente mencionado não foram analisados os efeitos previdenciários originados pela contratação declarada nula de pleno direito.

Tal afirmação confirma-se pelo ensinamento contido no voto do Ministro Teori Zavascki, no anterior RE 705.140, por meio do qual foram também analisados os efeitos jurídicos de contrato declarado nulo:

3. A questão com repercussão geral visualizada pelo Plenário Virtual diz respeito aos efeitos jurídicos típicos da relação trabalhista – tais como as verbas do aviso prévio, gratificação natalina, férias e respectivo 1/3, indenização referente ao seguro-desemprego, multa do art.477, §8º, da CLT, entre outras, que haviam sido garantidas pelo Tribunal Regional do trabalho da 4ª Região – em favor de trabalhador que prestou serviços para a Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor (FEBEM), sem, contudo, ter sido aprovado em concurso público, nos termos exigidos pela Constituição.

Desse modo, ante as razões expendidas, vislumbra-se a manutenção do entendimento pacificado pela jurisprudência recente da TNU, no sentido de que o contrato de trabalho considerado nulo no âmbito administrativo não afasta o direito do servidor à contagem do tempo efetivamente trabalhado para fins previdenciários.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, depreende-se, com clareza hialina, que deve prevalecer o entendimento da TNU no sentido de que o vício nos contratos de trabalho firmados pela Administração Pública com o empregado público, desde que não haja fraude ou simulação, não impede o reconhecimento dos efeitos previdenciários decorrentes da efetiva prestação de serviço.

5 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acessado em: 20 out. 2021.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Contrato Individual de Trabalho** – Uma visão estrutural. São Paulo: LTR, 1998.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2002.

MARTINEZ, W. N. **A seguridade social na Constituição Federal**. São Paulo: LTR, 1992.

_____. **Comentários à Lei Básica da Previdência Social**. Tomo I. São Paulo: LTR, 2003.

MORALES, Cláudio Rodrigues. **O Direito Previdenciário Moderno e sua Aplicabilidade ante o princípio da segurança Jurídica**. São Paulo: LTR, 2009.

ROCHA, Daniel Machado; SAVARIS, José Antônio. **Direito previdenciário: fundamentos de interpretação e aplicação**. Curitiba: Alteridade Editora, 2019.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Curso do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 1982.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, João de Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. Vol. 1. São Paulo, LTR, 2000.

LIMITES CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: FAKE NEWS

SUESLEY ALVES CORREIA:

Bacharelado em Direito pelo Centro
Universitário Unirg.

VERÔNICA SILVA DO PRADO DISCONZI

(orientadora)⁴⁰

RESUMO: A história do homem é uma eterna luta em busca da liberdade, liberdade de ir e vir, liberdade para escolher que caminho seguir, liberdade para se expressar. A constituição faculta esse direito como uma garantia fundamental, dando a todos os brasileiros a liberdade de expressar ideias, pensamentos e opiniões. Não somente de comunicar, expressar, mas também receber sem discriminação, informações verdadeiras sobre determinados fatos. A liberdade de expressão é tutelada pelo Estado e garante que todos podem externar ou não o seu pensamento, opinião, ideias e ponto de vista a cerca de qualquer assunto ou tema, independente da manifestação de um juízo prévio de outra pessoa; ou seja, qualquer pessoa tem o direito de falar tudo que pensa sobre qualquer assunto ou optar pelo silêncio; a constituição veda somente o anonimato. As grandes discussões sobre as fake news surgiram de forma mais acirrada em um período crucial para a democracia brasileira, período eleitoral, demonstrando que a criação e disseminação de falsas notícias tem capacidade e potencial de influenciar o resultado do processo eleitoral atingindo de forma direta o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Estado; Democracia; Discussão; Informação; Influenciar.

ABSTRACT: The history of man is an eternal struggle in search of freedom, freedom to come and go, freedom to choose which way to go, freedom to express oneself. The constitution provides this right as a fundamental guarantee, giving all Brazilians the freedom to express ideas, thoughts and opinions. Not only to communicate, express, but also to receive, without discrimination, true information about certain facts. Freedom of expression is protected by the State and guarantees that everyone may or may not express their thoughts, opinions, ideas and point of view on any subject or topic, regardless of the expression of a previous judgment by another person; that is, anyone has the right to speak all they think about any subject or to opt for silence; the constitution prohibits only anonymity. The major discussions about fake news emerged in a more heated way in a crucial period for Brazilian democracy, the electoral period, demonstrating that the creation and dissemination of fake news has the capacity and

⁴⁰ Professora Mestre do Centro Universitário Unirg

potential to influence the outcome of the electoral process, directly affecting the State. Democratic of Law.

Keywords: State; Democracy; Discussion; Information; influence.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. LIMITES CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA DEMOCRACIA BRASILEIRA. 2. CONTEXTO GERAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO. 2.1. A liberdade de expressão como direito fundamental. 2.2. Mídias sociais e liberdade de expressão. 3. FAKE NEWS VERSUS LIBERDADE DE EXPRESSÃO: DESAFIOS PARA O MUNDO DO DIREITO. 3.1. Dificuldades sobre a regulamentação das Fake News. 3.2. O tratamento jurídico das notícias falsas. 4. COMBATE ÀS FAKE NEWS: RISCO PARA O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO. 5. OS DESAFIOS DAS FAKE NEWS PARA AS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

A história do homem é uma eterna luta em busca da liberdade, liberdade de ir e vir, liberdade para escolher que caminho seguir, liberdade para se expressar. A liberdade de expressão é um direito de todos nós, assegurado pela declaração universal dos direitos humanos, no Brasil a Constituição Federal deixa claro que é livre a manifestação do pensamento, da liberdade de expressão de opinião, crença, artística, científica e da liberdade da informação da comunicação.

Tendo em vista que um fato pode ferir os direitos alheios mesmo que se esteja exercendo o direito de livre manifestação, por isso a constituição assegura no (art.5º, V) o direito de resposta proporcional ao agravo. As pessoas podem se sentir ofendidas através das fake news, podem se sentir feridas na sua honra, moral ou na sua imagem, sofrendo danos, e por isso, existe a necessidade da vedação do anonimato, para que os autores respondam ou rigor da lei. Mas esse direito fundamental ultimamente tem sido questionado de forma veemente, será se esse questionamento pode ser considerado uma censura? A liberdade de expressão é irrestrita? Possui limitações?

Para a realização da primeira parte deste estudo, foi utilizada a metodologia de revisão bibliográfica. Esta consiste em um procedimento sistemático de análise de documentos, principalmente eletrônicos, e notícias para entender o que já havia sido estudado; a pesquisa bibliográfica foi essencial, considerando que fornece um estudo teórico embasado na lei, na doutrina, na jurisprudência e nos artigos científicos. Trata-se de uma pesquisa exploratória que se utiliza de observação direta e pesquisas documental, bibliográfica, textos publicados na internet e artigos científicos.

Não havia no Brasil nenhuma lei para punir quem divulgava uma fake news, tanto na produção quanto no compartilhamento de conteúdo. Não obstante a falta de lei, a ausência de verificação previa que a veracidade dos fatos estava sujeita a responsabilização por meios de dispositivos legais do direito civil e criminal.

Qualquer pessoa que tenha a sua honra e reputação violada, tem o direito de acionar a justiça requerendo os seus direitos. Solicitando via autorização judicial a retirada das divulgações dos conteúdos, quaisquer que sejam os meios, tanto das mídias impressas como das redes sociais, onde mediante a desobediência ao mandado judicial o divulgador da fake news será responsabilizado pelos prejuízos causados à vítima; mesmo em virtude da obediência à justiça na retirada da publicação poderá haver por parte da vítima a solicitação de indenização pelos danos causados, o processo será tramitado na justiça criminal solicitando o pagamento, comprovando o crime de injúria, calúnia ou difamação. O Agressor que divulgou as fake news pode cumprir pena que varia de 3 meses a 3 anos de prisão, além do pagamento da indenização. Já segue em debate na Câmara a lei de combate às Fake News.

1.LIMITES CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA DEMOCRACIA BRASILEIRA

A constituição Federal traz normas básicas de forma que harmoniza o funcionamento da democracia brasileira, temos como exemplo em seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, a cidadania, o pluralismo político, a valorização do trabalho e da livre iniciativa etc. A constituição faculta esse direito como uma garantia fundamental, dando a todos os brasileiros a liberdade de expressar ideias, pensamentos e opiniões. Não somente de comunicar, expressar, mas também receber sem discriminação, informações verdadeiras sobre determinados fatos.

Estamos vivenciando um tempo de acessibilidade muito grande no Brasil e em todo o mundo. As informações, em questão de segundos circulam o mundo numa velocidade incrível, independentemente do seu conteúdo, do crivo de veracidade dos fatos, isso tem aberto um leque grande de informações através das redes sociais que estão de forma avassaladora tomando o espaço da TV e dos jornais impressos. Como não há um filtro de veracidade dessas informações que circulam nas redes sociais, muito se tem debatido sobre essa liberdade de expressão, sobre as fake news, se realmente essa liberdade de expressão é irrestrita ou se possui algumas limitações. As redes sociais têm sido o veículo que tem dado voz a muitos que de forma irresponsável e inconsequente tem disseminado

um serie de fake news com intuitos perversos causando uma série de desinformação e trazendo riscos a democracia.

Oliveira & Gomes (2019) ressaltaram que a disseminação de notícias falsas corrói a democracia ao criar a desinformação que bloqueia o debate. Todo direito fundamental encontra limites na própria legislação e não há previsão de um direito humano fundamental absoluto, todos eles encontram limites na própria legislação, por exemplo: a liberdade de expressão de opinião pode ser exercida desde que não atinja outros direitos que são previstos também na legislação brasileira, preservando o direito a intimidade, a honra e a privacidade, sempre existe a limitação do direito tendo em vista outros direitos e garantias fundamentais.

2.CONTEXTO GERAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

2.1 A liberdade de expressão como direito fundamental

A liberdade de expressão é tutelada pelo Estado e garante que todos podem externar ou não o seu pensamento, opinião, ideias e ponto de vista a cerca de qualquer assunto ou tema, independente da manifestação de um juízo prévio de outra pessoa; ou seja, qualquer pessoa tem o direito de falar tudo que pensa sobre qualquer assunto ou optar pelo silêncio; a constituição veda somente o anonimato; mesmo possuindo esses direitos fundamentais, havendo algum excesso ou eventual abuso o sujeito pode ser responsabilizado, sendo passivo a sanções, por isso o anonimato é vedado.

Um fato pode ferir os direitos alheios mesmo que se esteja exercendo o direito de livre manifestação, por isso a constituição assegura no (art.5º, V) o direito de resposta proporcional ao agravo. As pessoas podem se sentir ofendidas através das fake news, podem se sentir feridas na sua honra, moral ou na sua imagem, sofrendo danos, e por isso, existe a necessidade da vedação do anonimato, para que os autores respondam ou rigor da lei.

2.2. Mídias sociais e liberdade de expressão

É impossível pensar em liberdade de expressão em democracia sem pensar nas mídias sociais que transformou através da interação social o modo vida dos brasileiros e o acesso a informação através da internet, das redes sociais. A internet é um meio de informação e comunicação, e como tal, um espaço de ação política. De acordo com a Pesquisa Brasileira de Mídia – 2016 – Hábitos de consumo de Mídia, da Presidência da República, 89% dos entrevistados entendem que é possível obter informações mais diversas na internet do que nos canais de TV aberta (MARTINS, 2017). Por outro lado,

segundo pesquisa da BBC World Service, os brasileiros estão entre os mais preocupados com a nebulosa linha entre o que é real e falso na internet, sendo que 92% relatam alguma preocupação.(OLIVEIRA; GOMES, 2019)

Surgem em meio a essas disseminações de falsas informações através da “liberdade de expressão” o questionamento sobre esse espaço livre da internet para a comunicação e sobre o que pensam os seus usuários a respeito dessas informações. Uma pesquisa divulgada pela Quartz identificou que, no Brasil, 55% dos usuários concordam com a afirmação: “O facebook é a internet” (SUMARES, 2017), o que demonstra um grave desconhecimento sobre a utilização da rede, logo, uma vulnerabilidade diante do seu potencial informativo. A insegurança gerada pela desinformação constitui por si só uma ameaça à democracia e a pluralidade política. A situação se agrava no contexto mundial em que a recensão de ideais ultraconservadores e segregacionistas vem ganhando ares de normalidade e aponta-se que a difusão de notícias falsas tem servido especialmente à sua propagação, embora sejam utilizadas por grupos de diferentes espectros políticos (OLIVEIRA; GOMES, 2019)

3. FAKE NEWS VERSUS LIBERDADE DE EXPRESSÃO: DESAFIOS PARA O DIREITO

3.1. Dificuldades sobre a regulamentação das Fake News

Não havia no Brasil nenhuma lei para punir quem divulgava uma fake news, tanto na produção quanto no compartilhamento de conteúdo. Não obstante a falta de lei, a ausência de verificação previa que a veracidade dos fatos estava sujeita a responsabilização por meios de dispositivos legais do direito civil e criminal.

Qualquer pessoa que tenha a sua honra e reputação violada, tem o direito de acionar a justiça requerendo os seus direitos. Solicitando via autorização judicial a retirada das divulgações dos conteúdos, quaisquer que sejam os meios, tanto das mídias impressas como das redes sociais, onde mediante a desobediência ao mandado judicial o divulgador da fake news será responsabilizado pelos prejuízos causados à vítima; mesmo em virtude da obediência à justiça na retirada da publicação poderá haver por parte da vítima a solicitação de indenização pelos danos causados, o processo será tramitado na justiça criminal solicitando o pagamento, comprovando o crime de injúria, calúnia ou difamação. O Agressor que divulgou as fake news pode cumprir pena que varia de 3 meses a 3 anos de prisão, além do pagamento da indenização. Já segue em debate na Câmara a lei de combate às Fake News que de forma acalorada sobre diversos pontos de vista vem sido discutida.

Segundo o Especialista em Direito Digital Marcelo Crespo, a legislação brasileira já possui ferramentas suficiente para estancar as fake news, em um debate na câmara dos deputados Marcelo Crespo relatou que: "Sem ter mudado a legislação, não abrindo mão que ela seja aprimorada, nós estamos conseguindo identificar focos importantes de disseminação de fake news de desinformação, um dos focos a ser estudado segundo Marcelo Crespo seria a desmonetização dos pequenos grupos que financia e dissemina de forma orquestrada as fake news sem prejudicar as liberdades civis.

3.2. O tratamento jurídico das notícias falsas

As grandes discussões sobre as fake news surgiram de forma mais acirrada em um período crucial para a democracia brasileira, período eleitoral, demonstrando que a criação e disseminação de falsas notícias tem capacidade e potencial de influenciar o resultado do processo eleitoral atingindo de forma direta o Estado Democrático de Direito.

Diversas instituições da República vêm criando mecanismos de estudo e defesa contra a possibilidade de haver influência indevida na escolha dos agentes políticos. Nesse sentido, cita-se a criação pela Polícia Federal de grupo de trabalho em conjunto com o Tribunal Superior Eleitoral e a Procuradoria Geral da República, para coibir fake news nas eleições. A primeira iniciativa brasileira no combate à veiculação e disseminação de notícias falsas encontrava-se na Lei de Imprensa (Lei n.º 5.250, de 09/02/1967)²², declarada pelo Supremo Tribunal Federal como não recepcionada pela Constituição de 88, nos termos da ADPF 130-7/DF, da relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto.(COELHO, GUSTAVO ARTHUR *et al.*, 2018)

O Senador Ciro Nogueira apresentou projeto para acrescentar ao Código Penal o artigo 287-A, com a seguinte proposta de redação:

"Divulgação de notícia falsa Art. 287-A - Divulgar notícia que sabe ser falsa e que possa distorcer, alterar ou corromper a verdade sobre informações relacionadas à saúde, à segurança pública, à economia nacional, ao processo eleitoral ou que afetem interesse público relevante. Pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave. § 1º Se o agente pratica a conduta prevista no caput valendo-se da internet ou de outro meio que facilite a divulgação da notícia falsa: Pena – reclusão, de um a três anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave. § 2º A pena aumenta-se de um a dois terços, se o agente divulga a notícia falsa visando a obtenção de vantagem para si ou para outrem. "

O Senador diz na justificção que certas situações, que não configuram abertamente um crime contra a honra, não são consideradas com previsão na lei penal, sendo necessário, então, criminalizar a conduta de divulgação de notícia falsa em que a vítima é a sociedade, agravando-se a pena justamente nas hipóteses em que a divulgação é pelas redes sociais (pela potencialidade prejudicial) quando o agressor visa a obtenção de vantagem.

No ano de 2018 o Ministro Luiz Fux, presidente do TSE, deixou claro que um dos pilares de sua presidência seria combater às notícias falsas, evidenciando, em seu discurso, que *“candidatos preferem destruir a honra alheia através de notícias falsas por meio de redes sociais, em vez de revelar as próprias aptidões e qualidades”*. (ARTHUR, G., 2018)

Naquele período o ministro disse que criaria força tarefa composta pela inteligência auxiliado pelas agências de inteligências forças armadas, ministério público e polícia federal e empresas de mídias sociais, mas sempre respeitando a liberdade de informação dos eleitores. Essas iniciativas contribuíram para redução das disseminações e dos impactos que podem ser causados pelas notícias falsas, ainda hoje segue o debate acalorado na Câmara e nas diversas camadas do poder judiciário buscando mecanismo que subsidie de maneira eficaz ao máximo para combater as notícias falsas a desinformação.

4. COMBATE ÀS FAKE NEWS: RISCO PARA O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Notamos que as notícias falsas vem algum tempo oferecendo riscos a democracia especialmente em tempos eleitorais através das redes sociais, alcançando e influenciando um numero muito grande pessoas, esse alcance e a combinação de internet e eleições se tornaram um grande desafio para a justiça eleitoral, querendo ou não a internet é um grande espaço democrático para todos, se tornando um grande desafio para candidatos, partidos e principalmente os próprios eleitores, bem como para a Justiça Eleitoral. Tendo em vista o grau lesivo das notícias falsas a democracia no processo eleitoral, surge de forma mais intensa com a necessidade de combater, analisando o limite do direito fundamental da liberdade de expressão.

É um assunto delicado, tendo em vista a garantia constitucional; vale destacar que o art. 33, da Resolução TSE nº 23.551/201789, enfatiza que “a ação da Justiça Eleitoral em relação a conteúdos publicados na internet deve ser realizada com a menor interferência possível no debate democrático”. O §1º do mesmo artigo, por sua vez, destaca as garantias da liberdade de expressão e de vedação à censura, ao estabelecer o seguinte:

§1º Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, as ordens judiciais de remoção de conteúdo divulgado na internet serão limitadas às hipóteses em que, mediante decisão fundamentada, sejam constatadas violações às regras eleitorais ou ofensas a direitos de pessoas que participam do processo eleitoral.

A Resolução TSE nº 23.551/2017 no seu artigo 22, §1º “a livre manifestação do pensamento do eleitor identificado ou identificável na internet somente é passível de limitação quando ocorrer ofensa à honra de terceiros ou divulgação de fatos sabidamente inverídicos”. O Código Eleitoral de 1965, tipifica como crime a veiculação na propaganda eleitoral de fato que se sabe não ser verdadeiro, com relação a candidatos e partidos políticos. É o que dispõe o artigo 323:

Art. 323. Divulgar, na propaganda, fatos que sabe inverídicos, em relação a partidos ou candidatos e capazes de exercerem influência perante o eleitorado: Pena – detenção de dois meses a um ano, ou pagamento de 120 a 150 dias- multa. Parágrafo único. A pena é agravada se o crime for cometido pela imprensa, rádio ou televisão.

Portanto, a liberdade de expressão não está sendo violada pelo controle judicial das fake news da Justiça Eleitoral, pelo contrário, traz mais segurança aos eleitores para que desenvolva um entendimento e suas convicções baseadas em notícias verdadeiras. Para combater as fake news é necessário um envolvimento maior do governo, das empresas de tecnologias bem como da sociedade civil atuando de diversas formas, principalmente na educação digital, no sentido de que as pessoas sejam instruídas a identificar, distinguir notícias falsas e maliciosas de conteúdo realmente verdadeiros e também a ajudar no auxílio denunciando as falsas notícias, para não cercear liberdade de expressão, como também para que não haja propagação de fake news atingindo assim a democracia.

5. OS DESAFIOS DAS FAKE NEWS PARA AS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS

Tendo como contexto as Eleições em 2018, evidenciando um grande desafio de importância deste assunto, não somente para a meio jurídico como também para toda a sociedade brasileira, tendo em vista a relevância do tema e os impactos a democracia que podem ser causados, sabemos que a eleição é o coração da democracia. Grandes passos já foram dados, temos como exemplo o esforço da Justiça Eleitoral Brasileira deixando o processo eleitoral informatizado, com o objetivo de tornar as eleições mais autênticas, seguras e ágeis diante de todos os instrumentos que ora se estabelecem, seja de forma

negativa ou positiva, como é o caso da internet que vem ganhando espaço cada vez mais no cenário eleitoral.

As redes sociais, dado o seu modo global e descentralizado, atua nas mais diversas situações, não importa o cenário, quer seja político ou o que estamos vivendo no momento, uma pandemia, de forma a influenciar o comportamento e o posicionamento dos usuários que tem acesso à internet. No atual cenário mundial frente a pandemia a amplitude das notícias falsas sobre a Covid-19 tem aumentado, ensinando procedimentos milagrosos para eliminar a doença, divulgando medicamentos que não possui nenhuma eficácia comprovada, a exemplo é o uso da cloroquina para tratar a doença, defendido pelo Governo americano Donald Trump e pelo presidente da República do Brasil Jair Messias Bolsonaro, onde surgiu as mais variadas informações quanto ao uso da mesma de forma desmedida, podendo acarretar diversos efeitos colaterais, causando uma série de problemas cardíacos. Nesse contexto circularam diversas notícias de pessoas que foram supostamente curadas através do uso dessa substância. Podemos observar que as notícias falsas têm um grande potencial não somente em um cenário político, mas no dia a dia das pessoas.

As notícias falsas e a desinformação tem se tornado um grande desafio e motivo de grandes debates onde já tramita um projeto de lei de nº 2630/20 onde institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Criando medidas de combate de conteúdos falsos e sua disseminação nas redes sociais. Essas medidas servirão para as plataformas com mais de 2 milhões de usuários, tanto brasileiros como estrangeiros que ofertam serviços que atende o público brasileiro.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Interagir, trocar opiniões e ideias é uma necessidade na convivência do ser humano, podemos de diversas formar e meios se comunicar, disseminando ideias, políticas, convicções religiosas expressando opinião, falando, escrevendo, pelo rádio, pela televisão ou pela internet, etc. O que não se pode confundir é a liberdade de expressão com a irresponsabilidade nas redes sociais, isso não é democracia e muito menos liberdade de expressão garantida pelo texto constitucional. O Grau de irresponsabilidade da disseminação de notícias falsas, perda de limites, abandono de princípios onde os valores se invertem, onde o certo se torna o errado e o errado se torna o certo, essa liberdade de expressão não é um direito absoluto, baseado nas inverdades e ofensas, envenenando as mentes em qualquer cenário que se encontra a nação, seja político, seja no período da pandemia, com a finalidade de destruir a própria democracia, criando um ambiente de

ódio e esse ambiente vai tornando impossível a convivência democrática. É preciso haver um empenho maior para cercear essa “liberdade” que não é a verdadeira liberdade de expressão que nos garante a Constituição Federal da República.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Maria da Luz; SANCHES, Tatiana; LOPES, Carlos. A literacia da informação no combate às fake news: desafios e estratégias formativas no ensino superior. A literacia da informação no combate às fake news: desafios e estratégias formativas no ensino superior, p. 1–15, 2019.

ARTHUR, Gustavo. O Tratamento Jurídico das Notícias Falsas (fake news). Jusbrasil, 2018. Disponível em: < <https://gustavoarthurcarvalho.jusbrasil.com.br/artigos/612471627/o-tratamento-juridico-das-noticias-falsas-fake-news>>. Acesso em: 05 de novembro de 2021.

BORGES FORTES, Vinícius; BALDISSERA, Wellington Antonio. Regulação Das Fake News E Liberdade De Expressão: Uma Análise a Partir Da Reclamação 22.328 Do Supremo Tribunal Federal. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE), v. 7, n. 3, p. 374, 2019.

BRAGA, Renê Moraes da Costa. A indústria das fake news e o discurso de ódio. [S.l.: s.n.], 2018. v. 1. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/4813>>.

BRANCO, Sérgio. Fake News e os Caminhos para Fora da Bolha. Oral Surgery, v. 12, n. 4, p. 285, 2017.

BRASIL. Código Eleitoral de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em 21 de nov. 2020.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 20 de nov. 2020.

COELHO, Pedro; TORRES DA SILVA, Marisa. Ética Jornalística Para O Século Xxi. Media & Jornalismo, v. 18, n. 32, p. 73–94, 2018. Disponível em: <<https://impactum-journals.uc.pt/mj/article/view/5677>>.

FRIAS FILHO, Otavio. O que é falso sobre fake news. Revista USP, n. 116, p. 39, 2018.

GOMES, NICOLLY LUANA CARNEIRO. Uma análise acerca do fenômeno das fake news no processo eleitoral e suas interfaces com o direito fundamental à liberdade de expressão.

Trabalho de conclusão de curso, p. 2017–2019, 2018.

LUNA VAN BRUSSEL BARROSO. A legitimidade do processo eleitoral: o combate às fake news e a garantia da liberdade de expressão. Trabalho de conclusão de curso, 2018.

OLIVEIRA, André Soares; GOMES, Patrícia Oliveira. Os limites da liberdade de expressão: fake news como ameaça a democracia. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 20, n. 2, p. 93, 2019.

FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E SOLUÇÕES EXTRAJUDICIAIS

TALITA DELFINO MANGUSSI E SOUZA:

Tabeliã de Notas e de Protesto de Letras e Títulos em Auriflora, São Paulo. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG), Especialista em Direito Processual Civil pelo Damásio Educacional e em Direito Notarial e Registral pela Universidade Cândido Mendes – RJ, Mestranda pela Escola Paulista de Direito – EPD em Soluções Extrajudiciais de Conflitos Empresariais.

RESUMO: O artigo se propõe a demonstrar a concepção da função social e os mecanismos extrajudiciais para solucionar os conflitos empresariais de modo a concretizar a função social da empresa. É feito um apanhado geral acerca das soluções mais convencionais e das que geralmente não são listadas como tais, mas que também proporcionam um resultado extrajudicial que põe fim ao conflito empresarial. Finalmente, é apresentado de forma breve o projeto que visa desjudicializar a execução como uma forma de proporcionar mais uma alternativa extrajudicial para a solução de conflitos empresariais, trazendo mais efetividade às demandas por acesso à justiça em seu sentido amplo.

ABSTRACT: The article proposes to demonstrate the conception of the social function and the extrajudicial mechanisms to solve business conflicts in order to concretize the social function of the company. A general overview is made of the more conventional solutions and those that are generally not listed as such, but which also provide an extrajudicial result that puts an end to the business conflict. Finally, the project that aims to dejudicialize execution is presented in a brief way as a scheme to provide another extrajudicial alternative for the solution of business conflicts, bringing more effectiveness to the demands for access to justice in its broad sense.

PALAVRAS-CHAVE: conflitos, empresa, função social, soluções extrajudiciais.

KEYWORDS: conflicts, business, social function, extrajudicial mechanisms.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. A função social da empresa. 2. As Soluções extrajudiciais para conflitos empresariais – ferramentas de concretização da função social da empresa. 2.1. Mediação e Conciliação. 2.2. Arbitragem. 3. Novos métodos de solução extrajudicial dos conflitos empresariais. 3.1. Protesto. 3.2. Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 3.3. Desjudicialização da execução. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

A função social da empresa é um princípio que permeia toda a leitura sobre os regramentos jurídicos das relações empresariais, conforme a doutrina majoritária. Nesse artigo, será exposto um apanhado acerca desse princípio, que foi positivado de forma indireta em apenas na Lei das Sociedades Anônimas – Lei Federal nº 6.404/1976 e na Lei de Recuperação de Empresas – Lei Federal nº 11.101/2005, mas que é definido pela doutrina e identificado nos mais diversos institutos do direito empresarial.

A observância da função social da empresa deve ser protegida e para tal mister são listados mecanismos de solução extrajudicial de conflitos, alternativas mais céleres, eficazes e baratas para garantir que a empresa prossiga com suas atividades e garanta o exercício de seus direitos.

No primeiro capítulo, serão apresentadas as formas já consagradas de soluções extrajudiciais dos conflitos empresariais, quais sejam, a mediação, conciliação e arbitragem. Sobre elas, já se debruçaram diversos estudiosos e sua missão de proporcionar o encerramento dos conflitos, especialmente contratuais, é objeto de relevância ainda maior no contexto de crise econômica vivido como consequência da pandemia de Covid19.

No segundo capítulo, o trabalho se voltará à explicação de soluções extrajudiciais pouco enxergadas como tais. É o caso do Protesto Extrajudicial, que recentemente permite até mesmo a negociação, na sede do Tabelionato de Protesto, das dívidas protestadas, em clara medida de conciliação e mediação do Tabelião para recuperar créditos inadimplidos.

Além do Protesto, será abordada a Recuperação Extrajudicial, mecanismo que também possibilita máxima efetividade quando bem explorado pela empresa em crise que conseguirá negociar com seus credores sem os custos e a exposição de um processo judicial. Quanto à Recuperação de empresas, também merece destaque os recentes acréscimos legislativos que prestigiam, sobremaneira, as soluções extrajudiciais.

Por fim, apresenta a provável novidade legislativa: a desjudicialização da execução como a mais nova forma de buscar uma solução extrajudicial dos conflitos empresariais decorrentes da execução de dívidas. O projeto de lei, que segue em tramitação, se promulgado, proporcionará o descongestionamento do poder judiciário ao outorgar essa atribuição para os Tabeliães de Protesto e possibilitar de forma concreta a garantia da função social da empresa que busca a solução extrajudicial de seus conflitos.

1.A função social da empresa

A constitucionalização do Direito Privado é experimentada pelos mais diversos ramos dessa ciência, desde o Século XX. Trata-se de um fenômeno pós-positivista

que atrela a necessidade de observância e moldagem da leitura dos institutos privados à vinculação suprema da Constituição Federal.

No Brasil, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, notadamente analítica, é o parâmetro para a interpretação de todo o ordenamento que a ela se submete, dentre eles, o Direito Empresarial.

Dentre as maiores marcas dessa abordagem está a função social da empresa. Isso porque, a Constituição trouxe em seu texto algumas diretivas quanto à atividade empresarial e mesmo não dispendo expressamente sobre a obrigatória observância da função social da empresa, essa é a leitura inevitável de todo o sistema.

No rol de garantias fundamentais consta o direito de propriedade, condicionado ao atendimento de sua função social (art. 5º, XXII). Em se tratando da propriedade de uma atividade ou estabelecimento empresarial, por consentâneo, sua observância é fundamental.

Ademais, no art. 170, está previsto que a economia deve ter como fundamento a valorização do trabalho e a livre iniciativa com a finalidade de garantir, a todos, uma existência digna embasada na justiça social e observando os princípios da função social da propriedade, aqui observada em seu sentido lato.

Apesar da ausência de previsão expressa no texto constitucional, há referências à função social da empresa nas Leis Federais nº 6.404, de 1976 e 11.101, de 2005, respectivamente:

Art. 116. [...]. Parágrafo único. O **acionista controlador deve** usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e **cumprir sua função social**, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve legalmente respeitar e atender.

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

No tocante à previsão mais recente, trazida na Lei Federal nº 11.101/2005, a função social da empresa está intimamente atrelada à sua preservação e ao estímulo à atividade econômica. Não por acaso, a função social se enquadra como segundo objetivo, atrás da preservação da empresa, mostrando uma verdadeira escada, em que a função social está condicionada ao cumprimento do primeiro princípio, qual seja, de manutenção da empresa e somente após o cumprimento de ambas, viria a análise da importância de estimular a atividade econômica.

Esse estímulo decorre de um cânone constitucional inscrito no artigo 3º, incisos II e III, que definem como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil garantir o desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Aqui se reflete também a concretização de princípios como a justiça social e o pleno emprego (art. 170, II e VIII).

Ainda acerca da previsão do art. 47 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência (Lei Federal nº 11.101/2005), Mamede com suas palavras, ensina a necessidade de compatibilização de diversos interesses envolvidos na recuperação ou falência da empresa. Demonstra que o princípio da preservação da empresa é um pressuposto para examinar a observância da função social, mas aquele não se sobrepõe a este:

“Embora a recuperação da empresa possa atender, sim, aos interesses – e direitos patrimoniais – do devedor ou da sociedade empresária, não é essa a finalidade da recuperação judicial da empresa: não se defere a recuperação para a manutenção dos direitos do empresário ou da sociedade empresária (nem, menos, para os sócios e administradores desta)”⁴¹.

Numa análise global do nosso ordenamento jurídico, ainda que não haja a previsão expressa do princípio da função social da empresa, este encontra-se enraizado no princípio da função social da propriedade. Nas palavras do Min. Eros Roberto Grau, a função social

“[...] incidindo pronunciadamente sobre a propriedade dos bens de produção, é que se realiza a função social da propriedade. Por isso se expressa, em regra, já que os bens de produção são postos em dinamismo, no capitalismo, em regime de empresa, como função social da empresa.”⁴²

Diante do contexto em que estamos inseridos, de constitucionalização do direito privado, é inegável que a empresa também deve observar sua função social, enquanto um conjunto de prerrogativas e sujeições relacionadas ao exercício da propriedade, às suas relações contratuais e trabalhistas e seus compromissos ético-sociais enquanto agente inserido na realidade jurídica do país.

O estudo desse princípio remonta ao ensaio de Fábio Konder Comparato, o primeiro a se dedicar ao estudo do tema, fazendo restar claro que a Constituição Federal, ao proteger a propriedade privada, condicionada à observância de sua função social, o fez não somente na acepção da propriedade como um imóvel, mas também da propriedade

⁴¹ MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: Falência e Recuperação de Empresas*. 2. Ed. São Paulo: atlas, 2008, v. 4, p. 161

⁴² GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

(ou do poder de controle) dos bens de produção, aqui atrelados à atividade empresarial. Em suas palavras:

“A relação de propriedade de bens de produção transmuda-se, quando eles se inserem numa organização empresarial, em poder de controle, isto é, na prerrogativa de comando e direção da empresa como um todo, compreendendo pessoas e bens”⁴³

Ao dissertar sobre o tema, Comparato alude à doutrina italiana para demonstrar que a par da falta de previsão expressa, o conceito da função social da empresa permeia toda sua essência:

“A função social da empresa – que suponho já estivesse embrionariamente postulada na contribuição de Courcelle-Seneuil, na afirmação da função social do comerciante, do proprietário e do capitalista – aparece indiretamente no art. 42 da Constituição Italiana: “É livre a iniciativa econômica privada. Não pode, todavia, desenvolver-se em contraste com a utilidade social ou de modo a causar dano à segurança, à liberdade, à dignidade humana. A lei determina os programas e os meios de fiscalização destinados à direção e coordenação da atividade econômica, pública e privada, para fins sociais” Nele resulta consagrada, em sua integralidade – o segundo inciso da disposição autorizando a imposição de limites negativos e o terceiro a imposição de limites positivos à iniciativa econômica – a função social da iniciativa econômica, portanto a função social da empresa. O princípio está também consagrado no direito positivo brasileiro. O art. 154 e o parágrafo único do art. 116 da Lei 6.404/76 referem, de modo expresse, respectivamente, a função social da empresa e a função social da companhia. O princípio da função social da propriedade ganha substancialidade precisamente quando aplicado à propriedade dos bens de produção, ou seja, na disciplina jurídica da propriedade de tais bens, implementada sob compromisso com a sua destinação. A propriedade sobre a qual os efeitos do princípio são refletidos com maior grau de intensidade é justamente a propriedade, em dinamismo, dos bens de produção. Na verdade, ao nos referirmos à função social dos bens de produção em dinamismo, estamos a aludir à função social da empresa.”⁴⁴

Completando os estudos que se debruçaram na doutrina italiana, fonte do Direito Empresarial brasileiro, o professor Manoel Pereira Calças ministra:

“Na medida em que a empresa tem relevante função social, já que gera riqueza econômica, cria empregos e rendas e, desta forma, contribui para o crescimento e desenvolvimento socioeconômico do País, deve ser preservada sempre que for possível. O princípio da preservação da empresa que, há muito tempo é aplicado pela jurisprudência de nossos tribunais, tem fundamento constitucional, haja vista que nossa Constituição Federal, ao regular a ordem econômica, impõe a observância dos postulados da função social da propriedade (art. 170, III), vale dizer, dos meios de produção ou em outras palavras: função

⁴³ COMPARATO, Fábio Konder. Função social de propriedade dos bens de produção. *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 135.

⁴⁴ Função social da propriedade dos bens de produção, p. 77.

social da empresa. O mesmo dispositivo constitucional estabelece o princípio da busca pelo pleno emprego (inciso VIII), o que só poderá ser atingido se as empresas forem preservadas.

(...)

Na senda da velha lição de Alberto Asquini, em seu clássico trabalho sobre os perfis da empresa como um fenômeno poliédrico, não se pode confundir o empresário ou a sociedade empresária (perfil subjetivo) com a atividade empresarial ou organização produtiva (perfil funcional), nem com o estabelecimento empresarial (perfil objetivo ou patrimonial). Nesta linha, busca-se preservar a empresa como atividade, mesmo que haja a falência do empresário ou da sociedade empresária, alienando-a a outro empresário ou promovendo o trespasse ou o arrendamento do estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados, conforme previsão do art. 50, VIII e X, da Lei de Recuperação de Empresas e Falências”.⁴⁵

Por fim, e não menos importante, Fábio Ulhôa Coelho, resume de forma objetiva que o cumprimento da função social da empresa será satisfatório quando houver criação de empregos, pagamento de tributos, geração de riqueza, contribuição para o desenvolvimento econômico, social e cultural do entorno, adoção de práticas sustentáveis e respeito aos direitos dos consumidores⁴⁶.

Sem prejuízo do apanhado acerca da constitucionalização do Direito Empresarial e a previsão infraconstitucional do dever de observância da função social da empresa, cumpre ressaltar que o Código Civil de 2002, o qual trouxe as principais regras do Direito de Empresa, tem como princípios norteadores a socialidade, eticidade e operabilidade, os quais também dialogam intimamente com a função social da empresa.

Todos esses reflexos e intervenções demonstram um reconhecimento de que as relações comerciais não se exaurem nos interesses diretamente envolvidos, possuindo reflexos coletivos e sociais.

2.As Soluções extrajudiciais para conflitos empresariais – ferramentas de concretização da função social da empresa

Nosso ordenamento jurídico prevê diversos meios alternativos de resolução de conflitos. Os mais facilmente identificados são a conciliação, mediação e arbitragem.

Dentre as soluções extrajudiciais para conflitos empresariais também há que se citar alguns existentes até a mais tempo, como o protesto, outros mais recentes como

⁴⁵ CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. Novação Recuperacional. *Revista do Advogado*, ano XXIX, n. 105, set. 2009.

⁴⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.

a Recuperação Extrajudicial e, por fim, uma inovação legislativa que está por vir, qual seja, a desjudicialização da execução.

Todos esses mecanismos consistem em estratégias para reduzir a litigiosidade e que devem ser acompanhadas de uma formação cultural de paz na solução dos conflitos.

As questões empresariais conflituosas envolvem, geralmente, uma situação de crise e inadimplência do empresário ou sociedade empresária, com caráter, portanto, eminentemente patrimonial e disponível. De modo que toda a tratativa e solução comporta a extrajudicialização.

Em relação às vias mais conhecidas, o acrônimo mais conhecido para identificá-las como Meios Extrajudiciais de Solução de Conflitos é MESC. Todavia, o mais adequado como padronização internacional é Meios Alternativos de Resolução de Litígios (MARL) ou ainda por ADR - *Alternative Dispute Resolution*, os quais

“designam os procedimentos extrajudiciais, conduzidos por um terceiro neutro, tendentes a encontrar uma solução adequada para o conflito de interesses entre partes capazes. Podem aparecer no âmbito de processos judiciais, quando assegurados pelo tribunal ou confiados por este a um terceiro (“ADR judicial”), ou decorrer de convenção firmada entre as partes (“ADR convencional”)⁴⁷.

A designação MARL, *lato sensu*, abrange a arbitragem. Todavia, a Comissão das Comunidades Europeias, em 2002, ao publicar o *green book* sobre os modos alternativos de resolução dos litígios em matéria civil e comercial, excluiu a arbitragem propriamente dita, por se destinar à solução contenciosa de litígios:

“A arbitragem é, de fato, um modo de resolução de conflitos que é mais equiparado aos procedimentos jurisdicionais do que aos modos alternativos na medida em que a decisão arbitral se destina a substituir a decisão judicial. A arbitragem é muito regulamentada, tanto a nível dos Estados-partes como a nível internacional, com a Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre o Reconhecimento e a Execução de sentenças arbitrais estrangeiras <http://www.uncitral.org/fr-index.htm>, ou ainda, no quadro do Conselho da Europa, a Convenção Europeia de 1996 que estabelece uma lei uniforme em matéria de arbitragem <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Cadreprincipal.htm>”⁴⁸

Ressalta-se, por fim, que a efetividade de todos os meios adequados de resolução de conflitos eram realizados sob a forma presencial. Todavia, com o avanço da tecnologia na última década, e, por último, a pandemia de Covid-19 que assola o mundo

⁴⁷ BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 67.

⁴⁸ Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002DC0196&from=PT>>. Acesso em: 17 abr. 2021.

todo, tem sido cada vez mais comum o uso da estratégia conhecida como *Online dispute resolution* – ODR.

Como reforço ao protagonismo dos ODR no cenário empresarial, antes mesmo da pandemia, há que se destacar o estabelecimento de diretrizes pela UNCITRAL – Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional e órgão subsidiário da Assembleia Geral que publicou em 2017 um documento sobre o tema, denominado “Technical Notes on Online Dispute Resolution”.

Os ODR podem ocorrer tanto nas formas já conhecidas como a mediação, conciliação e arbitragem, como também numa autocomposição sem a presença de um terceiro, ou ainda, mediada por um algoritmo. Consiste em uma gama de sites, plataformas e profissionais especializados em resolução de conflitos de forma online.

Esses sistemas inteligentes comportam, portanto, a solução de conflitos surgidos na internet ou fora dela, dando respostas mais rápidas e satisfatórias a diferentes tipos de conflitos empresariais, desde a relação com consumidores até as trabalhistas, por se tratar de uma tecnologia acessível e adaptável.

Há estratégias de ODR sendo usadas no âmbito do Poder Judiciário, mesmo antes da pandemia, como é o caso das audiências por videoconferência, nos mais variados estágios do andamento processual e o uso de aplicativos próprios como o JTE, desenvolvido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região ou habituais como o “Whatsapp” para estabelecer o diálogo entre as partes interessadas no processo, para buscar uma solução mais eficaz.

No Brasil, dentre as soluções extrajudiciais por meio dos ODR há que citar-se as ferramentas estatais como a plataforma “consumidor.gov.br” e alternativas independentes, como as câmaras arbitragem que atuam de forma virtual e empresas (ex.: “reclameaqui.com.br” e espaço de atendimento mediado em sites como o “mercadolivre.com.br”) ou escritórios de advogados especializados, que são chamados de *legaltechs* ou *lawtechs*.

Essas ferramentas de ODR são uma via muito oportuna para que se atinja a função social da empresa, na construção de uma relação de credibilidade entre compradores e vendedores, diminuindo o risco das transações comerciais e o custo de conflitos que poderiam até culminar em processos judiciais caso não fosse buscada uma solução rápida junto ao consumidor.

Nesse contexto de imposição do isolamento social, é possível perceber a tendência crescente da virtualização da solução de conflitos. O uso de tecnologias para facilitar o diálogo acelera a aproximação das partes em busca de uma solução extrajudicial

ou até mesmo processual. Todos esses recursos consolidam as soluções extrajudiciais como mecanismo efetivo de realização da função social da empresa, ao passo que otimiza sua atividade, diminui os índices de litigância e aumenta a legitimidade social das soluções obtidas.

2.1 Mediação e Conciliação

A mediação e conciliação são os métodos mais conhecidos para se obter uma decisão em acordo, cujos conceitos se diferenciam especialmente pelo grau de intervenção da “terceira parte” no conflito.

Na mediação, há uma conduta de distanciamento da terceira parte, que se esforça para que os interessados obtenham a solução de forma autônoma, se valendo de estímulos para restabelecer o diálogo entre os agentes.

A conciliação, por sua vez, admite uma intervenção mais propositiva pela “terceira parte”, que adentra o conflito e sugere alternativas para sua solução, participa ativamente do processo de construção da solução.

A abordagem mais adequada para solucionar o conflito dependerá de diversos elementos, dentre eles, a existência de uma prévia relação entre as partes e a perspectiva de seu restabelecimento e manutenção.

Os procedimentos de autocomposição, são comportados pelas mais diversas esferas judiciais e extrajudiciais. A mediação e a conciliação são estratégias que podem ser desenvolvidas pelo Poder Judiciário (na justiça comum, federal ou trabalhista⁴⁹), Câmaras de Arbitragem e, mais recentemente, Serviços notariais e de registro do Brasil⁵⁰.

O art. 16 do Código de Processo Civil autoriza às partes, ainda que em processo judicial ou arbitral em curso, submeterem-se à mediação, caso em que se suspende o respectivo processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio. A mediação pode ser antecedente e até incidente no processo.

⁴⁹ Merece destaque em matéria o ato nº 168/16 do TST que instituiu a mediação e a conciliação pré-processual em dissídios coletivos e a Resolução nº 174/16 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho que criou os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Disputas no âmbito da justiça do trabalho.

⁵⁰ Acerca do permissivo de sessões de mediação e conciliação pelos Serviços Notariais e de Registro do Brasil confira-se o Provimento do Conselho Nacional de Justiça nº 67, de 26/03/2018.

Por certo, atendendo à finalidade de composição dos interesses, é facultada qualquer forma de composição dos interesses, como enunciado na I Jornada de Prevenção e Solução de Litígios na afirmação número 81:

“A conciliação, a arbitragem e a mediação, previstas em lei, não excluem outras formas de resolução de conflitos que decorram da autonomia privada, desde que o objeto seja lícito e as partes sejam capazes”.

Nas soluções extrajudiciais para conflitos empresariais, ganha mais protagonismo a estratégia mediadora, por sua conduta de aproximação das partes conflituosas para a facilitação do diálogo entre elas e a construção coletiva, dialógica e autônoma da solução pelas partes.

Oportuno colacionar um excerto da obra do professor Carlos Eduardo Vasconcelos, o qual leciona que a mediação é

“método dialogal de solução ou transformações de conflitos interpessoais em que os mediandos escolhem ou aceitam terceiro(s) mediador(es), com aptidão para conduzir o processo e facilitar o diálogo, a começar pela apresentações, explicações e compromissos iniciais, sequenciando com narrativas e escutas alternadas dos mediandos, recontextualizações e resumos do(s) mediador(es), com vistas a se construir a compreensão das vivências afetivas e materiais da disputa, migrar das posições antagônicas para a identificação dos interesses e necessidades comuns e para o entendimento sobre as alternativas mais consistentes, de modo que, havendo consenso, seja concretizado acordo.”

51

O trabalho do mediador como terceiro independente e facilitador para compor interesses comuns, diminui assimetrias e empodera os agentes jurídicos a buscar soluções criativas com ganhos mútuos, podendo até chegar a sanar conflitos não aparentes, exercendo papel catalisador para que o plano de recuperação reflita o consenso dos envolvidos e possa ser cumprido de forma pacífica, com benefícios de economia, efetividade e celeridade.

Para as soluções de conflitos no âmbito empresarial, além das vantagens comuns à alternativa consensual, Diego Faleck lista como vantagens da mediação empresarial:

“drástica redução de custos; solução rápida das disputas, com economia de tempo; redução dos custos diretos e indiretos de resolução de conflitos; gasto reduzido de executivos e gerentes internos da Empresa; redução do desgaste de relacionamentos importantes para a Empresa; minimização de incertezas quanto aos resultados; e, mesmo quando a Mediação não gera um acordo imediatamente, sua utilização propicia vantagens para as partes, como:

⁵¹ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. São Paulo: Editora Método, 2014, p.54

a melhor compreensão da disputa e o estreitamento de pontos que posteriormente serão submetidos à Arbitragem ou ao Poder Judiciário”.

A mediação de conflitos empresariais já permeia a realidade jurídica do Brasil há alguns anos e foi objeto de precedentes marcantes no país. Um caso concreto marcante foi o julgamento de relatoria o eminente Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Marco Buzzi que reconheceu a possibilidade de procedimentos de mediação dentro da recuperação judicial como forma de otimizar seu andamento.⁵² Contemporânea a essa questão, o STJ também reconheceu a possibilidade da mediação tratar o conflito entre os sócios (Conflito de Competência n. 148.728/RJ).

Ainda sobre a aplicabilidade da conciliação e mediação na Recuperação Judicial e Falência, há que se destacar a inclusão promovida pela Lei Federal nº 14.112/2020, que consolidou na legislação o incentivo à conciliação e mediação em todos os graus de jurisdição, de forma antecedente ou incidente nos processos, fazendo prevalecer a autonomia privada ao passo que impõe como dever (não como faculdade) do juiz homologar o acordo obtido por meio de conciliação ou mediação, desde que observados os parâmetros legais.

Essas ferramentas ganham um protagonismo especial nos conflitos empresariais contemporâneos, diante do enfrentamento de uma crise econômica decorrente da crise sanitária mundial, gerada pela pandemia de Covid19. Por consistirem de soluções mais rápidas e baratas, são as melhores alternativas à recuperação durante essa crise, que gerou mudanças profundas no funcionamento de estabelecimentos empresariais, dificuldades de abastecimento, suspensão e até fechamento de diversas empresas.

Em 04 de maio de 2020, em Webinar promovido pela Câmara de Comércio Brasil Canadá – CCBC⁵³, mencionando pesquisa empírica, a Professora Renata Maciel, foi abordado que as empresas estão procurando primeiro o judiciário do que a pessoa física, os processos estão chegando primeiro nas Varas Empresariais. Se presumiu um aumento de 20 a 30% das demandas com base no Covid-19, especialmente lidando com causas discutindo locação, construção, revisão dos pagamentos lato senso (fornecimento), contratos com cláusulas de pagamento fixo.

Prevendo o impacto da crise mundial no Poder Judiciário, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio de sua Corregedoria Geral de Justiça criou dois

⁵² Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/520221506/pedido-de-tutela-provisoria-tp-1049-rj-2017-0284959-6>>. Acesso: 21 abr. 2021.

⁵³ Webinar: Covid 19 e a Imprevisão. Os impactos contratuais no Direito brasileiro. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=BOEZHer6RSU>>. Acesso: 25 abr. 2021.

projetos-piloto de mediação pré-processual para questões empresariais na Grande São Paulo.

O primeiro, voltado para demandas de competência das varas de Direito empresarial, foi instituído pelo Provimento CG nº 11/20. O outro surgiu a partir do Provimento nº 19/20 para tratar de demandas da área de Falências e Recuperações Judiciais. Ambos almejam estabelecer um diálogo entre as partes, na busca de um acordo que evite o ajuizamento de ação.

Dentre as justificativas do Provimento CG nº 11/20 chama atenção a preocupação em se evitar a judicialização em massa, uma vez que essa sobredemanda seria inviável em qualquer circunstância e ainda pior num momento que afeta até mesmo o funcionamento do Poder Judiciário. Confira-se a sensibilidade da Corte em sua justificativa:

“Considerando o impacto da pandemia de Covid-19 nas atividades empresariais de produção e circulação de bens e serviços, a desencadear uma série de consequências negativas para a economia, como, por exemplo, perda de postos de trabalho, inadimplemento de obrigações contratadas e redução da arrecadação de tributos”.

Seguindo o mesmo raciocínio, o Provimento CG nº 19/20 destaca a situação ainda mais calamitosa para as atividades econômicas em suas justificativas:

“Considerando o impacto da pandemia de Covid-19 nas atividades econômicas, a desencadear uma série de consequências negativas para a economia, com a necessidade de esforços de renegociação de contratos e repactuação de dívidas (prazos, encargos e parcelas) com relação a muitos fornecedores;

Considerando a tendência de aumento expressivo dos pedidos de recuperação judicial e extrajudicial e também de falências, apontando para inevitável judicialização da crise econômica decorrente da pandemia da COVID-19, trazendo, assim, receio de prejuízo e comprometimento da adequada tutela jurisdicional em razão do enorme e inesperado aumento de volume de ações que serão distribuídos, sobretudo na área concursal;”

Em ambos os procedimentos, o requerimento é formulado por e-mail, encaminhando as informações relativas ao conflito, conforme constante nos provimentos regulamentadores. Recebida a solicitação, será designada, em até 07 (sete) dias uma audiência de conciliação (nas Varas Empresariais) ou uma audiência preparatória (nas Varas de Recuperação Judicial e Falências), ambas no formato virtual, pela plataforma Teams.

A conciliação e mediação pré-processuais para disputas empresariais é direcionado aos empresários, sociedades empresárias e demais agentes econômicos envolvidos em negócios jurídicos relacionados à produção e circulação de bens e serviços, cujas demandas estejam relacionadas às consequências da pandemia de Covid-19.

Para participar, basta enviar uma solicitação ao e-mail “cerde@tjsp.jus.br”, com o pedido e a causa de pedir, constando a qualificação completa das partes, documentos pessoais e/ou atos constitutivos da parte-autora, e-mails de contato e documentos essenciais ao conhecimento da demanda.

Já a mediação de apoio à renegociação de obrigações na área de Falências e Recuperações Judiciais, regulamentada pelo Provimento CG nº 19/2020, é destinada a empresários e sociedades empresárias, incluindo as individuais, de micro, pequeno e médio porte (MEI, ME e EPP) para tratar de questões decorrentes dos efeitos da Covid-19, buscando atenuar os efeitos da pandemia em contratos empresariais e demandas societárias diretamente relacionadas à crise instalada.

Nesse caso, há um formulário para ser preenchido e enviado ao e-mail “mediacaocovid@tjsp.jus.br”. É necessário identificar os interessados e o objeto da negociação, bem como anexar ao e-mail procuração contendo poderes específicos para transigir, documento pessoal da requerente, se pessoa natural, ou dos atos constitutivos, se pessoa física.

Esse projeto-piloto valoriza a via pré-processual de autocomposição e complementa as vias já existentes, em reforço ao conhecido sistema “multiportas”. É uma forma eficiente de lidar com a crise ao valorizar o poder judiciário como vetor de segurança jurídica, previsibilidade, estabilidade do mercado e força vinculante dos contratos.

Os Tribunais de Justiça do Estado do Paraná e do Rio de Janeiro também apresentaram ferramentas semelhantes para enfrentamento da crise judiciária prevista como consequência das disputas empresariais decorrentes dos efeitos da Covid-19.

Em 2020, conforme o Indicador de Falências e Recuperação Judicial da Serasa Experian, entre janeiro e dezembro de 2020, houve uma queda de 15% nos pedidos de recuperação judicial, tendo sido um total de 1.179 requerimentos ante os 1.387 de 2019. Os pedidos de falência caíram ainda mais, sendo 31,4% de queda, foram protocolizados 1.417 pedidos de janeiro a dezembro de 2019 e 972 requerimentos durante o ano todo de 2020.

O economista da Serasa Experian, Luiz Rabi trata da importância do mercado de crédito para a recuperação econômica do segundo semestre de 2020 e seu protagonismo na retomada contínua em 2021 e observa que

“com a facilitação de prazos feita pelos credores, os juros mais baixos e as novas linhas de crédito disponibilizadas, os donos de negócios recorreram menos à recuperação judicial, que já é naturalmente o último recurso das empresas com dificuldades financeiras”⁵⁴.

Essa é a tendência de solucionar os conflitos de forma mais célere e discreto, menos onerosa e focada na manutenção ou resgate do relacionamento entre os agentes.

Os bancos também têm interesses ao abreviar a solução da dívida. Um deles é liberar o valor provisionado no Banco Central. Ao emprestar dinheiro, o banco é obrigado a provisionar no BC um percentual que pode chegar a 100% da quantia, conforme a classificação do crédito. Assim, a negociação aquece o mercado financeiro.

De todos os lados que se examina, a conciliação e, principalmente, a mediação empresarial é muito proveitosa à solução extrajudicial dos conflitos, garantindo redução de custos, celeridade no processo de composição e privacidade às partes. É, portanto, mais um instrumento que fortalece a função social da empresa.

2.2. Arbitragem

A arbitragem assim como as outras ferramentas, também é um método de solução extrajudicial de conflitos empresariais, uma vez que foge da jurisdição estatal.

Inobstante a falta de caráter estatal, a arbitragem tem natureza jurídica de jurisdição, uma vez que sua marca principal é a heterocomposição, a existência de um terceiro que “diz o direito”, que tem a atribuição de decidir o litígio que a ele foi submetido. A diferença é que o terceiro apto a decidir a causa foi eleito para tal função pela vontade das partes.

No mister de atender à função social da empresa, essa solução extrajudicial pode contemplar até mesmo algumas questões afetas à crise econômica instalada.

Luciano Timm, Secretário Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública, em evento realizado pela CCBC⁵⁵ sobre a pandemia destacou que “A empresa é um feixe de contratos. Colocando em risco os contratos, a própria empresa tem sua existência colocada em risco”. Por isso, a soma de esforços deve ser sempre no sentido da preservação dos contratos, do prestígio à atividade empresarial.

⁵⁴ Disponível em: <<https://www.serasaexperian.com.br/sala-de-imprensa/noticias/recuperacao-judicial-tem-queda-de-15-em-2020-revela-serasa-experian/>>. Acesso em 17 abr. 2021.

⁵⁵ CCBC – Câmara de Comércio Brasil-Canadá. Webinar: Economia em tempos de pandemia e seus reflexos empresariais. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=4Gg7XNiJcz4>>. Acesso: 08 mai. 2021.

O processo de falência não pode se submeter à arbitragem, ainda que haja cláusula compromissória nesse sentido, por se tratar de questão afeta exclusivamente à jurisdição estatal.

No entanto, não se exclui a possibilidade de “convivência harmônica das duas jurisdições – arbitral e estatal – desde que respeitadas as competências correspondentes, que ostentam natureza absoluta”⁵⁶.

Assim, a arbitragem pode ser utilizada em momento anterior à decretação da falência, para formação do título executivo judicial (sentença arbitral) que fundamentará o pedido de falência. Nesse sentido, destaca-se o enunciado 6 da primeira Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios:

“O processamento da recuperação judicial ou a decretação da falência não autoriza o administrador judicial a recusar a eficácia da convenção de arbitragem, não impede a instauração do procedimento arbitral, nem o suspende.”

À exceção dos créditos fiscais e trabalhistas (menores que duas vezes o teto remuneratório do INSS), todos os demais créditos sujeitos à recuperação judicial podem ser submetidos à arbitragem em caso de litígio entre o devedor e credor, por se tratar de direitos patrimoniais e disponíveis.

Com o advento da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017), passou a ser permitida a arbitragem no âmbito das relações do trabalho, desde que o emprego tenha remuneração mensal superior a duas vezes o teto dos benefícios do INSS, conforme art. 507-A da CLT.

A arbitragem é uma ferramenta contratual eficaz para sanar conflitos empresariais cuja solução autocompositiva não foi possível. Há Câmaras, inclusive, que trabalham com medidas de incentivo à solução pacífica do litígio.

A Câmara de Comércio Brasil Canadá – CCBC tem uma política de desconto em que se eleita a cláusula compromissória no contrato, mas as partes conseguirem resolver o conflito na fase de mediação, é dado um desconto de 50% por ter evitado a instalação do julgamento arbitral.

Essa abordagem dialógica entre as diversas ferramentas de solução extrajudicial dos conflitos empresariais é, certamente, a mais proveitosa à permanência da empresa e consagração de sua função social.

3. Novos métodos de solução extrajudicial dos conflitos empresariais

⁵⁶ Recurso Especial nº 1.277.725-AM, Rel. Min. Nancy Andrighi.

3.1 Protesto

Afora dos métodos tradicionalmente identificados como alternativos à solução dos conflitos empresariais, há que se mencionar outros artifícios que podem ser usados pelas empresas para possibilitar a efetivação de seus direitos sem a necessidade de um pronunciamento judicial.

É o caso do protesto como forma de recuperação de crédito e da possibilidade de negociação extrajudicial e incentivo à quitação de dívidas protestadas, implementada pelo Provimento do Conselho Nacional de Justiça – CNJ nº 72 de 27 de junho de 2018.

O protesto é um procedimento já conhecido pela sua eficiência e celeridade na recuperação do crédito sem custos para o credor, uma vez que foi estipulado pelo Provimento nº 86, de 29 de agosto de 2019, o pagamento postergado de emolumentos, acréscimos legais e demais despesas, devidos pela apresentação de títulos ou outros documentos de dívida.

Tem-se, portanto, o protesto, como mais um meio de solução extrajudicial de conflitos empresariais, voltado especialmente à inadimplência de contratos como um meio eficaz de garantir a recuperação de créditos e, com sim, reafirmar a permanência da empresa no exercício de sua função social.

3.2 Lei de Recuperação de Empresas e Falência

A Lei Federal nº 11.101/2005 inaugurou um novo paradigma quanto às formas de recuperação de empresas, especialmente ao introduzir em nosso sistema jurídico a Recuperação Extrajudicial. Esse instituto cujo rito se processa de forma desjudicializada, é uma solução de conflitos empresariais que provavelmente tem a menor aplicabilidade prática. As razões para o seu pouco uso fogem a esse estudo que se propõe mais enxuto.

Fundada nos princípios da autonomia privada e da livre iniciativa, a solução construída pela negociação entre devedor e seus credores para solução da crise econômica e financeira da empresa, sem intervenção do poder judiciário é a mais desejável.

Enquanto a recuperação judicial exige conhecimento técnico mais especializado e altos custos, sendo uma alternativa mais viável para grandes empresas, a recuperação extrajudicial consiste numa negociação paritária e franca com os credores, que pode ser facilmente aplicada a todos os portes de atividades empresariais que apresentem um plano sólido para sair da crise.

A mediação, abordagem usada na Recuperação Extrajudicial, é a melhor forma de se estabelecer um diálogo transparente para a construção de uma solução que permita a renegociação de dívidas antes que se atinja a completa inviabilidade da empresa.

Inobstante a pertinência da Recuperação Extrajudicial, não é só ela que se vale das soluções extrajudiciais. Conforme outrora exposto, a Recuperação Judicial e a Falência já se valiam também da mediação e conciliação, com base em precedentes dos Tribunais superiores, agora reforçados pelas novas disposições da Lei Federal nº 11.101/2005, que em seus artigos 20-A a 20-D.

A conciliação e mediação, antecedente ou incidente ao processo de recuperação judicial ou falência, valoriza a autonomia privada e garante uma alternativa mais próxima da construção coletiva entre as partes. Dentre as previsões, merece destaque o artigo 20-C que prevê o dever do juiz de homologar o acordo obtido por meio de conciliação ou de mediação, cujas sessões poderão ser realizadas por meio virtual proporcionado pelos Cejusc ou câmaras especializadas.

Definitivamente há diversos instrumentos possíveis para que empresas em crise se valham de alternativas extrajudiciais para solução de seus conflitos e garantam assim a sua permanência no mercado e a observância de sua função social como agente econômico, empregador, consumidor e fornecedor de bens e serviços.

3.3 Desjudicialização da execução

Além das vias já existentes para a solução extrajudicial, merece menção honrosa o projeto de lei que vira desjudicializar a execução civil de dívidas. Tramitam no Congresso o Projeto de Lei nº 6.204/2019 para permitir a desjudicialização da execução civil, já mais avançado, e o Projeto de Lei nº 4.257/2019 que prevê a possibilidade de arbitragem tributária e desjudicialização da execução fiscal.

Conforme o relatório Justiça em números de 2020 (ano-base 2019)⁵⁷:

“A execução fiscal continua se apresentando como responsável por grande parte do acervo e da morosidade da justiça. O tempo médio de uma execução judicial ou de um título executivo extrajudicial que não contenha a execução fiscal é de 3 anos e 3 meses. Na execução fiscal, o tempo é de 8 anos. Na taxa de congestionamento o impacto é de 26,5 pontos percentuais, reduzindo de 86,9% para 60,4%.”

De um modo geral, houve queda no número de processos judiciais em tramitação, mas os altos índices são em decorrência do alto volume de execuções civis e

⁵⁷ Relatório Justiça em Números 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>>. Acesso: 07 abr. 2021.

fiscais. No Estado de São Paulo⁵⁸, o acervo de execuções em tramitação ainda é preocupante, há 54,5% mais casos de execução do que processos de conhecimento. Ou seja, é preciso resolver as execuções em tramitação, ainda que o ingresso de novas ações tenha diminuído.

A maior parte dos processos de execução é composta pelas execuções fiscais, que representam 70% do estoque em execução. Esses processos são os principais responsáveis pela alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário, representando aproximadamente 39% do total de casos pendentes e congestionamento de 85% em 2019. A execução consome mais de 60% do acervo.

A extrajudicialização de diversos procedimentos já se mostrou uma alternativa de sucesso para descongestionar o poder judiciário com uma abordagem técnica resolutiva, inclusiva, participativa e eficiente⁵⁹.

Essa é uma tendência global, acompanhada pelo Brasil, que foi formalizada pelo Programa Mundial de Desenvolvimento Sustentável, liderado pela Organização das Nações Unidas – ONU, ao definir objetivos e metas a serem cumpridas até 2030, conhecida como Agenda 2030, a qual foi aderida pelo Brasil.

A agenda foi dividida em 17 objetivos de desenvolvimento sustentável – ODS. O ODS 16 é a “paz, justiça e instituições eficazes”.⁶⁰ Dentre as metas, três estão relacionadas ao tema das *Alternativa Dispute Resolution – ADR*, quais sejam⁶¹: a) promoção do Estado de Direito por intermédio da garantia igual e para todos do acesso à justiça, aqui concebido de forma ampla (meta 16.3); b) desenvolvimento de instituições eficazes, responsáveis e transparentes (meta 16.6); c) garantia da tomada de decisão responsiva, inclusiva, participativa e representativa em todos os níveis (meta 16.7).

A desjudicialização da execução civil se enquadra em mais uma medida para garantir institutos eficazes para a solução de conflitos empresariais que prescindem de um pronunciamento jurisdicional em sua essência.

⁵⁸ Disponível em: <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAZZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT>. Acesso: 07 abr. 2021.

⁵⁹ Migalhas: Desjudicialização da execução civil. Joel Dias Figueiredo Júnior. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/330308/desjudicializacao-da-execucao-civil>>. Acesso: 27 abr. 2021.

⁶⁰ Disponível em: <<http://www.agenda2030.org.br/sobre/#:~:text=A%20Agenda%202030%20%C3%A9%20um,dentro%20dos%20limites%20do%20planeta>>. Acesso: 03 mai. 2021.

⁶¹ Disponível em: <<http://www.agenda2030.org.br/ods/16/>>. Acesso: 03 mai. 2021.

Mauro Cappelletti, ao redimensionar a concepção de “acesso à justiça”, traçou um rumo denominado de justiça participativa e coexistencial aquela que fundamentou um novo CPC com ênfase na extrajudicialização e nas técnicas de autocomposição.

O primeiro procedimento que tirou a atuação do Estado-juiz em questões civis foi a Lei Federal nº 10.931/2004, há mais de 16 (dezesseis) anos, que instituiu a retificação do registro imobiliário realizada diretamente na serventia de Registro de Imóveis.

Em seguida, diversas outras atribuições foram outorgadas aos serviços extrajudiciais, tais como: inventário, separação e divórcio (Lei Federal nº 11.441/07), da retificação de registro civil (Lei Federal nº 13.484/17) e da usucapião instituída pelo Código de 2015 (art. 1.071). Todas são exercidas com altos índices de efetividade.

O objetivo é proporcionar aos jurisdicionados um eficiente mecanismo de realização das pretensões voltadas à satisfazer rapidamente os créditos representados por dívidas líquidas, certas e exigíveis, de modo mais barato e célere, com vistas a reduzir o número de demandas que tramitam no Poder Judiciário, correspondendo a 17% de todo o acervo, conforme dados do Justiça em números, divulgado em 2020 (ano-base 2019).

A via extrajudicial, se promulgada a lei, será mais econômica não só para a população, como também para os cofres públicos, que são sobrecarregados com a quantidade excessiva de Execuções Civas submetidas à jurisdição estatal.

A atividade executiva já é desjudicializada em diversos países. Na França, a função é exercida pelo *hussier*; na Alemanha, pelo *gerichtsvollzieher*; em Portugal, pelo solicitador de execução; na Itália, pelo *agenti di esecuzione*; na Suécia, pelo *kronofogde*; e na Espanha, pelo secretário judicial. No Brasil, o Projeto de Lei prevê que a função executiva será outorgada aos Tabeliães de Protesto.

Essa será mais uma via de solução extrajudicial dos conflitos empresariais que trata uma prestação efetiva de acesso à justiça para concretização da função social da empresa.

CONCLUSÃO

Pelo estudo dos instrumentos de soluções extrajudiciais de conflitos, é possível perceber o esforço de todo o ordenamento jurídico para proporcionar, de forma desjudicializada, a máxima efetividade ao exercício da função social da empresa.

No contexto de crise econômica que deve perdurar por alguns anos, as soluções extrajudiciais se mostram ainda mais importantes para garantir o funcionamento

da empresa como agente social e econômico. É preciso lançar mão dos instrumentos já consagrados como métodos extrajudiciais, em sua forma tradicional ou *online*, bem como de outras ferramentas extrajudiciais para solucionar conflitos e dificuldades contratuais das empresas, como o protesto, a recuperação extrajudicial, o uso da conciliação e mediação na recuperação judicial e falência e, futuramente, a execução civil em sua forma desjudicializada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Carla Zamith Boin. *Mediação Empresarial: Aspectos Jurídicos Relevantes*. 2ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 67.

BRASIL. Projeto de Lei nº 6.204/2019. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8041988&ts=1594037652027&disposition=inline>>. Acesso: 28 abr. 2021.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. Novação Recuperacional. *Revista do Advogado*, ano XXIX, n. 105, set. 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Editora: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1998.

CCBC – Câmara de Comércio Brasil-Canadá. Webinar: Economia em tempos de pandemia e seus reflexos empresariais. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=4Gg7XNiJCz4>>. Acesso: 08 mai. 2021.

CCBC – Câmara de Comércio Brasil-Canadá. Webinar: Covid 19 e a Imprevisão. Os impactos contratuais no Direito brasileiro. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=BOEZH6RSU>>. Acesso: 25 abr. 2021.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em Números 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>>. Acesso: 07 abr. 2021.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Painel Justiça em Números. Disponível em: <https://painéis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT>. Acesso: 07 abr. 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Livro Verde sobre os modos alternativos de resolução dos litígios em matéria civil e comercial. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002DC0196&from=PT>>. Acesso em: 17 abr. 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. Função social de propriedade dos bens de produção. *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2015.

FIGUEIREDO JÚNIOR, Joel Dias. Migalhas: Desjudicialização da execução civil. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/330308/desjudicializacao-da-execucao-civil>>. Acesso: 27 abr. 2021.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: Falência e Recuperação de Empresas*. 2. Ed. São Paulo: atlas, 2008, v. 4.

ONU – Organização das Nações Unidas. A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <<http://www.agenda2030.org.br/sobre/#:~:text=A%20Agenda%202030%20%C3%A9%20um,dentro%20dos%20limites%20do%20planeta>>. Acesso: 03 mai. 2021.

ONU – Organização das Nações Unidas. Objetivo 16: Paz, justiça e instituições eficazes. Disponível em: <<http://www.agenda2030.org.br/ods/16/>>. Acesso: 03 mai. 2021.

SERASA EXPERIAN. Recuperação judicial tem queda de 15% em 2020, revela Serasa Experian. Disponível em: <<https://www.serasaexperian.com.br/sala-de-imprensa/noticias/recuperacao-judicial-tem-queda-de-15-em-2020-revela-serasa-experian/>>. Acesso em 17 abr. 2021.

Superior Tribunal de Justiça. Pedido de Tutela Provisória: TP 0284959-67.2017.3.00.0000 RJ 2017/0284959-6. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/520221506/pedido-de-tutela-provisoria-tp-1049-rj-2017-0284959-6>>. Acesso: 21 abr. 2021.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.277.725-AM, Rel. Min. Nancy Andrighi.

PINHO, Humberto Dalla Bernardino. A releitura do princípio do acesso à justiça e o necessário redimensionamento da intervenção judicial na resolução dos conflitos na contemporaneidade. *Revista Jurídica Luso-brasileira*, Rio de Janeiro, ano 5, n. 3, 791-830,

2019. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/3/2019_03_0791_0830.pdf.
Acesso em: 25 abr. 2021.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. São Paulo: Editora Método, 2014, p.54

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM TEMPOS DE PANDEMIA

FAUSTA VANESSA PEREIRA DOS SANTOS SILVA:
Bacharelanda em Direito pela Universidade UNIRG.

ANA PAULA DA SILVA
(orientadora)

RESUMO: A violência em crianças e adolescentes geralmente ocorre em âmbito privado, no isolamento doméstico e das relações mais pessoais, gerando o abuso contra o vulnerável. Dentre as violências mais cometidas contra as crianças e adolescentes, encontram-se a violência sexual, a negligência, a privação materna, entre outras. O presente trabalho tem por objetivo a compreensão da violência enfrentada pelas crianças e adolescentes do Brasil, fazendo um estudo sobre as formas de prevenção e enfrentamento às situações inerentes. A metodologia utilizada, foi uma pesquisa bibliográfica e documental, com levantados nos Boletins de Ocorrência de violência doméstica contra crianças e adolescentes, no período compreendido entre 2018 e julho de 2021, na 9ª Delegacia Especializada de Atendimento à Mulheres e Vulneráveis (DEAMV) na cidade de Gurupi no estado do Tocantins. Os principais tipos de violências acometidos foram lesão corporal, ameaça e estupro, sendo os anos de 2020 e 2021 com índice elevado, devido ao isolamento social ocorrido pela Pandemia da Covid-19. Percebe-se que, o município prioriza os princípios da dignidade da pessoa humana, da prioridade absoluta e da proteção integral da criança e do adolescente nas estratégias de enfrentamento à violência doméstica nas secretarias nacionais de informações de segurança pública e ainda, dos procedimentos policiais eletrônicos, juntamente com o Conselho Tutelar, Ministério Público e Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Crianças e Adolescentes. ECA. Pandemia. Proteção. Vítimas

PANDEMIC. SILVA¹ Fausta Vanessa Pereira dos Santos; DA SILVA² Ana Paula (¹ Academic at the Law course at the University of Gurupi - UnirG; ² Advisory Professor at the Law course at the University of Gurupi- UnirG).

ABSTRACT: Violence against children and adolescents usually occurs in the private sphere, in domestic isolation and in more personal relationships, generating abuse against the vulnerable. Among the most common forms of violence against children are sexual violence, neglect, maternal deprivation, among others. This work aims to understand the violence faced by children and adolescents in Brazil, conducting a study on ways to prevent

and cope with the inherent situations. The methodology was a bibliographical and documentary research, raised in the Bulletins of Domestic Violence against Children in the period between 2018 and July 2021, at the 9th Specialized Police Service for Women and Vulnerables in the city of Gurupi, Tocantins. The main types of violence affected were bodily injury, threats and rape, with the years 2020 and 2021 showing a high rate, due to the social isolation caused by the covid-19 pandemic. It is noticed that the municipality prioritizes the principles of human dignity, absolute priority and full protection of children and adolescents in the strategies to combat domestic violence of the national Public Safety Information Offices and of electronic police procedures, together with the Guardianship Council, the Public Ministry and the Court of Justice.

Keywords: Children and Adolescents. ECA. Pandemic. Protection. Victims

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2.MATERIAL E MÉTODOS. 3. DESENVOLVIMENTO. 3.1 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. 3.2 ABUSO CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES. 3.2.1 Tipos de Abuso Contra Crianças. 3.3 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA CRIANÇAS EM TEMPOS DE PANDEMIA NA CIDADE DE GURUPI – TOCANTINS. 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1.INTRODUÇÃO

A violência em crianças e adolescentes geralmente ocorre em âmbito privado, no isolamento doméstico e das relações mais pessoais, gerando o abuso contra o vulnerável. Dentre as violências mais cometidas contra as crianças encontram-se a violência sexual, negligência, privação materna, entre outras.

A violência está presente em todos os arranjos familiares, sendo possível embasar tais afirmações nos diversos sites e artigos a serem pesquisados, onde observações e registros mostram que cerca de 70% dos estupros ocorrem no âmbito familiar, local em que as crianças começam a ser abusadas sexualmente aos 5, 7 e 8 anos, mas não somente violência sexual, como também torturas e privações. Esses casos só começam a ser desvendados a partir dos 12 a 13 anos quando as crianças começam a ter noção da sexualidade e algumas falam com a mãe ou vizinhos. Sendo criança é possível descobrir quando flagrado ou na percepção do comportamento alterado.

Nesse contexto busca-se discutir e apontar a prevenção ao abuso sexual e as providências cabíveis em casos de vítimas dessa violência, bem como as possibilidades de intervenções jurídicas, como a mediação, nesses tipos de conflitos. Identifica-se que a violência doméstica contra as crianças e adolescentes acarreta danos à saúde, envolvendo

os aspectos psicológicos e sociais, bem como os aspectos legais e emocionais que circundam a questão da violência doméstica, tendo em vista que seus efeitos emocionais são muitos, necessitando de uma atenção diferenciada que supre tal problemática.

Sabe-se que o novo coronavírus (COVID-19) atingiu milhares de pessoas e o receio de contágio obrigou o confinamento da população mundial, inclusive, no Brasil. A pandemia causou um acréscimo de vítimas de violência doméstica e familiar, dentre elas, mulheres, crianças e idosos, que diante da necessidade de isolamento social passaram a conviver diuturnamente com seus agressores, necessitando, assim, de medidas urgentes e da compreensão do sistema legal e social que envolve a proteção das crianças frente à pandemia existente, com isso medidas protetivas foram implementadas para diminuir a violência contra crianças e adolescentes em tempos de pandemia na cidade de Gurupi no estado do Tocantins. O sentido conceitual que fundamentará a respectiva linha de pesquisa parte do pressuposto da cidadania como desdobramento do Estado democrático de Direito, composto por cidadãos livres, independentes, vivendo em ambientes econômicos e sociais, que oferecem democraticamente possibilidades de desenvolvimento de suas capacidades individuais e sociais, amparados pelas garantias jurídicas e fundamentais (Constituição Federal/88, Art. 5º).

A liberdade envolve uma concepção de homem sob uma visão holística, envolto em suas múltiplas dimensões, razões pelas quais se tem a perspectiva de desenvolvimento regional como norte dessa política educacional.

A escolha do tema se deu pela realidade vivenciada no cotidiano das vítimas de violência, quando percebe a omissão dos casos, que ainda persiste no meio social. Esse fato vem preocupando muitos, pois em pleno século XXI muitas pessoas ainda não tem acesso às informações necessárias. Logo pode se deduzir, talvez seja por falta de oportunidade, por interesse em conhecer os direitos ou às vezes, em decorrência de certas vulnerabilidades que levam o indivíduo a falta de estímulo e interesse pelos valores sociais.

A relevância pessoal deve-se ao fato, de eu ser professora e ter trabalhado como Agente Comunitário de Saúde (ACS) e presenciado várias situações de crianças e adolescentes vítimas de agressão e omissão, além de conviver com um Defensor Público estritamente relacionado a esse tipo de vulnerabilidade no Estado do Tocantins.

Cientificamente, espera-se que esse trabalho possa contribuir para contestar as verdades já pré-estabelecidas e buscar orientações e minimizar as violências ocorridas no município por meio de medidas protetivas e aplicação da Lei nº 14.022/2020 e do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

Sabe-se que, o aumento da violência contra as crianças e adolescentes em ambiente doméstico e familiar durante a Pandemia tem sido uma constante. Porém, é fato que, mesmo antes da Pandemia, a violência contra as crianças e adolescentes já era uma das grandes violações de direitos humanos ocorridas no país, que, segundo relatório da *Human Rights Watch* (ACEBES, 2017), dirige-se para ocupar o segundo lugar no ranking de violência doméstica e familiar, ressaltando que, no primeiro lugar encontra-se a violência contra a mulher.

Nesse contexto, pergunta-se: de que maneira estão sendo implantadas no município de Gurupi, as medidas protetivas para as crianças e adolescentes vítimas de violência em tempos de Pandemia?

A hipótese para esta questão encontra-se nas medidas protetivas de urgência já existentes, que representam um verdadeiro instrumento para salvaguardas à vida e à saúde de crianças e adolescentes, vítimas de violência doméstica. Deve ser ressaltado que, as medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor, como também, as destinadas à vítima de violência doméstica e familiar constantes da Lei e do Estatuto da Criança e do Adolescente, são somente exemplificativas. Logo, a autoridade policial, o Conselho Tutelar e a Assistência Social, a pedido do ofendido, poderá solicitar ao juiz a medida protetiva adequada a necessidade existente.

Nesse sentido, é necessário fortalecer as políticas públicas de prevenção e educação, um diálogo entre as redes de enfrentamento e ainda, a capacitação dos autores sociais e da comunidade jurídica para o devido acolhimento e atendimento da criança e do adolescentes vítima de violência doméstica familiar.

O presente trabalho tem por objetivo a compreensão da violência enfrentada pelas crianças e adolescentes do Brasil, fazendo um estudo sobre as formas de prevenção e enfrentamento às situações inerentes, especialmente considerando a pandemia e especificamente, descrever as medidas protetivas implementadas para diminuir a violência contra crianças e adolescentes em tempos de pandemia na cidade de Gurupi; demonstrar todos os tipos de violência infligidos à crianças e adolescentes em ambiente doméstico e familiar; verificar os direitos das crianças e adolescentes prescritos no ECA e na Lei n.14.022/2020 relacionada as medidas de enfrentamento à violência doméstica durante a pandemia da COVID-19; identificar o perfil das crianças e adolescentes atendidas no município de Gurupi, vítimas de violência através de dados das delegacias especializadas e da assistência social.

2. MATERIAL E MÉTODOS

O presente trabalho foi desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica e documental, com a finalidade de quantificar em banco de dados disponíveis, em revistas de referência com aspectos conceituais e doutrinários, sobre a violência doméstica contra crianças e adolescentes em tempos de pandemia.

A pesquisa foi realizada em duas etapas: a primeira, foi uma pesquisa bibliográfica sobre a temática e a segunda, uma pesquisa em delegacias na cidade de Gurupi-TO. A população estudada foi de crianças e adolescentes, na cidade de Gurupi, com uma amostragem de 50 (cinquenta) crianças vitimadas ou boletins de ocorrência.

As informações foram coletadas em documentos, boletins de ocorrências no período de 2019 a 2021. A pesquisa foi compreendida com vítimas de violência intrafamiliar, com uma faixa etária de zero a dezessete anos de idade que foram vítimas de violência no período determinado para o estudo.

Como critérios de inclusão foram utilizados artigos originais, estudo de caso e trabalhos publicados por delimitação do ano de publicação, e boletins de ocorrência de vítimas de violência familiar com faixa etária de zero a dezessete anos e notificações dos órgãos de assistência social. Foram excluídos, artigos que estão fora do período de seleção e boletins com notificações que não abrangem violência contra crianças e adolescentes e na faixa etária estimulada.

A partir da coleta de dados, os mesmos foram agrupados e analisados a partir de gráficos e tabelas, gerados pelo programa Excel 2016, do pacote Microsoft Office. E por fim, agrupados os artigos de conteúdos semelhantes.

3 DESENVOLVIMENTO

3.1 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Ao se tratar especificamente da Criança e do Adolescente inclui-se no artigo 227 da Constituição Federal: 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 a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (Redação determinada pela EC de 13-07-2010).

A inserção do referido artigo foi o marco para a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, colocando em destaque a criança cidadã com direitos e

prioridades. Pois anteriormente, a criança e o adolescente não eram reconhecidos como pessoas detentoras de direitos e cidadania, com a Constituição Federal de 1988 afigura-se um novo quadro na questão da criança e do adolescente (SALES, 2018).

Segundo a autora, o artigo 227 da Constituição Federal, veio colaborar para a promulgação da Lei nº 8069 de 13 de julho de 1990, que trata sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, que visa efetivar uma política de assistência e proteção integral aos mesmos (BRASIL, 1988).

Nesse sentido é importante ressaltar a grande conquista na questão do público infanto-juvenil que se dá a partir da implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente lei nº 8069, de 13 de julho de 1990, com destaque para um dos movimentos mais importantes em defesa da criança e do adolescente – o movimento denominado – A Criança Constituinte, cuja articulação garantiu a inclusão de um artigo inusitado na Constituição Federal que subsidiou a elaboração do ECA (BRASIL, 1990)

O ECA propõe o reconhecimento da criança e do adolescente como pessoas em pleno desenvolvimento, detentoras de direitos que devem ser resguardados e garantam assim a proteção integral e prioritária.

Portanto, a partir da implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente, propõe-se políticas de atendimento a infância e juventude no sentido de garantir a proteção integral.

Nesse sistema de garantia de direitos, nota-se que a partir da implementação do ECA, ocorreu um diferencial na trajetória da conquista dos direitos da infância e da juventude, a face obscura, ficaria para trás na história. Portanto, ainda existe uma triste realidade, de violação de direitos da criança e do adolescente, sendo necessário obter uma visão mais crítica da realidade da criança e do adolescente, para que a efetivação plena do Estatuto da Criança e do Adolescente seja garantida fielmente na prática através de ações, e políticas sociais que garantam a proteção dos mesmos. (SALES, 2018).

Segundo a autora, ainda é necessário superar a ineficiência das políticas públicas nas suas ações, pois a criança não se tornou efetivamente na prática prioridade das políticas do Estado. O que existem são programas e ações fragmentadas e imediatistas, não há uma superação do diálogo entre a sociedade civil e o poder público na lógica da assistência e do favor ainda prevalecem.

É nessa conjuntura que surge a ECA, por isso, sua implementação se torna complexa. Nesse sentido, é necessário, uma organização de movimentos da sociedade civil e de outros atores sociais que se envolvam na luta pela efetividade dos direitos conquistados no sentido de cobrar do Estado, ações mais efetivas em prol dos direitos sociais, principalmente para criança e adolescente. Sabe-se que os direitos da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento, foram conquistados legalmente, mas os mecanismos protetivos estabelecidos na prática se afiguram de outra forma a qual permeou durante séculos e décadas na história da infância e juventude (SILVA, 2015).

Portanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente visou atender pela igualdade de todas as crianças e adolescentes, independente de classe social, gênero, raça, ou etnia, tornando-os sujeitos de direitos com prioridades.

3.2 ABUSO CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

O abuso de crianças é um fenômeno tão antigo quanto a própria humanidade, suas ligações morais registram, de um lado, um padrão adulto cêntrico de relações Inter geracionais e, de outro, um regime político e econômico com formação social num dado momento histórico. (MANUAL DE ATENDIMENTO A VITIMAS DE VIOLÊNCIA, 2019).

O interesse social e político sobre os direitos da criança e do adolescente, embora crescente, pode ser considerado paradoxal nos países democráticos ocidentais. Esses direitos foram estabelecidos internacionalmente a partir de 1924, pela Convenção de Genebra sobre os direitos da criança, estendida pela Convenção Internacional das Nações Unidas de 1959 e ratificada em 1990 pelos países signatários (MORALES, SCHUMANN, 2012).

São inúmeros os trabalhos realizados sobre os maus tratos e a violência infanto-juvenil no mundo, porém, pouco se avançou na prática. Talvez a magnitude do assunto ou a dificuldade que as pessoas têm em controlar o sofrimento frente a casos de maus-tratos, pois edificamos poderosas fortalezas que nos protegem de eventos dolorosos, pelo simples fato de não termos aprendido a conviver com esses acontecimentos, sejam a explicação dada para o fenômeno, uma vez que ocorrem fora da realidade conhecida e vivida por grande parte da sociedade, sendo encarados como “problema dos outros” (KRUGMAN, LEVENTHAL, 2015)

Na realidade o ser humano tem medo de reviver o passado, mas ao mesmo tempo não foi preparado para esquecê-lo. Logo ao se tornarem adultas essa criança vítima de

feridas incuráveis estarão fadadas a revidarem, a estarem na posição de agressores e a fazer parte da estatística social de agressores.

3.2.1 Tipos de Abuso Contra Crianças

Deslandes (2004), define maus tratos pela existência de um sujeito em condições superiores (idade, força, posição social ou econômica, inteligência ou ainda autoridade) que comete um dano físico, psicológico ou sexual, contrariamente à vontade da vítima ou por consentimento obtido a partir de indução ou sedução enganosa. A definição do que possa ser uma prática abusiva para sempre por uma negociação entre a cultura, a ciência e os movimentos sociais. Assim, entende-se que os maus tratos praticados contra crianças e adolescentes, são facultados pela inércia de ação contrária, pela supressão ou pela violação das normas ou convenções legais, ou seja, pelas transgressões dos direitos.

Ao longo do tempo o abuso de crianças é uma constante, e tem assumido as mais diversas faces. Doutrinariamente, os conceitos de abusos ou maus tratos são divididos nos seguintes tipos:

Abuso físico – uso da força física, não acidental entendido como coação através de maus tratos corporais (espancamentos, queimaduras, mutilações etc.) ou negligências quanto à satisfação de necessidades básicas da criança: alimentação, vestuário, saúde, segurança, etc. praticadas por pais, responsáveis, familiares ou mesmo pessoas próximas das crianças. (SDHMJ-RJ, 2011).

Abuso sexual - quando a coerção se exerce através do emprego da força física ou psicológica, objetivando obter a participação da criança em práticas eróticas. O abuso sexual por contato físico invade o corpo da criança, transpassando sua intimidade e seu autodomínio. Provoca uma vivência na qual o corpo da criança não está realizando seus desejos e auto realização, mas sim como objeto de dominação e prazer de outrem numa ação em que há a perda do prazer e autonomia da criança (HAZEU, 2014)

Abuso psicológico – É todas as formas de rejeição, depreciação, discriminação, desrespeito, cobrança ou punição exagerada e utilização da criança para atender as necessidades psíquicas dos adultos. Quando a coação se exerce através do emprego da força psicológica (ameaças, humilhações, privação emocional etc.).

Incesto: É qualquer relação de caráter sexual entre um adulto e uma criança ou adolescente, entre um adolescente e uma criança, ou ainda entre adolescentes, quando existe um laço familiar, direto ou não, ou mesmo uma mera relação de responsabilidade”.

Sobre este tipo de abuso mais adiante discutiremos, mais adiante, quando formos tratar da situação família.

Negligência: de acordo com a ABRAPIA, (2017) é o ato de omissão pelo provedor das necessidades básicas da criança ou adolescente para seu desenvolvimento. O abandono é considerado uma forma extrema de negligência. A negligência envolve atos de ausência de cuidados básicos como alimentação, educação, saúde, higiene, falta de proteção, omissão em casos de abuso sexual, entre tantos outros fatores que influenciaram no bom desenvolvimento sócio-psico-cultural da criança ou adolescente.

Estupro: ato praticado, conforme o artigo 213, § 1º do Código Penal e artigo 217 da Lei n.12.015 de 2009 que considera o crime de estupro contra vulnerável como a reclusão de 8 a 15 anos, ou de 10 a 20 anos, respectivamente, quando a prática de conjunção carnal ou ato libidinoso contra crianças menores de 14 anos, ocorrendo lesão corporal grave. Em caso de morte, a pena é majorada de 12 a 30 anos. O artigo ressalta ainda que, a condição de vulnerável demonstra que o indivíduo não possui discernimento para a prática do ato, ou por algum motivo não possa se defender.

Atentado violento ao pudor: É quando se constrange alguém a praticar atos libidinosos, sem penetração vaginal, utilizando violência ou grave ameaça, sendo que, em crianças e adolescentes de até 14 anos, a violência é presumida, como no estupro. **O atentado violento ao pudor foi revogado pela Lei 12.015/09 (grifo nosso)**

Assédio sexual: É caracterizado por propostas de contato sexual, quando é utilizada, na maioria das vezes, a posição de poder do agente sobre a vítima, que é chantageada e ameaçada pelo agressor. Abuso trabalhista - quando a coação se exerce através da exploração da mão-de-obra infantil, submetendo a criança a jornadas excessivas de trabalho, com ou sem garantia de emprego, em condições de ilegalidade, risco físico e/ou moral.

Abuso policial - quando a coação se exerce através da tortura dirigida a crianças infratoras (de fato ou presumidas).

Abuso comercial - quando a coação se exerce através da venda de crianças (muitas vezes camuflada sob o rótulo de adoção) ou da exploração de sua imagem.

Abuso político - quando a coação se exerce através de sequestro ou aprisionamento de crianças, seja como instrumento de pressão contra adversário, seja como forma de humilhar e desmoralizar os vencidos.

O juiz da infância e da juventude ex-offício ou pedido, poderá decretar a imediata retirada do ofensor da casa onde vive a criança ou o adolescente agredido por quem tem o dever especial de velar pela pessoa que paradoxalmente, agride. Mesmo que a casa seja própria do infrator, nela não poderá ficar com a vítima. É pena civil que não elide a responsabilidade criminal observado aos art. 232 ou 233 conforme o caso (ECA, 1990 p.114).

As relações de violência vivenciadas e praticadas dentro da própria família são frutos de um processo social excludente e desiguais onde poucos têm acesso aos meios de produção. Conforme análise acima, o papel da família, o “dever” da família é de proteger a criança, ou seja, diante do quadro de transformações dos papéis familiares é necessário que aprendamos na totalidade o contexto histórico, social e econômico, sobre o qual essa família está inserida.

3.3 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM TEMPOS DE PANDEMIA NA CIDADE DE GURUPI – TOCANTINS

Fazendo uma breve análise sobre a temática nas redes sociais e internet, verifica-se o crescimento da violência contra as mulheres, crianças e adolescentes, isso se deu em decorrência do isolamento social recomendado durante a pandemia. O aumento da violência ocorreu em vários países, tais como Reino Unido, China, Estados Unidos, França e Brasil (WHO, 2020).

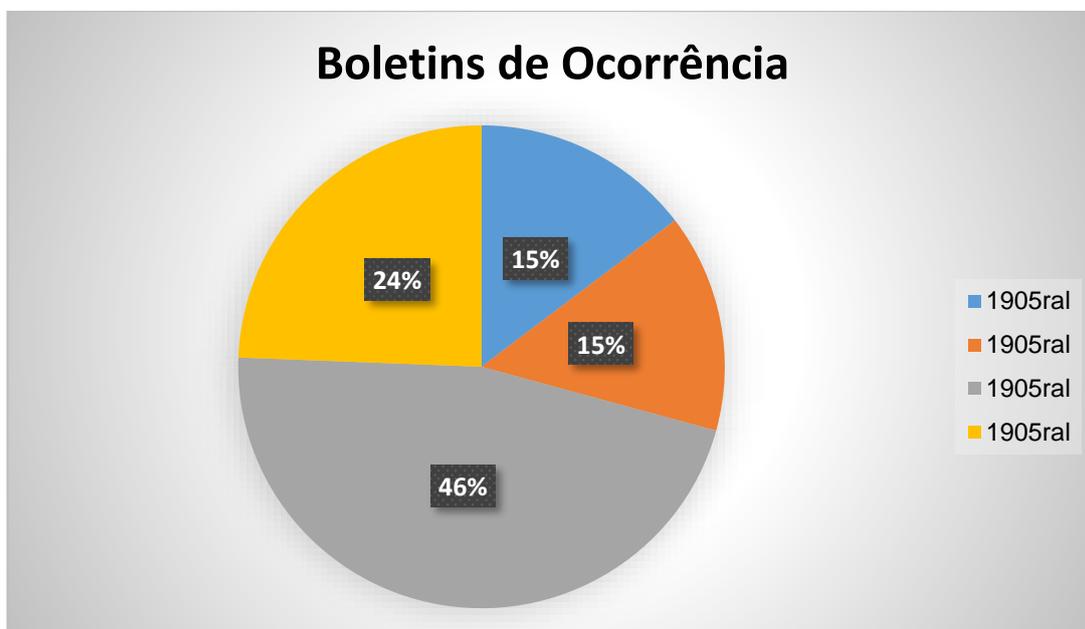
No Brasil, de acordo com as estatísticas do Ligue 180 concedidos pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos ocorreu um acréscimo de cerca de 17% na quantidade de ligações com denúncias de violência contra mulher e crianças durante o mês de março, tempo inicial do isolamento social no país (GUO, 2020). No município de Gurupi, no Estado do Tocantins, localizado a 238 km da capital, Palmas, às margens da BR-153, segundo o IBGE (2020) possui cerca de 87 545 mil habitantes, os dados da pesquisa foram levantados nos Boletins de Ocorrência de violência doméstica contra crianças e adolescentes no período compreendido entre 2018 e julho de 2021, na 9ª Delegacia Especializada de Atendimento à mulheres e vulneráveis na cidade de Gurupi, Tocantins (9ª DEAMV) (gráfico 1).

De acordo com os dados, as pessoas que possuem acesso à Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP) são: os Policiais Civis, Delegados, Escrivães, Agentes de Polícia e Assistentes Administrativos. No município, essas pessoas são qualificadas para receber as notificações de abusos relacionados a violência domésticas. Vale ressaltar que, segundo a UNICEF (2020, p.4), o cenário de violência contra crianças e adolescentes é mascarado

por um cenário pandêmico da atualidade, provocando um impacto na identificação da violência e na efetivação dos direitos e das políticas públicas cabíveis.

Moreira, Reis (2015) relatam que, em caso de violência doméstica, quando se ocultam os fatos, não há a subnotificação, as consequências são inúmeras, especialmente na violação de direitos, especialmente, para pessoas que são vulneráveis socialmente. A violência intrafamiliar gera danos físicos, psíquicos e sociais, como já explanado anteriormente, e são uma realidade no dia-a-dia da criança, gerando impactos que podem perdurar por toda a vida.

Gráfico 1 – Dados de boletins de Ocorrência da 9ª DEAMV em Gurupi, TO



Fonte: adaptados pela autora de dados coletados na Delegacia, 2021

Pelos dados apresentados no gráfico percebe-se um aumento significativo no ano de 2020 e 2021. Em 2018 foi de 15% (n=12), mantendo em 2019 15% (n=12), em 2020 subiu para 46% (n=38) e nos meses de janeiro a julho de 2021, 24% (n=20). Percebendo um acréscimo de 31% entre os anos de 2018 a 2020. Esse fato pode estar relacionado à Pandemia da Covid-19, ao isolamento social e às tensões acumuladas com medo e insegurança sobre essa patologia, a intensa coexistência familiar, a sobrecarga de serviços domésticos e home office ou falta de emprego e renda podem ter sido causadoras ou agravantes de desordens e violências em muitos lares, sobretudo, em crianças e adolescentes que, em geral, estão fora da escola, creches, com acesso restrito as atividades de esportes e de grupo.

Segundo levantamento dos tipos de ameaças ocorridas e descritas nos Boletins de Ocorrência foram identificados, lesão corporal, ameaça e estupro (gráfico 2).

Gráfico 2 – Tipos de violência identificados nos Boletins de Ocorrência entre 2018 e 2021, Gurupi, TO



Fonte: adaptados pela autora de dados coletados na Delegacia, 2021

Dentre os crimes de violência praticados no ano de 2018, o de lesão corporal foi o mais registrado 58% (n=7), seguido de ameaça 25% (n=3) e estupro (art.217 do Código Penal), 17% (n=2). No ano de 2019, os dados são similares. A lesão corporal permaneceu sendo a mais registrada 67% (n=8), ameaça 25% (n=3) e estupro 8% (n=1). No ano de 2020, Lesão corporal atingiu 74% (n=28), ameaça 18% (n=7) e estupro 8% (n=3). Já nos primeiros meses de 2021 de janeiro a julho, o índice pode ser considerado maior que os anteriores, visto a diminuição do tempo, lesão corporal atingiu 65% (13), ameaça 30% (n=6) e estupro 5% (n=1). O levantamento aponta que, em 99% dos casos, os crimes aconteceram dentro de casa e foram praticados por pessoas próximas às vítimas, especialmente o genitor.

Diante dessa visão e da necessidade de adoção de medidas de enfrentamento contra a violência e da promoção de políticas públicas, com a inclusão de psicólogos no âmbito judicial para que, possa potencializar o alcance das denúncias. Na Secretaria do município, criaram-se um grupo de agentes, policiais, delegados e inclusive, psicólogos para avaliar a adequação da criança e adolescente vítima de violência, e a partir de suas metodologias, trazer informações pertinentes à problemática. Lembrando que a justiça, possui um valor ético-moral e, no âmbito do Direito, esse é representado pelo Poder

Judiciário, que procurou na Psicologia uma alternativa para avaliar “a eficiência e o rigor científico das metodologias instrumentais na garantia ao Direito que a Psicologia seria útil nos procedimentos jurídicos de vítimas de violência doméstica” (RAMÍREZ; MACFARLAND, 2020, p. 7).

A comissão Interamericana de Direitos Humanos ressaltam ainda que, o alcance aos meios de denúncia, foram dificultados devido os obstáculos impostos pelas normas de isolamento social. (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH, 2020, p. 16)

Segundo os dados coletados na pesquisa, uma criança e adolescente, vítimas de violência doméstica, possui dificuldade em relatar os abusos sofridos e, esse fato pode suscitar aos profissionais atitudes e reações que podem reprimi-la, o predispô-la a falar, nesse sentido, buscou-se, em analogia aos Conselhos Tutelares do Município, proporcionar condições facilitadoras e saudáveis para a criança manifestar seus sentimentos reais, habilitando, nesse sentido, o psicólogo no ambiente, e assim, em uma nova fase discutir acerca de sua função no poder público na defesa dos direitos de vítimas de violência.

Ressaltando que, é compulsória a comunicação ao Conselho Tutelar (artigo 13 da Lei n. 8.069/90) que possui atribuição para verificar a situação e acionar o Ministério Público, ou em caso de necessidade uma autoridade policial e a Justiça. Segundo, Digiácomo, (2017, p.15), o Estatuto da Criança e do Adolescente concentrou os conselhos da doutrina da proteção integral e do princípio da prioridade absoluta, “regulada nos preceitos constitucionais, a Lei nº 8069/1990 é reconhecida como uma das mais adiantadas habilitações legais dedicadas à tutela dos direitos da população infanto-juvenil.”

Nesse sentido, de acordo com Souza Neto e Guilherme (2020), o município busca os direitos para o enfrentamento da violência contra as crianças e adolescentes e que, com os impactos da Covid-19 podem ser essenciais nesse processo. Dessa forma, foi necessário incluir as vítimas vulneráveis no orçamento do governo municipal no período após pandemia, para investir na capacitação de profissionais para recebimento e identificação da violação dos direitos e na garantia constitucional e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência doméstica contra crianças e adolescentes é um conflito multicausal e complexo, que alude diversos danos. Frequentemente, existe um problema em identificar e atuar preventivamente no setor de políticas públicas, o que acontece, normalmente, no

ambiente familiar e/ou escolar, que é o ambiente virtual, em decorrência da pandemia do Covid-19, tornando-se uma dificuldade no enfrentamento ao problema e nas ações estratégicas e jurídicas.

De acordo com o desenvolvimento do trabalho, percebeu-se que a hipótese colocada inicialmente, ou seja, o município de Gurupi, no Estado do Tocantins, buscou consolidar a proteção jurídica para o enfrentamento a violência doméstica, especificamente, o abuso sexual contra crianças e adolescentes, porém são inúmeros os desafios das políticas públicas e do âmbito jurídico em vista de um problema complexo como esse, estando-se ainda mais acentuadas devido a pandemia.

O progresso e efetivação dos direitos da criança e do adolescente estão relacionadas ao planejamento e execução dos projetos pelo Poder Público destinados à infância e juventude. Percebe-se que, o município prioriza os princípios da dignidade da pessoa humana, da prioridade absoluta e da proteção integral da criança e do adolescente nas estratégias de enfrentamento à violência doméstica das Secretarias nacional de informações de segurança pública e ainda, dos procedimentos policiais eletrônicos, juntamente com o Conselho Tutelar, Ministério Público e Tribunal de Justiça.

Essas ações estão voltadas para melhoria dos sérvios prestados na defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais em prol das medidas de proteção das crianças e dos adolescentes do município. A limitação do estudo deveu-se, especialmente, pela pandemia do covid-19 e dados relacionados a vulneráveis.

REFERÊNCIAS

ABRAPIA. Associação Brasileira Multiprofissional de Proteção à Infância e à adolescência. **Maus-tratos Contra Crianças e Adolescentes** – Proteção e Prevenção. 2.ed. Rio de Janeiro: Autores e Agente e Associados, 2017.

ACEBES, César Muñoz. "Um dia vou te matar": Impunidade em casos de violência doméstica no estado de Roraima. **HumanRightsWatch** . 21 abr. 2017. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/report/2017/06/21/305134>. Acesso em: 03 maio 2021.

BRASIL. **Lei 14.022 de 7 de julho de 2020** – altera a Lei n. 13.979 de 6 de fevereiro de 2020, e dispõe sobre medidas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher e de enfrentamento à violência contra crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência durante a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização de Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988

_____. **Lei 8.069, de 13 jul. 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Pandemia e direitos humanos nas Américas. **Resolução nº 1/2020, de 10 de abril de 2020**. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>. Acesso em 01 set. 2021.

DESLANDES SF. **Violência envolvendo crianças no Brasil**: um plural estruturado e estruturante. In: Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Impacto da violência na saúde dos brasileiros. Brasília: Ministério da Saúde; 2004. p.43-77.

DIGIÁCOMO, Murilo José; DIGIÁCOMO, Ideara de Amorim. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado**. Curitiba, 2017. p. 7-15.

GUO, R. Johns Hopkins University. COVID-19 Global Cases by the Center for **Systems Science and Engineering (CSSE)**. <https://coronavirus.jhu.edu/map.html> (acessado em 08/Abr/2021).» <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>

HAZEN, H.S Responsabilidade do profissional de saúde sobre a notificação de casos de violência doméstica. **Rev. Saúde Pública**. v. 41, n. 3, p. 472-47, 2014

MANUAL DE ATENDIMENTO A VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA. Secretaria dos Direitos Humanos e Secretaria Nacional dos Direitos da criança e do Adolescente. **Pesquisa Bons Conselhos**. Brasília, 2019.

MORALES, GC, SCHUMANN LA, Vulnerability synthetic indices: a literature integrative review. **Ciênc Saúde Coletiva**. 2012; 20(7):2105-20.

SALES, M. A. **Política social, família e juventude**: uma questão de direitos. São Paulo: Cortez, 2018.

SILVA, E. R. A. **O direito à convivência familiar e comunitária**: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil. Brasília: IPEA, 2015.

SOUZA NETTO, José Laurindo. GUILHERME, Gustavo Calixto. Garcel, Adriane. **O Desenvolvimento e a proteção integral da criança e do adolescente na prática** – Os projetos realizados pelo Tribunal de Justiça e pelo Ministério Público do Estado do Paraná. In: Livro ECA 30 ANOS – Obra Coletiva alusiva aos 30 anos do Estatuto da Criança e do

Adolescente com 39 artigos selecionados. Editora D'Plácido. ISBN 9786555890419. Ministério Público do Estado do Paraná. MARANHÃO, Clayton e CAMBI, Eduardo. (organizadores). Ano 2020. Sumário disponível em: <http://www.escolasuperior.mppr.mp.br/2020/7/978/LANCAMENTO-Livro-ECA-30-Anos.html>.

WHO. **Women's Aid. The impact of COVID-19 on women and children experiencing domestic abuse, and the life-saving services that support them.** 2020. <https://www.womensaid.org.uk/the-impact-of-covid-19-on-women-and-children-experiencing-domesticabuse-and-the-life-saving-services-that-support-them/> (acessado em 17/Mar/2021). » <https://www.womensaid.org.uk/the-impact-of-covid-19-on-women-and-children-experiencing-domesticabuse-and-the-life-saving-services-that-support-them/>

O CASAMENTO NO ÂMBITO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO

REBECA CARVALHO DA SILVA:
Graduanda em Direito pela Universidade
Federal do Amazonas - UFAM.

MARIA EVELINE QUEIROZ DE LIMA⁶²

(coautora)

ADRIANO FERNANDES FERREIRA⁶³

(orientador/coautor)

RESUMO: Este trabalho versará sobre o casamento no âmbito do Direito Internacional Privado, sendo o principal enfoque o Estado brasileiro. Este assunto é bastante pertinente devido ao fenômeno da globalização e da configuração da sociedade moderna, visto que as fronteiras territoriais se tornam cada vez menos relevantes para as pessoas de diversas nacionalidades que se casam com o propósito de constituírem família. Ao longo deste artigo, abordar-se-á o casamento entre brasileiros no exterior, de estrangeiros no Brasil, e entre brasileiros e estrangeiros em território nacional ou internacional, de forma a elucidar a importância do Direito Internacional Privado na regulamentação das relações entre particulares. Outrossim, visa-se abordar esse pertinente tema pelo método comparativo, tomando-se como base outros países do exterior do território brasileiro, à luz de obras e teorias de cunho principalmente jurídico e jurisprudencial brasileiro, utilizando-se o raciocínio dialógico para explicar o fenômeno jurídico, que é o casamento.

Palavras-chave: Casamento; Direito Internacional Privado; Brasil; Regime de Bens; Divórcio.

ABSTRACT: This work will deal with marriage within the scope of Private International Law, with the main focus being the Brazilian State. This subject is quite relevant due to the phenomenon of globalization and the configuration of modern society, since territorial borders become less and less relevant for people of different nationalities who marry for the purpose of starting a family. Throughout this article, marriage between Brazilians abroad, between foreigners in Brazil, and between brazilians and foreigners in national or

⁶² Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM. *E-mail* para contato: mariaevelineql@gmail.com

⁶³ Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela, na Espanha (2019). Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidad Castilla la Mancha, na Espanha (2014). Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (2005). Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (2001). Professor Adjunto da Universidade Federal do Amazonas - UFAM. *E-mail*: adrianofernandes3@hotmail.com

international territory will be addressed, in order to elucidate the importance of Private International Law in the regulation of relationships between individuals. Furthermore, the aim is to approach this pertinent topic through the comparative method, based on other countries outside Brazil, in the light of works and theories of a mainly Brazilian legal and jurisprudential nature, using dialogical reasoning to explain the phenomenon legal, which is marriage.

Keywords: Marriage; Private Internacional Law; Brazil; Property Regime; Divorce.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A CELEBRAÇÃO DE CASAMENTOS REALIZADOS NO BRASIL E NO EXTERIOR. 3 CASAMENTO CONSULAR. 4 REGIME DE BENS. 5 DIVÓRCIO. 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O tema do casamento no âmbito internacional enseja muita discussão, coexistindo uma pluralidade de teorias dentro da doutrina e jurisprudência.

Tendo isso em vista, o objetivo do Direito Internacional Privado é estabelecer regras a respeito dos atos jurídicos executados entre particulares em esfera internacional, não se limitando ao âmbito do ordenamento jurídico de apenas um Estado. O elemento de conexão de cada país é demandado quando duas ou mais leis divergentes, dos respectivos países envolvidos na questão, concorrem para solucionar o problema.

A organização da sociedade moderna, que está em constante mudança, é o ponto principal para a multidifusão dos fatos sociais oriundos da internacionalidade da vida e para o avanço social, beneficiando a expansão da ciência e da tecnologia, a elevação do nível cultural dos povos, de forma a estimular, ainda, a formação de uma consciência internacional sobre assuntos relativos à existência da humanidade, resultando em uma tendência de universalizar certos ramos do Direito.

A inserção do casamento na esfera do Direito Internacional Privado acontece com o avanço do fenômeno da globalização, que resultou em uma intensa quebra de fronteiras, fruto de uma agregação social, cultural, econômica e política, refletindo na forma como pessoas de Estados diferentes se comunicam e se relacionam.

Nesse sentido, pessoas de nacionalidades diferentes, ou de domicílios diferentes, com interesses em comum, e, na maioria dos casos, com vontade de constituir família juntas, desejam cada vez mais oficializar sua união através do matrimônio.

Destarte, será abordado ao longo deste artigo os principais aspectos a respeito do matrimônio entre pessoas de origens distintas, ou de domicílios distintos, assim como será abordado os diversos sistemas adotados entre os países e os diferentes tipos de

fundamentos para solução de questões no matrimônio, as quais resultam na existência de conflitos de competência internacional.

Portanto, o presente artigo tem como finalidade o conhecimento mais aprofundado acerca da multiplicidade de metodologias aplicadas no âmbito do Direito Internacional Privado a fim de melhor dirimir a controvérsia existente no ato de constituição do casamento.

2 A CELEBRAÇÃO DE CASAMENTOS REALIZADOS NO BRASIL E NO EXTERIOR

A priori, de maneira geral, o casamento celebrado em um país é regido pelas leis locais deste. Nesse sentido, o artigo 7º da Lei de introdução às normas de direito brasileiro (LINDB), dispõe que a lei do país em que a pessoa tem domicílio determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.

Portanto, a partir do artigo 7º da LINDB, percebe-se que a lei do domicílio rege o Direito de Família, alcançando Maria Berenice Dias o seguinte entendimento: “se o casamento é válido segundo o direito do país em que foi celebrado, é válido no estrangeiro. Constitui-se um ato jurídico perfeito e, por conseguinte, é existente, válido e eficaz”.

Neste mesmo artigo 7º da LINDB, em seu § 1º, dispõe-se que aos casamentos celebrados no Brasil, aplicar-se-á a lei brasileira quanto aos impedimentos dirimentes e às formalidades da celebração, isto é, qualquer pessoa que case no Brasil, sejam os próprios brasileiros ou estrangeiros, ou até mesmo brasileiros com estrangeiros, deverão seguir as formalidades brasileiras e as regras a respeito dos impedimentos, regulamentadas no atual Código Civil brasileiro.

Outrossim, o artigo 1.543 do Código Civil dispõe que o casamento celebrado no Brasil prova-se pela certidão do registro. Além disso, o parágrafo único deste dispositivo legal estabelece que: “justificada a falta ou perda do registro civil, é admissível qualquer outra espécie de prova”.

No que se refere ao casamento de pessoas domiciliadas no Brasil que está sendo celebrado no exterior, o professor Jacob Dolinger (2014) entende que a regra do § 1º do artigo 7º da LINDB também deverá ser aplicada, pois deve ser compreendida das duas formas, isto é, “na hipótese de casamento realizado no exterior por pessoas domiciliadas no Brasil, serão observadas as formalidades da legislação local”.

O artigo 1.544 do Código Civil institui que o registro do casamento de brasileiro feito no exterior deve ser providenciado no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados da volta de um ou de ambos os cônjuges ao Brasil.

Vale ressaltar que a jurista Maria Berenice Dias afirma que o registro disposto no parágrafo acima é somente declaratório, com poder *ex tunc*. Sendo assim, entende-se que o registro do casamento implica efeitos desde a data de sua celebração.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2018), no livro "Manual de Direito Civil", reconhecem o prazo do artigo 1.544 do Código Civil como decadencial, "cuja inobservância gerará a impossibilidade de produção dos efeitos jurídicos pretendidos, não se considerando tais pessoas como casadas pela lei brasileira."

No entanto, observa-se que nos casos de ausência de registro, ainda assim é possível que o casamento produza efeitos no Brasil, na medida em que o Superior Tribunal de Justiça considera o casamento celebrado no exterior, em conformidade com as leis brasileiras, um ato jurídico perfeito. Segue o julgado que demonstra tal entendimento:

CIVIL. CASAMENTO REALIZADO NO ESTRANGEIRO, SEM QUE TENHA SIDO REGISTRADO NO PAÍS. O casamento realizado no exterior produz efeitos no Brasil, ainda que não tenha sido aqui registrado. Recurso especial conhecido e provido em parte, tão-só quanto à fixação dos honorários de advogado. (STJ - REsp: 440443 RS 2002/0065653-3, Relator: Ministro ARI PARGENDLER, Data de Julgamento: 26/11/2002, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 26.05.2003 p. 360 RDR vol. 27 p. 396.)

Embora transcorra o prazo para que os nubentes registrem o matrimônio, não se deve anular tal negócio jurídico, visto que se trata de uma exigência meramente formal, a qual pode ser exigida eventualmente a título de prova, de acordo com a corte máxima brasileira.

Nesse sentido, o casamento realizado fora do Brasil consoante às formalidades legais do local de celebração e à lei brasileira, sem insulto à ordem pública, é considerado um ato jurídico perfeito, uma vez apresentados os pressupostos de validade e de existência, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, a pessoa que se casou no exterior, não poderá celebrar outro casamento em território nacional, ainda que, sob aspectos formais, no Brasil ela conste como solteira. Desta maneira, o registro, apesar de não ser obrigatório, é utilizado para meios de produzir publicidade e prova, como mostra o julgado abaixo:

CIVIL. CASAMENTO REALIZADO NO ESTRANGEIRO. MATRIMÔNIO SUBSEQÜENTE NO PAÍS, SEM PRÉVIO DIVÓRCIO. ANULAÇÃO. O casamento realizado no estrangeiro é válido no país, tenha ou não sido aqui registrado, e por isso impede novo matrimônio, salvo se

desfeito o anterior. Recurso especial não conhecido. (STJ - REsp: 280197 RJ 2000/0099301-8, Relator: Ministro ARI PARGENDLER, Data de Julgamento: 11/06/2002, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 05/08/2002 p. 328 RDR vol. 24 p. 266.)

Outra questão a ser observada é acerca da contagem do prazo de 180 (cento e oitenta) dias para que haja o registro do casamento no cartório. O artigo 1.544 do Código Civil dispõe que o prazo contará da “volta de um ou de ambos os cônjuges ao Brasil”, todavia Paulo Lôbo observa que o termo “volta” deve ser entendido como ingresso, no sentido amplo, pois o cônjuge estrangeiro, por exemplo, que nunca veio ao Brasil não estará voltando, e sim ingressando ao país.

Além disso, a expressão “volta” deve ser melhor interpretada com o *animus* de permanência. Stolze e Pamplona Filho (2018) concluem que aquele cônjuge que retornou ao Brasil e passou somente alguns dias, sem a intenção de residir na sua pátria de origem, não tem necessidade de providenciar o registro, pois é do efetivo retorno que o prazo será contado.

Ademais, conforme a jurisprudência, basta que um dos cônjuges seja brasileiro, para requerer o assento do seu casamento celebrado no exterior no livro de registros do Brasil.

Arnaldo Rizzardo defende a ideia de que a possibilidade do registro se expande aos casamentos de estrangeiros, de brasileiros com estrangeiros, e de brasileiros, ainda que não tenham celebrado perante autoridade consular, ou até mesmo em que o casamento se deu nos termos da lei estrangeira.

Rizzardo (2011, p.75) alega também que o registro não dá eficácia ao casamento, concede apenas a publicidade, *in verbis*:

Com o registro, não adquire eficácia o casamento, eis que o oficial limita-se unicamente a transcrever os dados constantes da certidão estrangeira. Assim, não se admite atacar a validade do casamento pelos dados constantes do registro. A finalidade do registro não é outra senão a sua publicidade. Qualquer vício ou nulidade deverá ser pesquisada segundo os elementos da certidão e a lei do país onde se efetuou.

3 CASAMENTO CONSULAR

O casamento consular acontece quando nubentes de mesma nacionalidade se casam no exterior perante autoridades consulares de seu país de origem, submetendo-se, assim, às regras do seu país natural, ao invés do país em que estão domiciliados.

De acordo com Decreto nº 61.078/67, que promulgou a Convenção de Viena sobre relações consulares, à autoridade consular é dado os seguintes poderes:

Art. 5º As funções consulares consistem em:

f) agir na qualidade de notário e oficial de registro civil, exercer funções similares, assim como outras de caráter administrativo, sempre que não contrariem as leis e regulamentos do Estado receptor; (...)

No Brasil, essa situação tem amparo legal no § 2º do artigo 7º da LINDB, senão vejamos:

Art. 7º A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.

§ 2º O casamento de estrangeiros poderá celebrar-se perante autoridades diplomáticas ou consulares do país de ambos os nubentes.

Esse dispositivo nos leva a concluir que pessoas de nacionalidades diferentes não poderão casar perante autoridades consulares do país de origem de um dos nubentes. Apenas pessoas que têm a mesma origem podem se submeter ao casamento consular para seguir as regras de seu país. Isso acontece devido à função que é imposta aos diplomatas ou consulares, que é a de proteger os seus nacionais, e não aqueles que tem domicílio no país.

A doutrina e a jurisprudência entendem que não se pode atribuir poderes a mais aos consulares e diplomatas, portanto, somente devem celebrar casamentos em que os nubentes sejam da mesma nacionalidade.

No Brasil, existem 112 países com consulados espalhados por seu território, entre eles: África do Sul, Estados Unidos, França, Alemanha, Portugal e Moçambique. Isso significa que ambos os cônjuges naturais desses países poderão celebrar casamento no Brasil sob as regras de seus respectivos países de origem, conforme artigo 7º, § 2º da LINDB.

De maneira geral, o casamento realizado em país estrangeiro, de acordo com as leis do país natural dos cônjuges, tem validade no país da celebração se não agredir as regras deste, consagrando-se em âmbito nacional, isto é, se o casamento preenche todos os pressupostos de validade e existência em país estrangeiro, também será um ato jurídico perfeito no Brasil.

Para que aconteça um casamento consular na França, mais especificamente em Paris, por exemplo, além da necessidade de ambos cônjuges terem a nacionalidade brasileira, é preciso que eles apresentem ao Consulado-Geral do Brasil em Paris o comprovante de residência no nome de um dos cônjuges, que tenha mais de 1 (um) ano na jurisdição consular, isto é, França metropolitana e Mônaco. Desta forma, percebe-se que não basta estar em Paris e desejar um casamento no território francês, deve-se estar domiciliado na jurisdição consular há mais de 1 (um) ano.

Outro exemplo bem comum aos viajantes é o casamento em Las Vegas. Este, diferentemente da celebração de casamento em Paris, não exige que o estrangeiro resida nos Estados Unidos da América. Ademais, assim como os demais casamentos, este também possui validade no Brasil.

Neste seguimento, de acordo com o estabelecido no artigo 1.544 do Código Civil, o casamento celebrado no exterior por autoridade consular necessita ser homologado no Brasil em até 180 dias, a partir da data que um ou ambos nubentes regressarem ao território nacional. Além disso, o registro deverá ser feito no cartório do respectivo domicílio ou, em sua falta, no 1º Ofício da Capital do Estado em que passarem a residir.

4 REGIME DE BENS

Primeiramente, faz-se necessário conceituar o Regime de Bens e o que ele abrange no âmbito do Direito Internacional Privado. Nas palavras do jurista brasileiro Haroldo Valladão, o Regime de Bens: “abrange apenas o conjunto das disposições que regulam os bens pertencentes aos nubentes na ocasião do casamento ou que vierem a adquirir na constância da sociedade conjugal”.⁶⁴

Em 1942, a partir da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), ficou consagrado no país o princípio do domicílio para reger os bens do casal.

Essa lei dispõe, em seu § 4º do artigo 7º, que o regime de bens, legal ou convencional, obedece à lei do país em que tiverem os nubentes domicílio, e, se este for diverso, a do primeiro domicílio conjugal. Tal regra aplica-se a nubentes de qualquer nacionalidade, brasileiros ou não, desde que tenham se casado no Brasil ou que tenham domicílio em terras brasileiras, conforme previsto no *caput* do referido artigo.

Dessa forma, pode-se afirmar que, para o regimento brasileiro, as questões relacionadas ao Direito de Família podem ser submetidas à lei do domicílio do casal, em consonância com o artigo 7º, *caput*, da LINDB, ou à lei do primeiro domicílio conjugal,

⁶⁴In "Direito Internacional Privado", 3a ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1983, V. II, P. 81.

consoante o artigo 7º, § 4º, da LINDB. Nesse último caso, a regra é válida para quando os nubentes tiverem domicílios internacionais diversos.

A principal questão que concerne o regime de bens no âmbito internacional é quando o casal se casa em um país, mas estabelece seu primeiro domicílio em outro, como, por exemplo: se os nubentes se casam no Brasil, e estabelecem seu primeiro domicílio em território brasileiro, o regime de comunhão parcial de bens será o adotado, se outro não for previamente estabelecido. Mas se o casamento é realizado em território nacional, e os cônjuges migram para outro país e estabelecem neste o seu primeiro domicílio, e, supondo, o regime legal de bens adotado nesse país seja o de comunhão universal de bens, então este teria que ser o adotado.

Se os cônjuges tiverem domicílios diferentes um do outro, ou, caso optem por morar em vários países distintos ao longo do casamento, podem acordar em qual país deve ser estabelecido o primeiro domicílio conjugal, tendo em vista qual regime é mais benéfico para eles.

Outrossim, o Direito Brasileiro legitima o princípio da imutabilidade do regime, conjuntamente com o princípio de ordem pública internacional, os quais preservam a alteração do regime de bens por mudanças de nacionalidade ou de domicílio posterior à celebração do matrimônio.

Nesse viés, portanto, somente é possível a modificação do regime convencional dos bens, na seguinte hipótese:

§ 5º - O estrangeiro casado, que se naturalizar brasileiro, pode, mediante expressa anuência de seu cônjuge, requerer ao juiz, no ato de entrega do decreto de naturalização, se apostile ao mesmo a adoção do regime de comunhão parcial de bens, respeitados os direitos de terceiros e dada esta adoção ao competente registro. (Redação dada pela Lei nº 6.515, art. 7º, de 1977.)

Com relação ao que regula o artigo 8º da LINDB, pode-se afirmar que esse dispositivo legal não se trata de determinação dos bens do casal, mas, sim, trata-se de Direito das Coisas, já que se leva em consideração o direito do lugar onde se encontram situados os bens. Terá repercussão no Direito de Família brasileiro em caso de partilha do patrimônio do casal quando se tratar de dissolução de sociedade conjugal.

O regime de bens do casamento e, também, da família, é discussão fundamental em todos os sistemas legislativos, não somente da Civil *Law*, como também é essencial seu debate na Common *Law*.

De modo geral, os legisladores, em todos os ordenamentos jurídicos, regulam o regime patrimonial do casal sob a luz de princípios que regem a ordem pública interna e internacional. Além disso, podem fundamentar suas decisões com base nos costumes e tradições do país, tendo-se um olhar mais voltado às razões sociais locais, tais como a condição jurídica da mulher, de sua maior ou menor subordinação ao marido, e da proteção preventiva, sendo esta maior ou menor, dos direitos de terceiros.

5 DIVÓRCIO

O divórcio é um ato jurídico legal e definitivamente consumado, do qual devem ser reconhecidas as consequências segundo a lei que originou a sua decretação. Tais consequências seriam: a separação de corpos, a divisão de bens e a faculdade para contrair novo enlace matrimonial (BEVILAQUA, 1978, p. 229).

No Brasil, a principal e atual regra de conexão para o reconhecimento do divórcio é, também, a lei do domicílio dos cônjuges, tal qual preceitua o *caput* do artigo 7º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. Em detrimento disso, o domicílio é fator determinante para indicar a decretação do divórcio ou não do casal, segundo regimento do país nele situado.

Com relação a outros fatores correlacionados ao divórcio, como filhos e os bens dos nubentes relevantes para a partilha, é que o ordenamento jurídico brasileiro implementou a seguinte regra do § 6º do art. 7º da LINDB:

§ 6º O divórcio realizado no estrangeiro, se um ou ambos os cônjuges forem brasileiros, só será reconhecido no Brasil depois de 1 (um) ano da data da sentença, salvo se houver sido antecedida de separação judicial por igual prazo, caso em que a homologação produzirá efeito imediato, obedecidas as condições estabelecidas para a eficácia das sentenças estrangeiras no país. O Superior Tribunal de Justiça, na forma de seu regimento interno, poderá reexaminar, a requerimento do interessado, decisões já proferidas em pedidos de homologação de sentenças estrangeiras de divórcio de brasileiros, a fim de que passem a produzir todos os efeitos legais.

É válido ressaltar que após eficácia da Emenda Constitucional nº 66/2010, a qual instituiu o divórcio direto, não é mais necessário aguardar os prazos definidos para a separação judicial (FERREIRA, 2017).

Antes da promulgação do novo Código de Processo Civil, em vigor desde 2016, qualquer divórcio realizado no exterior, para ter eficácia no Brasil, precisava ser homologado pelo Superior Tribunal de Justiça. Contudo, com a nova lei, o § 5º do artigo 961 estabelece:

Art. 961. A decisão estrangeira somente terá eficácia no Brasil após a homologação de sentença estrangeira ou a concessão do exequatur às cartas rogatórias, salvo disposição em sentido contrário de lei ou tratado. §5º A sentença estrangeira de divórcio consensual produz efeitos no Brasil, independentemente de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça.

Nessa perspectiva, é importante destacar que o novo CPC se refere apenas ao divórcio consensual, haja vista que a nova regra se torna válida apenas para divórcio consensual simples ou puro, que consiste exclusivamente na dissolução do casamento.

Em contrapartida, havendo filhos no casamento, surge a necessidade de regulamentação jurídica sobre a guarda de filhos do casal, alimentos e partilha de bens, isto é, configura-se o divórcio consensual qualificado, o qual, para ter eficácia no Brasil, será imprescindível sua homologação pelo Superior Tribunal de Justiça.

Assim, para divórcios litigiosos realizados em países estrangeiros, permanece a regra anterior, ou seja, a homologação pelo STJ é condição precípua para que seja atualizado o novo estado civil e suas eventuais consequências, sendo imprescindível até mesmo para os casamentos que não forem registrados em território nacional.

Outrossim, existe a possibilidade de ser reconhecido juridicamente no Brasil o divórcio concedido em país estrangeiro, caso os nubentes, que tenham domicílio situado no Brasil, queiram optar por requerer ação de divórcio conforme a lei brasileira e não de homologação de sentença estrangeira a ser reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça. Segundo o entendimento de Cahali:

Não homologada a sentença estrangeira de divórcio, subsiste na sua eficácia o vínculo matrimonial de modo a possibilitar que os cônjuges aqui domiciliados possam postular em juízo a dissolução do vínculo matrimonial segundo a lei brasileira, embora já divorciado o casal no estrangeiro. (CAHALI, 2005).

Se a homologação pelo STJ é necessária para que a pessoa seja considerada divorciada, existe uma discussão doutrinária a respeito da suposta bigamia praticada pelo ex-cônjuge que se casa novamente no Brasil sem ter a sentença estrangeira de divórcio litigioso homologada. Para quem defende essa tese, sem a devida homologação, esta pessoa ainda seria considerada casada no Brasil, e, neste caso, estaria praticando o delito de bigamia, previsto no artigo 235 do Código Penal:

Art. 235 – Contrair alguém, sendo casado, novo casamento:

Pena – reclusão, de dois a seis anos.

§ 1º – Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos.

§ 2º – Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime.

Entretanto, o artigo alhures nada especifica a respeito do divórcio litigioso celebrado no estrangeiro, deixando uma lacuna a respeito da ilicitude da conduta. Ainda assim, alguns doutrinadores consideram nulo o casamento realizado por cônjuge que ainda não tenha tido sentença de divórcio litigioso homologada, e as partes devem ser penalizadas pelo delito previsto no artigo, caso tenham conhecimento da situação de fato.

Por outro lado, existe outra corrente que defende que esse tipo de casamento não possui vício irreparável a nível de classificado como nulo, sendo o caso de apenas interporem perante o STJ a homologação da sentença, e, mesmo no caso de indeferimento da mesma, defendem que o atual casamento deve ser considerado anulável, e não nulo.

Existem julgados do próprio STJ a esse respeito, não sendo configurado crime de bigamia, já que a celebração do novo matrimônio seria nula. A justificativa está baseada na fundamentação de que o novo casamento seria considerado nulo e, conseqüentemente, inexistente (NASCIMENTO, 2016).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, é possível concluir que as relações sociais mudam ao longo dos séculos, e o casamento se torna um assunto cada vez mais frequente no âmbito do Direito Internacional Privado na medida em que pessoas de diferentes países desejam se unir por terem interesses em comum, diante da celebração do casamento.

Compreende-se que o Direito Internacional Privado serve justamente para solucionar conflitos de normas soberanas de diferentes países, a fim de estabelecer o melhor caminho para regulamentar a configuração da sociedade moderna e cada vez mais interligada.

Ao longo da realização deste artigo e dos diversos estudos acerca desse tema, pode-se aferir que os fatores principalmente sociais, culturais e econômicos de cada Estado influenciam muito na formação política e jurídica de cada um, de forma que o Direito de Família se constitui de variadas formas nos países.

No Brasil, por exemplo, a constituição e a dissolução da sociedade conjugal se perfazem sob a luz de princípios gerais do Direito Brasileiro e da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Noutro giro, também analisou-se que a lei do domicílio dos nubentes é a principal regra que rege tanto o casamento quanto o divórcio no país, isto é, devem ser observadas as formalidades do local.

Assim, segundo Andrade e Silva (2014), os princípios mais relevantes para o direito internacional privado brasileiro, no que pertine ao casamento, são: a ordem pública, a fraude à lei, os direitos adquiridos, a instituição desconhecida, bem como a comparação com a posição da doutrina e jurisprudência brasileiras com a de outros países.

Dessa forma, para que o casamento celebrado e constituído no exterior do Brasil possa produzir efeitos jurídicos perante o Estado brasileiro, é necessário que tal ato jurídico esteja em conformidade com as leis brasileiras, para que então seja considerado válido e produza efeitos no âmbito jurídico.

Por fim, tendo como referência os casamentos dos brasileiros realizados nos consulados, é necessário que ambos os nubentes sejam da mesma nacionalidade, com fulcro na função imposta aos consulares e diplomatas, consoante parágrafo 2º, artigo 7º, da Lei de introdução às normas do direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

ANDRADE E SILVA. Patrícia Regina Barbosa. **Homologação de Sentenças Estrangeiras de Divórcio no Brasil**. Artigo científico. EMERJ. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2014/trabalhos_12014/PatriciaReginadeAndradeeSilva.pdf>. Acesso em: 16 fev. de 2022.

BASSO, Maristela. **A Determinação Do Regime De Bens Do Casamento à Luz Do Direito Internacional Privado Brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito, São Paulo, v. 95, p. 361-372, 2000. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67474>>. Acesso em: 16 fev. de 2022.

BEVILAQUA, Clovis. **Princípios elementares de direito internacional privado**. Rede virtual de bibliotecas, Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1978.

BRASIL. Decreto nº 61.078, de 26 de julho de 1967. Promulga a Convenção de Viena sobre Relações Consulares. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 jul. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d61078.htm>. Acesso em: 16 fev. de 2022.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 16 fev. de 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Portal da Legislação, Rio de Janeiro, set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 16 fev. de 2022.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 11. ed. Versão ampliada e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

COUTO, Paulo. **Casamento Consular**. Disponível em: <<https://prccouto.jusbrasil.com.br/artigos/346306828/casamento-consular>>. Acesso em: 16 fev. de 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado: parte geral**. 11 ed. Rio de Janeiro, Forense: 2014.

ELOY, Ana Paula. **Casamento consular realizado no Brasil**. Disponível em: <<https://anapaulaeloy98.jusbrasil.com.br/artigos/337948577/casamento-consular-realizado-no-brasil>>. Acesso em: 16 fev. de 2022.

FERREIRA, A. F. **Elementos de Direito Internacional Privado**. São Paulo: Cia do eBook, 2016.

FERREIRA, Wallace. **O divórcio no direito internacional**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5395, 9 abr. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/62468>>. Acesso em: 16 fev. de 2022.

GANGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**; Volume único- 2a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NASCIMENTO, Thaynara. **O casamento no Direito Internacional Privado**. Disponível em: <<https://tatafreitas.jusbrasil.com.br/artigos/334219993/o-casamento-no-direito-internacional-privado>>. Acesso em: 16 fev. de 2022.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE - A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO

LUÍS PAULO ROCHA CARDOSO:

Advogado. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduado em Direitos Humanos pela Faculdade CERS.

Resumo: A Constituição da República de 1988 se coloca como baliza sobre o ordenamento jurídico democrático, com posição proeminente de supremacia, tendo as demais normas legais serem conformadas com os princípios e com os ideais jurídicos sustentados pela Carta Magna. Nesse sentido, utilizam-se instrumentos jurídicos capazes de compatibilizar com o marco constitucional, sendo um deles: o controle de constitucionalidade. Esse mecanismo pode ser dividido em duas espécies: controle difuso/concreto ou abstrato/concentrado. Os efeitos decorrentes dessas espécies são hoje objeto de discussão na doutrina e na jurisprudência, sofrendo modulação diante das necessidades dos casos em concreto, com tendência para uma maior expansividade das decisões, mesmo quando tomadas em controvérsias individuais ou subjetivas.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade; Modulação de efeitos; Controle Difuso; Controle Abstrato; Efeito *erga omnes*; Efeito *inter partes*.

Abstract: The Constitution of the Republic of 1988 is placed as a beacon on the democratic legal system, with a prominent position of supremacy, with the other legal norms being conformed to the principles and legal ideals supported by the Magna Carta. In this sense, legal instruments capable of making it compatible with the constitutional framework are used, one of them being: the control of constitutionality. This mechanism can be divided into two types: diffuse/concrete or abstract/concentrated control. The effects resulting from these species are now the subject of discussion in doctrine and jurisprudence, undergoing modulation in view of the needs of specific cases, with a tendency towards greater expansiveness of decisions, even when taken in individual or subjective controversies.

Keywords: Constitutionality control; Effects modulation; Diffuse Control; Abstract Control; *Erga omnes* Effect; *Inter partes* Effect.

Sumário: 1. Introdução. 2. Das formas de controle de constitucionalidade. 3. Do controle concentrado/abstrato e difuso/concreto. 4. Da abstrativização do controle difuso. 5. Das considerações finais. 6. Referências.

1.Introdução

O controle de constitucionalidade só é possível em Estados Democráticos de Direito, que possuem uma constituição, pelo menos, rígida, o que significa dizer que possui processo mais dificultoso para a alteração de seu conteúdo. Com base nisso, o controle de constitucionalidade é alicerçado no princípio da supremacia formal da constituição, tendo como maior exemplar no contexto brasileiro a Constituição Federal de 1988 - Constituição Cidadã.

Nesses termos, o professor José Afonso da Silva citando Pinto Ferreira, afirma que a Constituição Federal brasileira funciona como “pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político”, além de pontuar:

“significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas”. (DA SILVA, 2010, p. 47 a 49).

Assim, o controle de constitucionalidade se conceitua como mecanismo de verificação de compatibilidade no plano vertical entre a constituição (ou norma com status constitucional), que é o parâmetro de controle (diversamente como ocorre com o controle de convencionalidade⁶⁵), e as leis e os atos primários, com fundamentos diretamente na Constituição Federal, tendo e como pressupostos: a posição de supremacia hierárquica da Carta Magna; rigidez constitucional; competência do órgão de natureza política ou jurisdicional.

Além disso, é imperioso destacar que não há possibilidade de controle de constitucionalidade de normas constitucionais originárias, tendo em vista que não há hierarquia entre elas, aplicando-se, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da unidade da constituição. Todavia, existe divergência doutrinária sustentada nos ensinamentos de Otto Bachof, que, porém, não encontra muita ressonância no Brasil, segundo o qual: há hierarquia entre as normas constitucionais, havendo possibilidade de controle de constitucionalidade de norma originária.

65 Entende-se por controle de convencionalidade como no processo de verificação da compatibilidade de uma norma ou prática interna em face do Direito Internacional dos Direitos Humanos, aqui compreendidas todas as suas fontes, mas em especial os tratados e a jurisprudência internacional, consultiva e contenciosa.

Ainda, verifica-se a impossibilidade de controle de constitucionalidade de norma pré-constitucional, que no caso, à Constituição de 1988, já que a análise será feita acerca de sua recepção ou não pela nova normatização. Portanto, a norma pré-constitucional materialmente incompatível com a CF/88 é considerada não recepcionada por esta, e conseqüentemente revogada. O que significa extrair que o Brasil não adotou a tese da inconstitucionalidade superveniente. Assim, para que haja a revogação de norma pré-constitucional, com base no argumento de não recepção, a cláusula de reserva de plenário⁶⁶ não precisa ser respeitada, já que não há controle de inconstitucionalidade, mas sim mera análise de recepção pela atual constituição.

O Supremo Tribunal Federal (STF) e a doutrina majoritária entendem que a invalidade é um fenômeno que não se altera no tempo. A alteração da norma superior não tem o condão de tornar válida uma norma originariamente inválida.⁶⁷

2. Das formas de controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade pode ser realizado diante de uma omissão, ocorre quando o legislador ordinário deixa de legislar sobre matéria, quando há norma constitucional de eficácia limitada⁶⁸. A inconstitucionalidade pode ser, nesse sentido, total ou parcial. Por outro lado, a inconstitucionalidade também pode ser realizada em razão de uma ação, que por sua vez ocorre quando o legislador afronta diretamente a constituição através de uma conduta comissiva.

A inconstitucionalidade por ação pode ser subdividida em duas formas: material ou formal. A material ocorre quando o conteúdo da norma infraconstitucional está incompatível com a Constituição Federal. Já a inconstitucionalidade formal relaciona-se com a incompatibilidade do procedimento legislativo utilizado ou com o requisito de competência. Salienta-se que, atualmente, a inconstitucionalidade material não diz respeito somente quanto ao conteúdo da lei ou do ato normativo frente à Constituição Federal, pois ela também se relaciona à análise da conduta do Poder Público no que tange ao excesso ou à insuficiência de sua atuação. Portanto, há uma análise da atuação do Poder

⁶⁶ A cláusula de reserva de plenário está prevista no artigo 97 da Constituição Federal de 1988, determinando que o julgamento da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, quando efetuada por tribunal, só será possível pelo voto da maioria absoluta dos seus membros ou dos membros de seu órgão especial (art. 93, XI CRFB/88), ou seja, pelo tribunal pleno.

⁶⁷ STF (RE 346.084/PR): "O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente."

⁶⁸ As normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que dependem de uma regulamentação e integração por meio de normas infraconstitucionais.

Público pela ótica do princípio da proporcionalidade (proibição do excesso conjugada com a proibição da proteção insuficiente).

A inconstitucionalidade formal, também conhecida por inconstitucionalidade nomodinâmica, exige um processo com várias etapas para que a lei ou ato normativo ingresse no ordenamento jurídico, dando, assim, a ideia de movimento. Pode ser: orgânica, diz respeito à incompetência para apresentar de tal matéria, tendo, como exemplo, uma determinada Lei Estadual que versa sobre processo civil. A matéria versada nesta lei estadual deveria ter sido editada apenas por meio de Lei Privativa da União, conforme o artigo 22, inciso I da CF/88; a inconstitucionalidade formal também pode ser balizada no descumprimento de pressupostos objetivos do ato, ocorrendo quando requisitos expressos na constituição federal para a produção de leis ou de atos normativos são descumpridos, tendo como exemplo: a exigência de que a edição de medida provisória deve estar fundamentada na relevância e na urgência; por fim, a inconstitucionalidade formal também pode estar contida na ideia propriamente dita, ocorrendo quando há o descumprimento de regras do processo legislativo.

Além disso, no controle de constitucionalidade brasileiro encontramos um sistema de controle preventivo e repressivo. No sistema preventivo, o controle é realizado antes de a norma estar pronta. Este controle pode ser caracterizado de 2 (duas) formas: político e judicial.

O controle político é realizado pelo Poder Legislativo, como, por exemplo, pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara dos Deputados/Senado Federal/Congresso Nacional; já o controle judicial, cabe pela intervenção do Poder Judiciário, com o objetivo de permitir que o regramento das elaborações das leis seja respeitado (devido processo legal), como é o caso de impetração de mandado de segurança por Parlamentar Federal no decorrer da sua atividade legiferante.

No nosso sistema podemos identificar também um controle preventivo e um repressivo. O controle preventivo se dá no processo de elaboração legislativa, através das comissões do Congresso Nacional, e da atuação do Presidente da República, na oportunidade da sanção ou veto da lei, por exemplo. Busca-se evitar que a norma eventualmente inconstitucional venha a integrar o sistema jurídico.

Por outra perspectiva, o controle repressivo se dá a partir da edição da lei. Depois de promulgada, com ou sem sanção, e publicada, a lei pode ser objeto de demanda constitucional. E neste controle temos dois critérios: o difuso e o concentrado.

3. Do controle concentrado/abstrato e difuso/concreto

O controle concentrado (também chamado de abstrato, em tese ou objetivo) trata da utilização da baliza/parâmetro constitucional pelos legitimados ativos, presentes no artigo 103 da Constituição Federal, frente a norma jurídica, não tendo como pano de fundo um caso em concreto específico, mas sim a possível aplicação genérica da norma violadora do ordenamento jurídico constitucional, tendo, inclusive, a autoridade ou órgão responsável pela elaboração da lei ou do ato normativo como sujeito/legitimado passivo.

O controle difuso (também chamado de concreto, aberto ou via de exceção), significa que qualquer órgão do Poder Judiciário poderá proferir decisão acerca da inconstitucionalidade de dispositivo legal, utilizando-se como parâmetro a Constituição Federal atual ou anterior (esta tendo como objeto a lei anterior, sendo a análise estritamente de recepção com a nova constituição ou análise de inconstitucionalidade sobre uma constituição já revogada) ou posterior (análise de inconstitucionalidade com relação à nova Carta Magna).

Em razão disso, há de se afirmar que o Brasil adotou sistema misto/híbrido. Ressalta-se que para o controle abstrato/concentrado adotou-se o sistema de matriz austríaca de Hans Kelsen. Por outro lado, no controle concreto ou difuso, adotou-se o sistema de matriz americana.

Com base nisso, verifica-se que os efeitos clássicos das 2 (duas) espécies acima estão sofrendo uma modulação/modificação da jurisprudência com o intuito de adequar as decisões aos anseios e a melhor aplicabilidade aos casos em discussão. Pela visão tradicional, o controle concentrado é realizado, em tese, pelo STF, de forma abstrata, nas hipóteses em que a lei ou o ato normativo violar diretamente a CF/88, produzindo, como regra, os seguintes efeitos: *ex tunc* (decisão que produz efeitos retroativos, atingindo situação anterior); *erga omnes* (decisão é aplicada indistintamente a todos); e vinculante, com aplicação obrigatória. Portanto, a declaração se implementa de modo principal, constituindo o objeto do julgamento.

Por outro lado, como já apontado, o controle difuso/concreto pode ser realizado por qualquer juízo ou Tribunal (inclusive o Pretório Excelso), em um caso concreto/subjetivo, produzindo, como regra, os seguintes efeitos: *ex tunc*, *inter partes*, aplicando-se apenas àquelas pessoas objeto da demanda; e não vinculante, sem aplicação obrigatória. A arguição de inconstitucionalidade se dá de modo incidental, constituindo questão prejudicial.

No que tange especificamente ao controle difuso/concreto, o Supremo Tribunal Federal, a partir de 2017, por meio do julgamento da ADI 3.406/RJ e ADI 3.470/RJ, com relatoria da Ministra Rosa Weber, verbete presente no informativo apresentado pelo STF, de número 886, passou a acolher a teoria da abstrativização do controle difuso. Essa teoria significa dizer que se o Plenário do STF decidir pela constitucionalidade ou

inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ainda que em controle concreto, em que há interesse das partes, a decisão terá os mesmos contornos e efeitos do controle concentrado/abstrato, com aplicabilidade e eficácia *erga omnes* e vinculante.

Com base nessas decisões, devemos observar e analisar as características da mutação/modulação de efeitos promovidas pelo STF, além de verificar se houve ou não um ativismo judiciário e a ampliação, de fato, dos efeitos jurídicos das decisões judiciais.

4. Da abstrativização do controle difuso.

A Abstrativização do controle difuso preconiza que, se o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidir pela inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ainda que em controle difuso, essa decisão terá os mesmos contornos do controle concentrado, ou seja, a decisão terá eficácia *erga omnes* e vinculante. Para essa corrente, o artigo 52, inciso X, da Carta Magna de 1988⁶⁹ sofreu uma mutação constitucional e, portanto, deve ser reinterpretado. Dessa forma, o papel do Senado Federal, atualmente, é apenas de dar publicidade à decisão do Pretório Excelso.

Todavia, nem sempre foi assim. Os efeitos decorrentes do controle difuso, instrumento utilizado em demandas que tem como pano de fundo um caso em concreto em discussão, apenas tinha aplicação ao próprio caso em concreto (efeito *inter partes*), sem que tivesse a extensão dessa situação para outras relações jurídicas, a fim de não trazer surpresas e atingimento a outros casos, que não o analisado em concreto.

A doutrina tradicional sempre sustentou que:

“se a declaração de inconstitucionalidade ocorre incidentalmente, pela acolhida da questão prejudicial que é fundamento do pedido ou da defesa, a decisão não tem autoridade de coisa julgada, nem se projeta, mesmo *inter partes* — fora do processo no qual foi proferida” (BUZAID, 2008, p. 23/24).

Nesse sentido, a suspensão da execução da lei por ato do Senado Federal, conforme preconiza o artigo 52, inciso X da Constituição Federal de 1988, era uma faculdade do Senado Federal, segundo a corrente majoritária⁷⁰, nas causas em que o STF declarou a inconstitucionalidade de leis em decorrência de um caso concreto apresentado em recurso extraordinário. Ainda, o efeito da resolução, em regra, era *ex nunc*, apenas com efeitos dali para frente.

⁶⁹ Art. 52, inciso X da CF/88: “Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”;

⁷⁰ Nesses termos: André Ramos Tavares, Alfredo Buzaid, Celso Ribeiro Bastos e etc.

Ademais, a resolução emitida pelo Senado Federal tinha como principais características: apenas ocorria no controle incidental; não havia prazo para a sua elaboração; diante da lacuna da constituição, a suspensão da execução era considerada irretratável; e a resolução estava sujeito a controle.

Todavia, verifica-se que a jurisprudência trouxe 3 (três) exceções a essa regra, quais sejam: no âmbito de interposição de recurso extraordinário no Pretório Excelso derivado de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) Estadual, no caso de norma de reprodução obrigatória da Carta Magna na Constituição Estadual. Uma segunda hipótese tem como aplicabilidade na interposição de recurso extraordinário que reinterpreta decisão anterior de ADI, ou seja, o recurso extraordinário atua como sucedâneo (substitutivo) de decisão anterior de ADI. Por fim, há a situação de mutação constitucional, que teve como origem o julgado presente no informativo 886 do STF, datado de 2017.

Para a doutrina especializada, tendo como expoente Gilmar Mendes, leciona:

“(…) possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica ‘reforma da Constituição sem expressa modificação do texto’ (MENDES, 2019, p. 149/168).

Buscando a sua origem na doutrina alemã, o professor Pedro Lenza, citando Uadi Lammêgo Bulos, denomina mutação constitucional como:

“(…) o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da Constituição, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (construction), bem como dos usos e dos costumes constitucionais” (LENZA C/C BULOS, 2019. p. 244).

Por sua vez, Luís Roberto Barroso, aduz que:

“(…) a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse

novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular”. (BARROSO, 2019, p. 126-127.).

Além disso, verifica-se que Celso de Mello⁷¹ aponta que o STF fez uma verdadeira mutação constitucional com o objetivo de deflagrar e expandir os poderes do STF com relação à jurisdição constitucional. Portanto, a nova interpretação do art. 52, X, da CF/88 é a de que o papel do Senado Federal, no controle de constitucionalidade, é basicamente o de, mediante publicação, divulgar a decisão do STF. A eficácia vinculante decorrente, inevitavelmente, da decisão da Corte.

Nessa mesma linha, o saudoso professor Teori Albino Zavascki, também em sede doutrinária, sustentava a transcendência, com caráter vinculante, de decisão sobre a constitucionalidade da lei, mesmo em sede de controle difuso.

A decisão de tornar as decisões formadas nos processos subjetivos, em que há interesse das partes na solução do conflito, como vinculantes e com efeito *erga omnes*, parte da premissa de evitar anomias e fragmentações da unidade, diminuindo-se a desestabilização da segurança jurídica, muito provocada por decisões judiciais dissonantes, marca peculiar de nosso sistema.

Com base nisso, podemos verificar, inclusive, a presença de dispositivos legais que buscam o fortalecimento e a unidade harmônica no sistema jurídico, com a recente inauguração do Código de Processo Civil em 2015, conforme se verifica no artigo 535, § 5º:

“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:

III - inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

§ 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

⁷¹ Informação extraída do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.jus.br/portal/publicacaoTematica/verTema.asp?lei=5235>

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.”.

Ressalta-se que, por fim, que a nomenclatura “abstrativização do concreto difuso” não foi utilizada expressamente pelo Supremo Tribunal Federal, todavia, é certo afirmar que a Corte Suprema começou a adotar esse fenômeno em suas decisões. Ademais, por outro lado, não podemos afirmar categoricamente que o STF adotou a teoria da transcendência dos motivos determinantes, sendo permitido afirmar que se passou a adotar uma posição muito próxima à teoria, pois além dos motivos determinantes (*ratio decidendi*), o dispositivo da decisão também é estendido aos demais casos.

5. Considerações Finais

Diante de todo o exposto, o presente artigo científico analisou as modulações promovidas pelo STF e sua inclinação no sentido de ampliar os efeitos das decisões judiciais proferidas no controle em concreto/difuso para além das partes envolvidas na demanda. A tendência aqui observada tem sido uma prática corriqueira pelo STF, destacando-se importantes decisões que visam aumentar a segurança jurídica e evitar a criação de entendimentos dissonantes na jurisprudência, promovendo a harmonia no sistema e valorizando os precedentes.

Com base nisso, o STF reduz a função do Senado Federal no âmbito do controle de constitucionalidade, tomando uma postura proativa com o objetivo de salvaguardar os preceitos constitucionais basilares e promovendo a igualdade e a isonomia, além de proporcionar, inegavelmente, a celeridade processual, tendo em vista que a decisão da Corte já basta em si para a produção de efeitos para outros interessados, que não estão envolvidos na demanda processual em discussão.

Todavia, de outro lado, verifica-se uma forte crítica a postura vanguardista do STF, podendo gerar ruídos relacionados aos princípios constitucionais, que são, de certa forma, afetados e podem ser banalizados pelas decisões advindas do ativismo judicial promovida pela a mais alta Corte de nosso sistema democrático, como é o exemplo da Separação dos Poderes, devendo, para alguns, estar sujeito a limitações, para que não haja o extrapolamento de seu papel constitucional.

Portanto, diante das 2 (duas) posições aqui esposadas, verifica-se que a abstrativização do controle difuso foi adotada em boa hora, tendo em vista a fragilidade e a dissonância de decisões judiciais que aplicavam, para casos semelhantes, decisões diametralmente opostas. Com relação à violação de alguns preceitos constitucionais, a crítica formulada em face ao ativismo judiciário tem razão, muito pelo fato que a interpretação realizada pelo STF deve sempre ter como norte a força normativa da

Constituição, bem como pela máxima efetividade às normas constitucionais, devendo sofrer limitações para que não haja o extrapolamento de suas funções, sem invadir as atribuições dos outros poderes.

6.Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada: jurisprudência e legislação infraconstitucional em vigor**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

ZAVASCKI, T. A. Zavascki. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.

O ENFRENTAMENTO DO TRÁFICO DE DROGAS E A POLÍTICA NACIONAL DE COMBATE AS DROGAS

JOEBERTH DE CARVALHO RODRIGUES:
bacharelado em Direito pela UNISULMA - IESMA

CLÓVIS MARQUES DIAS JÚNIOR

(orientador)

RESUMO: O objetivo deste artigo é analisar a Lei nº 11.343/2006 e a política nacional de combate ao tráfico ilícito de drogas. Para este fim, na pretensão de alcançar um melhor resultado das técnicas e métodos utilizados na pesquisa, foram feitos a princípio um estudo bibliográfico, que foi fundamentado em leituras diversas, como: doutrinas e leis pertinentes ao tema, com a finalidade de causar a interpretação e comparação de ideias. O estudo mostrou que, apesar da lei antidrogas ter feito da prevenção um de seus pilares, ainda há muito a ser feito para alcançar um verdadeiro sucesso, já que se descobriu que a origem do problema está principalmente relacionada às consequências da exclusão social devido à falta de políticas públicas voltadas principalmente para as famílias e os jovens.

Palavras-chaves: Política Nacional sobre Drogas; Tráfico de Drogas; Lei Antidrogas.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O TRÁFICO DE DROGAS. 3 O DELINEAMENTO DA POLÍTICA NACIONAL ANTIDROGAS. 4 A LEI ANTIDROGAS E AS MEDIDAS PARA PREVENÇÃO DO USO INDEVIDO E NORMAS PARA REPRESSÃO AO TRÁFICO. 5 A (IN)EFETIVIDADE DAS ALTERAÇÕES FEITAS PELA LEI 11.343/06, NO ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE DROGAS RELACIONADO AOS OBJETIVOS PAUTADOS PELA POLÍTICA NACIONAL SOBRE DROGAS. 5.1 Enfrentamento ao tráfico sob a ótica jurisprudencial: Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD. 5.2 Uma avaliação das mudanças no cenário da Política Nacional sobre Drogas. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O consumo e o tráfico de drogas são apontados por pesquisas como uma das principais causas de aumento da violência no mundo inteiro. O tráfico de drogas não é um crime isolado, cada dia se articula em um sistema cada vez mais organizado, financiando outros atos criminosos e violentos (ALMEIDA, 2012).

Neste contexto, pode-se observar que o investimento financeiro na luta contra este crime aumentou na mesma proporção dos traficantes e usuários. Para minimizar o impacto do uso ilícito de drogas sobre a saúde e a violência nas cidades, foram implementadas políticas públicas de combate ao tráfico e uso de drogas (BOARINI; MACHADO, 2013).

Isto mostra como é importante refletir sobre o crime do tráfico de drogas e suas consequências, pois combatê-lo é uma necessidade premente. O enfrentamento deste problema requer uma política pública dinâmica e eficaz que aborde todos os aspectos do problema, e especialmente suas causas.

Dessa forma, o objetivo deste artigo é analisar a Lei nº 11.343/2006 e a política nacional de combate ao tráfico ilícito de drogas respondendo ao seguinte questionamento: como está delineada a Política Nacional Antidrogas e como ela contribui para o combate ao tráfico ilícito de entropedentes. A pesquisa parte de uma revisão de literatura de artigos, monografias e livros sobre a temática, bem como realiza a análise documental dos textos normativos sobre o assunto.

2 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O TRÁFICO DE DROGAS

Para ir a fundo na discussão do tema deste estudo “Combate ao tráfico de drogas”, antes de tudo, precisa-se saber o que são drogas e como acontece o tráfico de drogas. As drogas vêm de princípio das plantas e é por isso que o homem as tem usado para manter seu vício. Hoje, as drogas são substâncias ilegais porque são viciantes e podem causar sérios problemas no organismo, além de serem uma ameaça para a sociedade.

Segundo a Organização Mundial da Saúde (2008), as drogas têm a capacidade de alterar quase todas as funções do corpo humano quando ingeridas, já que estas substâncias causam mudanças no comportamento e na consciência do ser humano. Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 82) afirma que:

A medicina tem um lado oculto que a torna um mito. A autora afirma que a ampla disseminação de informações distorcidas levou a uma confusão de conceitos morais, dados imprecisos e sensacionalistas, que contribuem para associar a noção de drogas com a ideia do desconhecido, tabu, medo e responsabilidade por todos os males que afligem a sociedade moderna.

A venda de substâncias como a cocaína e a maconha é proibida porque, segundo as autoridades reguladoras, são as mais consumidas, o que as torna muito seletivas.

Entretanto, nos anos 1970, as drogas se tornaram um meio de tráfico no âmbito do crime organizado e, posteriormente, houve um mandato de criminalização, que está contido no Artigo 5º da Constituição de 1988 em seu inciso XLII:

Como crimes não puníveis e não sujeitos a perdão ou anistia, tortura, tráfico de drogas e instrumentos relacionados, terrorismo e crimes qualificados como atozes, pelos quais seus promotores, seus autores

e aqueles que poderiam tê-los evadido e não o fizeram devem ser julgados (BRASIL, 1988).

Nestas circunstâncias, o legislador promulgou a(s) lei(s) contra o tráfico de drogas e entorpecentes, e o crime acusado não é punido com penas de prisão, pois pode ser perdoado ou amnistiado, e o tráfico é assimilado pela jurisprudência a um delito.

Entretanto, a Lei nº 11.343/2006 promulgou o artigo 33 da Lei de drogas, que define a prática do crime de tráfico de drogas como a importação, embarque, expedição, preparação, fabricação, aquisição, venda, oferta para venda, armazenamento, transporte, trazendo, trazendo, prescrição, fornecimento para consumo ou fornecimento, mesmo gratuito, sem licença ou em violação a uma disposição legislativa ou normativa (BRASIL, 2006).

É fulcral notar que a Lei nº 11.343 de 2006, desde sua promulgação, foi criada como forma de instrumento de enfrentamento ao tráfico de drogas, através da criação do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), que preferiu fortemente introduzir penas mais rigorosas para o tráfico de drogas e para a associação “despenalizou”, (CARVALHO, 2015) e seu uso, que ainda é considerado crime, mas não é mais punível com prisão (Artigo 28 da Lei de Drogas). Desde então, o tráfico é punido com um mínimo de cinco e um máximo de quinze anos de prisão.

3 O DELINEAMENTO DA POLÍTICA NACIONAL ANTIDROGAS

No cenário global, a cada dia há mais desenvolvimento tecnológico e cultural, mas pode-se ver que na mesma proporção houve um aumento em um dos problemas que mais aflige a humanidade: o consumo de drogas e, conseqüentemente, o tráfico de drogas. Este ocorre em todo o mundo, sem distinção, e não poupa classe social e nem gênero (LIMA, 2015). Logo, os países estão buscando meio para combater este problema, mas ainda parece haver uma lacuna entre as estratégias escolhidas para combatê-lo e seu crescimento real e geométrico.

Marcão (2019) relata que o Brasil é atualmente o segundo maior consumidor mundial de cocaína, depois dos Estados Unidos. Fronteiras porosas, dificuldades econômicas e, mais recentemente, o levantamento das restrições ao cultivo da cocaína na Bolívia desde que o presidente Evo Morales chegar ao poder em 2006, contribuíram para o crescimento da droga. O resultado tem sido a democratização da cocaína nesta parte da América do Sul, que se tornou um lixão para esta droga ser mais barata e de menor qualidade.

Isto demonstra a persistência do problema da droga, apesar dos investimentos governamentais para combatê-la. Entretanto, Gomes, et al., (2017) advertem que o fracasso

das políticas de criminalização de usuários e traficantes não parece afetar o apoio público. Este paradoxo destaca a importância de analisar e avaliar as políticas públicas que muitas vezes se baseiam unicamente no combate à desordem social causada pelo usuário e/ou traficante de drogas.

Hoje, como se percebe, as drogas são um problema que deve ser tratado pelas políticas públicas, e as sociedades modernas optaram pela repressão legal como uma ferramenta para administrar os custos externos associados às escolhas morais dos usuários de drogas e às estratégias dos traficantes.

Thums e Pacheco Filho (2015), apontam que a prevenção e repressão do tráfico e consumo de drogas se tornou um grande desafio no mundo de hoje, exigindo uma ampla mobilização de vários Estados, incluindo os principais produtores da Ásia e América Latina, bem como os Estados da América do Norte e Europa que possuem os principais mercados consumidores. De acordo com os autores supramencionados, as políticas de fiscalização se baseiam em duas premissas:

1. A finalidade do direito penal e, portanto, do controle estatal sobre atos privados;
2. A consideração dos elementos instrumentais e simbólicos que influenciam a formação e implementação de políticas públicas.

Segundo Thums e Pacheco Filho, o uso e o tráfico de drogas são atos classificados como crimes nos Códigos Penais Contemporâneos. A lógica da criminalização se baseia na postulação da natureza criminógena das drogas e dos custos externos do vício privado. Mas eles argumentam que: "se é um crime, deve haver uma vítima para denunciá-lo à polícia, se não há vítima para denunciar o traficante ou a banca, não há crime" (THUMS; PACHECO FILHO, 2015, p. 135).

Desse modo, a perspectiva repressiva ressalta apenas a persistência do "velho" fundamentalismo no direito penal moderno: Os "crimes sem vítimas" não são crimes porque são o resultado de pensamentos deliberados de perpetradores autônomos e não têm nada a ver com consequências sociais, o verdadeiro problema, segundo os liberais, não é o vício, mas a prisão e estigmatização do viciado. A criminalização do vício é a intromissão não autorizada do Estado na vida privada das pessoas (AVELINO, 2010).

Para o autor acima mencionado, é uma política de criminalização de certas drogas porque não inclui o álcool, cristalizado em um sistema "auto-referencial" que é ideologicamente e materialmente reproduzido. Este sistema, essencialmente baseado em uma perspectiva jurídicopenal, está associado a uma perspectiva médico- médico-psiquiátrica. O resultado de tudo isso é que, nesta "política", o problema das drogas é sempre entendido como um "caso de polícia" ou de "doença mental".

Maria Paula Dallari Bucci argumenta, no entanto, que as políticas de combate ao uso e tráfico de drogas devem se concentrar na saúde física e moral da sociedade. A autora prossegue explicando que:

Reconhecendo que o uso médico de drogas continua sendo essencial para o alívio da dor e do sofrimento e medidas apropriadas devem ser tomadas para assegurar a disponibilidade de drogas para esses fins. Reconhecendo que a dependência química é um grande perigo para o indivíduo e um mal social e econômico para a humanidade, consciente de seu dever de prevenir e enfrentar esse mal, acreditando que medidas contra o uso indébito de drogas, para serem eficazes, requerem uma ação abrangente e universal (BUCCI, 2013, p. 83).

Este ponto se encerra com a ideia de que ele reflita a evolução da política de drogas. O próximo item é dedicado à Lei de Drogas nº 11.343/06 e o Combate ao tráfico sob a ótica jurisprudencial dando enfoque ao Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD.

4 A LEI ANTIDROGAS E AS MEDIDAS PARA PREVENÇÃO DO USO INDEVIDO E NORMAS PARA REPRESSÃO AO TRÁFICO

Com a indignância de apresentar uma versão final do que seria a nova Lei de Drogas, especialistas técnicos de diferentes setores dos poderes legislativo e executivo criaram um grupo de trabalho com o objetivo de desenvolver um novo substituto para o projeto de lei. Os temas a serem propostos pelo grupo interdisciplinar pretendiam cobrir uma ampla gama de experiências em conhecimento de drogas (COELHO, 2019).

O Projeto de Lei nº. 7.134/2002 teve uma longa e difícil jornada para se tornar a Lei nº. 11.343/2006. Por um lado, buscou uma abordagem mais moderna e detalhada, estabelecendo uma política pública moderna e relevante baseada na coleta, análise e disseminação de informações sobre drogas, mas não estabeleceu critérios objetivos para distinguir usuários de traficantes, delegando esta tarefa ao legislador, executor da lei, o que gerou distorções e, portanto, injustiças (LIMA, 2015).

A preocupação com a reintegração social dos usuários e dependentes de drogas é evidente, assim como a responsabilidade da rede de saúde pública na criação e melhoria dos programas de atendimento aos usuários e dependentes químicos. Juliana Thomazini Nader Simões (2014, p. 144) instrui que “o traficante de drogas se torna um “caso de polícia” e objeto de sanções desproporcionais, arbitrárias e não relacionadas; o consumidor é tratado como um problema médico”.

A nova lei de drogas, abriu um caminho sem precedentes para lidar com uma questão tão complexa e sensível no sistema jurídico. Se antes a abordagem era mais repressiva e penalizante, desde 2006 esta lógica foi invertida. O legislador se tornou mais preocupado com o aspecto sociológico da questão, considerando que não se trata apenas de uma questão de direito penal.

As circunstâncias foram o fator determinante para o desenvolvimento da política antidrogas a ser adotada pelo legislador. Ela envolve aspectos criminológicos, econômicos, sociais, políticas públicas e uma série de outros fatores que contribuem para a disseminação das drogas no país. Por estas razões, ela está de acordo com a realidade atual (SIMÕES, 2014).

O artigo 28 da lei não mais pune os usuários com prisão, mas com várias medidas alternativas que são mais administrativas do que penais. No artigo anterior da lei, quem adquiriu, possuía ou transportava para uso próprio substâncias legalmente classificadas como drogas era punido com 6 a 2 anos de prisão e uma multa (BRASIL, 2006).

Não há possibilidade de tentativa neste ato do referido artigo, de acordo com a maioria da doutrina, é suficiente que uma das infrações seja concluída para que seja considerada um crime. No caso de mais de uma conduta, ele ainda seria responsável por apenas uma infração. Entretanto, se um agente comprar três porções diferentes de drogas (por exemplo, lança-perfume, maconha e cocaína), haverá três infrações diferentes, já que uma conduta não está relacionada com a outra, dada a diversidade do material (CARVALHO, 2016).

É essencial observar cuidadosamente o §2º do artigo 28, no qual a quantidade de drogas não é o único elemento que será levado em conta para qualificar a conduta do crime de posse ilícita de drogas para uso pessoal ou tráfico, pois todos os elementos descritos nesta seção serão analisados em conjunto, assim como a natureza, o lugar, as circunstâncias sociais e pessoais, o comportamento em que o ato ocorreu e as condutas e ações anteriores dos agentes.

A lei aboliu o princípio da liberdade dos delegados de polícia, o que significa que o consumidor de uma substância proibida é imediatamente levado perante um juiz competente, uma devolução descrita nas palavras da autora Juliana França David: "Um erro grave e uma medida desnecessária, dado o tamanho do Brasil, porque não há juiz, 24 horas por dia, na JECRIM e não há JECRIM em todos os estados" (DAVID, 2018, p. 72).

Nos artigos 19 e 20, a lei implementou claramente uma política de redução de danos quando começou a distinguir entre traficantes profissionais e eventuais que vendem drogas para uso próprio, e que agora têm direito a uma redução significativa em sua

sentença (BRASIL, 2006). No entanto, no que diz respeito à abordagem caracteristicamente proibicionista do Brasil, pouco progresso foi feito.

De acordo com Saulo de Carvalho:

Apesar das mudanças significativas no modelo legal de criminalização, particularmente através da implantação da proibição em muitas hipóteses típicas e do processo de descriminalização da conduta de posse para uso pessoal, pode-se dizer que a base ideológica da Lei nº 11.343/06 deixa inalterado e reforça o sistema proibicionista inaugurado pela Lei nº 6.368/76 (CARVALHO, 2016, 128).

Mesmo diante de várias alternativas à proibição, quando a Lei de Drogas foi publicada e promulgada, sendo uma delas a redução de danos, a opção legislativa foi a de manter a ideologia proibicionista em vigor desde os anos 1970, reiterando a já mencionada política criminal para tutelar a questão das drogas.

O artigo 33 contém os mesmos 18 verbos do artigo 12 da Lei nº. 6.368 de 1976, portanto, esta conduta ainda seria considerada como tráfico. A intenção do legislador era impossibilitar a substituição de uma pena de privação de liberdade por uma pena de restrição de direitos (CARVALHO, 2016).

É claro que a lei trata os traficantes de drogas de forma desproporcional em relação a outros tipos de crimes, como homicídio, onde o infrator pode receber uma sentença menor do que o traficante de drogas. A pena 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa como explica (MARCÃO, 2019).

Com relação à discussão sobre o procedimento a ser seguido no cultivo ou colheita de plantas para a preparação de medicamentos, a Lei nº 11.343/06 colocou um fim a este debate, estabelecendo o seguinte procedimento típico no artigo 28 §1º: "Quem semeia, cultiva ou colhe para uso próprio plantas destinadas à preparação de pequenas quantidades de substâncias ou produtos suscetíveis de causar dependência física ou mental, está sujeito às mesmas medidas" (BRASIL, 2006).

O §4º deste artigo estabelece os fundamentos para a redução da sentença para as ofensas do caput e do §1º. Assim, um suspeito principal em situação regular que não seja membro de uma organização criminosa deve ter sua sentença reduzida de 1/6 para 2/3 (BRASIL, 2006). Este é um direito subjetivo do réu, que tem direito a uma redução se as condições forem cumpridas.

O artigo 36 criminaliza o financiamento do tráfico de drogas como um crime comum, punível com uma pena mais severa do que o tráfico de drogas. O projeto de lei

criou uma espécie de lei para quem financia o narcotráfico, com penas mais severas. As intenções do legislador são boas, mas segundo o promotor Ricardo Antônio Andreucci, ao criminalizar no artigo 36 o comportamento daqueles que financiam o tráfico de drogas, o projeto só reforça a disposição já existente no artigo 12, § 2º, III, da Lei nº 6.368/76, Ricardo menciona:

Não acredito que esta medida tenha qualquer efeito prático no Brasil, onde, infelizmente, as autoridades ainda desconhecem a gravidade do problema das drogas e o tratam como um mero problema social. O tráfico de drogas no Brasil não vai diminuir porque, apesar do aparente endurecimento das penas, ainda temos uma das legislações mais fracas do mundo, o que faz de nosso país um destino para os traficantes internacionais estabelecerem suas bases criminosas (ANDREUCCI, 2021, p. 145).

Sabe-se que o financiamento e a capacidade econômica são os principais motores do tráfico de drogas e do crime organizado. A repressão aos crimes que envolvem estes comportamentos é plenamente justificada. Para que o crime de financiamento seja qualificado, deve haver evidência de dependência do tráfico para com o financiador, o que o caracteriza como um crime habitual (ANDREUCCI, 2021).

Os casos em que a pena é aumentada de 1/6 para 2/3 são previstos para os crimes contemplados nos artigos 33-37, no artigo 40 abaixo:

As penas previstas nos artigos 33 a 37 desta lei serão aumentadas de um sexto para dois terços, se:

- I - a natureza e origem da substância ou produto apreendido e as circunstâncias sob as quais a ofensa foi cometida indicarem a natureza transnacional da ofensa;
- II - o infrator comete a infração no exercício de uma função pública ou no exercício de uma função educacional, familiar, de tutela ou de supervisão;
- III - o delito é cometido em ou próximo a uma prisão, instituição educacional ou hospitalar, instituição estudantil, social, cultural, recreativa, esportiva ou caritativa, oficina coletiva, local de entretenimento ou performance de qualquer tipo, tratamento de drogas ou serviço de reabilitação social, unidade militar ou policial ou em transporte público;
- IV - o crime foi cometido com violência, ameaça grave, uso de armas de fogo, intimidação generalizada ou coletiva;

V - a prática envolve o comércio entre os Estados da Federação ou entre estes Estados e o Distrito Federal;

VI - a prática envolve ou é dirigida a crianças ou adolescentes ou pessoas que, por qualquer razão, têm uma capacidade diminuída ou suprimida de entender e tomar decisões;

VII - o infrator financia ou apoia o financiamento da prática (BRASIL, 2006).

No caso da redução da pena mencionada no artigo 41, esclarece-se que somente as pessoas que cooperam na luta contra o tráfico de drogas têm direito a ela. A pena reduzida exige que o informante ajude a identificar outras pessoas envolvidas no crime e, se possível, a recuperar os proventos do crime.

A atual lei de drogas tem sido alvo de muitas críticas, apesar das inovações que introduziu. A Lei nº 11.343/2006, ratificada pelo Presidente da República, acrescenta novos crimes e penas aos já previstos na Lei nº 6.368/76, a fim de adaptar as sanções aos comportamentos menos nocivos associados ao tráfico de drogas. Trata o usuário de drogas como um sujeito a ser reabilitado e não como um criminoso, e procura abordar o financiador do tráfico ilícito, uma figura mais perigosa que merece ser tratada com maior severidade (GOMES, 2017).

Entretanto, o número de pessoas encarceradas por crimes relacionados às drogas tem aumentado consideravelmente. Diante deste aumento, é necessário um modelo ainda menos repressivo. O aumento do tráfico de drogas e seu financiamento está causando o colapso do sistema penitenciário devido à superlotação. Como resultado, o Estado é imposto a um sistema carcerário não confiável sem poder controlar e manter os próprios prisioneiros, que podem dirigir o contrabando ou mesmo organizações criminosas apesar de estarem na prisão. Estas situações também permitem que os prisioneiros obtenham e troquem drogas dentro da prisão.

5 A (IN)EFETIVIDADE DAS ALTERAÇÕES FEITAS PELA LEI 11.343/06, NO ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE DROGAS RELACIONADO AOS OBJETIVOS PAUTADOS PELA POLÍTICA NACIONAL SOBRE DROGAS

A Lei nº 11.343/06, embora muito criticada, permitiu uma nova abordagem do problema da utilização indevida de drogas, a começar pela adoção de uma política mais humana para combater este flagelo, já que oferece um novo tratamento aos usuários e, ao mesmo tempo, uma abordagem mais estrita do tráfico de drogas. Entretanto, é claro que até agora não há sinais de melhoria no cenário nacional no que diz respeito a este problema. O tráfico de drogas está em ascensão, e com ele a violência urbana. Portanto,

pode-se dizer que a tão discutida lei antidrogas não atingiu seu objetivo (THUMS; PACHECO FILHO, 2015).

É verdade que se trata de uma nova legislação, mas não se deve esquecer que muitas disposições derivam do que foi feito em leis especiais. Em outras palavras, a incapacidade de lidar com este flagelo que devora a sociedade pode ter sua origem na falta de uma estrutura social brasileira, onde o governo investe muito pouco em educação, trabalho, lazer e saúde.

Nesta perspectiva, este capítulo examinará a eficácia (ou ineficácia) das emendas propostas pela Lei 11.343/06 em relação aos objetivos estabelecidos pela Política Nacional de Drogas.

5.1 Enfrentamento ao tráfico sob a ótica jurisprudencial: Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD

A lei de drogas (11.343/06), criou o SISNAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas), que aboliu o método de punição dos usuários de drogas e reforçou a repressão ao tráfico de drogas. Esta legislação substituiu a Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, e a Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002, que criminalizou o tráfico de drogas. A Lei nº 6.368/1976 tornou-se obsoleta e precisou ser modificada, pois a sociedade e o direito penal passaram por uma série de mudanças importantes desde então. Neste diapasão, a Lei nº 10.409/2002 visou prevenir, tratar, controlar e suprimir a produção e uso de substâncias e drogas ilegais que levam à dependência física ou psicológica (BAPTISTA, 2019).

Em vista das múltiplas interpretações acima mencionadas destes textos legislativos, entrou em vigor a famosa Lei nº 11.343/06, que, ao mesmo tempo em que resolvia as contradições, unificou e preservou o regime de sanções estabelecido pela legislação anterior. Como resultado, o crime de tráfico de drogas foi assimilado a um crime grave e sujeito a penas mais adequadas na Lei nº 8072 de 25 de julho de 1990, a Lei dos crimes hediondos é o que ensina (BOARINI; MACHADO, 2013).

Em um contexto semelhante, a Constituição Federal de 1988 contribuiu para um tratamento mais rigoroso dos crimes graves e seus equivalentes, proibindo o acesso ao perdão, amnistia e clemência. Nesses termos, Greco (2014, p. 123) explica que:

Crimes hediondos a fim de fortalecer a eficácia dos instrumentos legais contra os crimes mais graves, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu que crimes qualificados como violentos são considerados não-criminais e não estão sujeitos a perdão ou anistia (Art. 5º, inc. XLIII).

A Lei nº 11.343/2006 introduziu várias inovações, dando um passo importante na política de drogas, passando de um modelo de política repressiva para uma política europeia voltada para a redução de danos e, especialmente, para a recuperação e prevenção dos usuários.

Outro desenvolvimento importante foi a descriminalização do artigo 28 da Lei de drogas (Lei 11.343/2006), o que significa que uma pessoa apanhada em posse de drogas para uso pessoal (usuário de drogas) não é mais punível e, portanto, não recebe uma pena de prisão. O legislador quis "despenalizar", mas não no sentido de "descriminalizar", e sim tratar o usuário de drogas como um problema de saúde pública sem impor penas de prisão (BOARINI; MACHADO, 2013).

Quanto ao traficante de drogas, a lei aumentou a pena mínima em abstrato para o crime de tráfico de drogas. Embora a Lei de drogas esteja em vigor há mais de dezesseis anos, ela continua a ser de grande importância para o sistema jurídico, dado o aumento do tráfico de drogas no país.

Neste contexto, o objetivo do SISNAD (Artigo 3º) é unificar, constituir e coordenar as atividades relacionadas à prevenção da má utilização, cuidado e reintegração social dos usuários e viciados em drogas, bem como a supressão da produção e do tráfico ilícito de drogas. O artigo 1º prescreve medidas para a prevenção, cuidado e reintegração social de usuários e dependentes de drogas, estabelece regras para a repressão da produção e do tráfico de drogas ilícitas, e define os delitos criminais (BRASIL, 2006).

Renato Marcão (2019) entende que a Resolução nº 03 de 27 de outubro de 2005, que estabeleceu a Política Nacional de Drogas, estabeleceu os seguintes princípios e objetivos: procurar incessantemente o ideal de uma sociedade livre do uso e abuso de drogas ilícitas; reconhecer as diferenças entre usuário, abusador, viciado e traficante e tratá-los de forma diferente, tratar da mesma forma, sem discriminação, as pessoas que usam ou abusam de drogas ilícitas ou legais.

A resolução também inclui diretrizes de prevenção a serem seguidas pelo SISNAD através do CONAD (Conselho Nacional de Drogas), em particular a prevenção eficaz, resultante de um compromisso de cooperação e parceria entre diferentes setores da sociedade brasileira e autoridades públicas, federais, estaduais e municipais, baseado na filosofia de responsabilidade compartilhada com a criação de redes sociais destinadas a melhorar as condições de vida e a promoção da saúde em geral (MARCÃO, 2019).

Outra diretriz proposta é a inclusão de processos de avaliação permanente das medidas preventivas implementadas pelo governo (federal, estadual e municipal), considerando as características específicas de cada região. Desde a entrada em vigor da lei, as medidas governamentais têm tentado implementar os planos do SISNAD, mas

também encontraram resistência das autoridades responsáveis e dos consumidores na luta contra o abuso de drogas ilícitas. Em alguns casos, o governo adotou medidas mais severas para conter o uso de drogas, como a internação compulsória (BAPTISTA, 2019).

A internação compulsória é uma medida rigorosa contra o uso de drogas, principalmente destinada ao tratamento de dependentes químicos e introduzida pela Lei 10.216/01. A melhor e mais eficaz maneira de tratar os dependentes de drogas é comprometê-los com clínicas especializadas com tratamento específico, uma vez que as drogas têm um enorme poder destrutivo sobre o corpo humano (BAPTISTA, 2019, p. 13).

Comentando a citação de Baptista, embora a necessidade de combater o uso e o tráfico de drogas seja evidente e o governo ofereça a possibilidade de tratar os dependentes e usuários de drogas, ainda há grande resistência por parte do dependente ou mesmo da sociedade em aceitar medidas mais contundentes, como a internação compulsória. Outro problema é a falta de centros de tratamento especializados. Neste sentido, em consulta ao repositório jurisprudencial dos diversos tribunais, é fácil encontrar recursos perante o judiciário cujo objeto é o pedido de internação compulsória, muitas vezes devido à falta de locais de tratamento especializados para dependentes de drogas ou vagas.

Sabe-se que o governo e os particulares estão tomando muitas medidas para combater as drogas, mas o aumento indiscriminado do número de consumidores e traficantes está dificultando os esforços para erradicar a droga no Brasil. Masson e Marçal (2019) acrescentam, que em 2011, foi criada uma Comissão Especial - Políticas Públicas de Combate às Drogas (CEDROGA) para promover pesquisas e propostas de políticas públicas e legislação para combater e prevenir os efeitos do crack e de outras drogas ilícitas.

Gabriela Coelho (2019) explicam ainda que este comitê tem realizado diversas atividades para verificar os problemas relacionados ao uso e tráfico de drogas, tais como audiências públicas, reuniões com instituições estatais, entre outras, indicando alternativas e identificando programas que tenham resultados positivos, tais como o Programa Educacional de Resistência às Drogas (PROERD). O relatório do CEDROGA aponta que o foco está mais voltado para o consumidor em termos de prevenção.

De acordo com Lopes e Garimbão (2014), em termos dos eixos que orientam seu trabalho, a prevenção do uso de drogas geralmente se limita às iniciativas privadas e a alguns programas públicos, cuja continuidade às vezes não é garantida. O único programa nacional é o Programa de Educação da Resistência às Drogas (PROERD), que é administrado pela polícia militar e não pode contar com recursos adicionais para seu

reforço e expansão necessária. Diante disto, pode-se dizer que a prevenção às drogas no Brasil é insuficiente.

No que diz respeito ao tratamento, existe um cenário precário, que pode ser expresso pelo baixo número de centros de tratamento especializados e pelo grande número de pessoas desprotegidas. Outro problema é a falta de coordenação entre os profissionais, em termos de uma rede nacional e multissetorial de atendimento aos usuários de drogas (LOPES, GARIMBÃO, 2014).

O relatório do CEDROGA observa que a eficácia das políticas públicas sobre drogas pode ser melhorada utilizando o Fundo Nacional Antidrogas, ou seja, investindo este fundo na estruturação de políticas públicas. A este respeito, o CEDROGA observa que esta questão foi levantada no PL 1.359/2011 pela Deputada Iracema Portella. De acordo com o PL 1.359/2011, as entidades federativas devem criar fundos para financiar as atividades da administração pública, inspeção e controle das políticas públicas sobre drogas, o estabelecimento de um sistema de informação sobre drogas e o trabalho de seus próprios conselhos (ROSSI, 2015).

Rossi (2015) ainda aduz que segundo um estudo do Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crimes, o consumo global de drogas ilícitas permaneceu estável nos últimos anos, mas seu controle é ameaçado pelo aumento da oferta e pelo desenvolvimento de novas rotas de contrabando, especialmente através da África, o que poderia aumentar a demanda nos países desenvolvidos e criar novos mercados para algumas substâncias.

Assim, muitas medidas têm sido tomadas no país para erradicar o consumo e o tráfico de drogas, mas continuam insuficientes e/ou ineficazes. É necessário impedir a entrada de drogas no país e controlar melhor sua venda, caso contrário, as políticas, leis e programas governamentais serão ineficazes.

5.2 Uma avaliação das mudanças no cenário da Política Nacional sobre Drogas

Gomes, et al., (2017) destacam que, além de identificar os fatores de risco que levam as pessoas a usar drogas, é importante insistir na identificação de fatores de proteção que, se forem bem conhecidos e investidos recursos para torná-los viáveis, podem representar um ganho significativo na prevenção.

Neste sentido, há uma intenção real na Lei 11.343/06 com a criação do SISNAD e uma mudança de paradigma que até então definia a legislação de controle de drogas. O legislador enfatiza a prevenção em vários fragmentos no sentido de que uma política de controle eficaz e eficiente deve identificar e (se possível) mitigar os fatores de risco que levam uma pessoa a usar drogas.

Pimenta (2016), menciona que a Lei 11.343/06 muda a percepção da política de drogas em um país que era essencialmente repressivo. A nova lei não só melhorou os mecanismos repressivos contra o tráfico de drogas, mas também estabeleceu um ponto de referência para uma verdadeira política de prevenção de drogas. Estas políticas são baseadas em princípios de redução de danos. Em outras palavras, ela se preocupa principalmente com a prevenção e o tratamento dos usuários e viciados em drogas, reconhecendo que o uso de substâncias ilícitas é principalmente um problema social e de saúde pública.

Neste sentido, é claro que a lei pretende substituir as medidas punitivas anteriormente em vigor. A Associação de Psiquiatria do Estado do Rio de Janeiro destaca que um usuário pego com drogas também pode ser obrigado a frequentar programas ou cursos educacionais. De acordo com esta associação, a lei estipula que o Sistema Único de Saúde deve atender aos usuários de drogas. O SISNAD seria responsável pela coordenação das atividades de prevenção, tratamento e reintegração social dos usuários e dependentes de drogas, assim como pela repressão ao tráfico de drogas (ASSOCIAÇÃO DE PSIQUIATRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2016).

Na prática, porém, não há posições ou mesmo profissionais especializados para prestar este tipo de cuidado. Portanto, há uma contradição com a Lei 11.343/06 porque não há uma sintonia entre o disposto no diploma legal e as unidades de saúde. Além disso, Avelino (2010) adverte que o fato de o vício ser um problema de saúde não significa que ele tenha apenas causas físicas e orgânicas. A dimensão psicológica ou emocional, assim como fatores contextuais, incluindo fatores sociais, culturais e familiares, são igualmente importantes.

A questão é, portanto, se a política de drogas deve ser transdisciplinar, ou seja, levar em conta todas as dimensões do problema. Nesta perspectiva, o SISNAD promove suas ações com base em informações fornecidas pelos Ministérios da Saúde, Educação, Justiça e outras agências, procurando responder a uma variedade de situações, sem perder de vista a natureza global do fenômeno e a especificidade de sua manifestação em cada sujeito que é apresentado como dependente (AVELINO, 2010).

A nova percepção jurídica responde às conclusões de pesquisadores de diversas áreas que lidam com o assunto. O problema das drogas pode ser mitigado, ou melhor, equacionado, quando os profissionais envolvidos se unem em um projeto comum, considerando a complexidade do sujeito, da sociedade, do indivíduo. Também, pode-se dizer que os dados estatísticos sobre uso e tráfico de drogas são essenciais para o desenvolvimento de políticas de redução do consumo de drogas. A criação de um banco de dados é muito valiosa, pois permite avaliar a eficácia das diferentes ações empreendidas e a extensão dos resultados (CARVALHO, 2016).

Carvalho acrescenta ainda que a orientação transdisciplinar e a visão múltipla e complexa da sociedade e da rede de interações envolvidas no problema das drogas tornaram possível superar a aceitação histórica de sistemas de valores unívocos, o que na realidade só reforça certos projetos morais. Assim, o estudo do indivíduo em relação ao seu ambiente plural muda a ênfase da prevenção para "[...] a repressão e o controle serão direcionados para o produto, a droga e a regulamentação ou proibição de fornecimento" (CARVALHO, 2016, p. 142).

Gomes, et al., (2017), destacam que a preocupação com o equilíbrio entre prevenção e repressão é evidente na Lei 11.343/2006, nos numerosos instrumentos que rompem a lógica repressiva. Este é o caso dos artigos 1-30, 67, 68 e 73. De acordo com a lei em questão, também é importante lembrar que estados e municípios, com o apoio do governo, devem desenvolver serviços públicos para usuários de drogas. O governo federal se comprometeu a construir 140.000 centros psicossociais para o alcoolismo e dependência de drogas (CAPS-AD) até o final de 2006, mas não há informações sobre estas conquistas (COELHO, 2019).

Esta crítica à Lei 11.343/06 é confirmada por especialistas em saúde, em particular pela Associação Brasileira de Psiquiatria, que adverte que na prática são necessários grandes investimentos para tratar adequadamente as pessoas viciadas em produtos químicos, já que a nova legislação não criminaliza mais a posse de drogas para uso pessoal. A associação de Psiquiatria acrescenta garantindo que:

É claro que com esta medida o legislador quis "humanizar" a relação do usuário com a sociedade e evitar a marginalização do viciado, mas não houve subsídios suficientes para o tratamento de pessoas dependentes quimicamente (ASSOCIAÇÃO DE PSIQUIATRIA, 2016).

Neste sentido, é claro que a parceria entre o Estado e a sociedade é crucial para o sucesso da política de drogas. É importante alocar e conhecer as responsabilidades e seus limites e, em particular, considerar os aspectos sociais dos riscos associados ao uso e abuso de drogas. Desta forma, os esforços conjuntos do Estado e da sociedade minimizarão o risco da iniciação de uma pessoa ao uso de drogas.

Dimenstein (2021, p. 08) ao analisar as taxas crescentes de uso de drogas entre os jovens, adverte o seguinte:

[...] as drogas estão tomando conta dos jovens sem projeto de vida, sem sonhos, com baixa autoestima, vivendo em famílias disfuncionais, um contexto que inclui uma proporção crescente de adolescentes. Portanto, as políticas sociais de inclusão e redução das

desigualdades sociais são de suma importância para a prevenção do uso de drogas

Além disso, o autor acrescenta que:

[...] o amplo envolvimento dos jovens no comércio ilícito de drogas também é observado no comércio de São Paulo, onde os micro-trafficantes são em sua maioria jovens entre 16 e 27 anos de idade, que agem de forma autônoma e vivem principalmente da venda de maconha e crack. Eles representam cerca de 80% das pessoas presas por tráfico de drogas (DIMENSTEIN, 2021, p. 08).

Um estudo encomendado pela Organização Internacional do Trabalho no Rio de Janeiro revelou que crianças a partir de oito anos de idade são recrutadas para trabalhar no tráfico de drogas. Segundo o estudo, a maioria dos menores envolvidos no tráfico de drogas no Rio de Janeiro tem 13 anos de idade e suas principais motivações são: a identidade de grupo, a adrenalina gerada pela atividade, a possibilidade de ganhar muito dinheiro e o desejo de poder e consumo (CARVALHO, 2016).

Em vista destes resultados, Carvalho argumenta que as medidas de inclusão devem ser geralmente implementadas em áreas consideradas de risco, e que são mais eficazes quanto mais próximos os órgãos públicos ou privados envolvidos nas ações de prevenção estiverem dos grupos vulneráveis.

A riqueza e a multiplicidade de manifestações do mundo real mostram que a percepção e o impacto de certas experiências são sentidos de forma diferente, levando a comportamentos diferentes para cada indivíduo. Não é à toa que os grandes projetos destinados a criar uma resposta unificada aos fenômenos das drogas e da violência fracassaram diante da diversidade da realidade (CARVALHO, 2016, p. 135).

É essencial conhecer as situações pessoais que levaram ao vício das drogas, a fim de reduzir ou reverter os danos causados. Neste sentido, Gomes, et al., (2017) instrui que ao invés de visar imunizar o sujeito contra as drogas através de obstrução ou punição, a Lei nº 11.343/2006 opta por torná-lo menos vulnerável a comportamentos de risco, demonstrando maior consciência dos aspectos que afetam o sujeito como um dos objetivos da prevenção.

Para tanto, pode-se perceber que a inclusão das políticas de prevenção e proibição previstas na lei e das políticas públicas promovidas pelo Poder Executivo é o objetivo do

SISNAD. Esta integração torna mais eficazes as políticas desenvolvidas pelos diversos setores envolvidos.

Gomes, et al., (2017) destacam que a Lei 6.368/76 é um caso em que a política de drogas foi mal concebida pelas autoridades centrais, sem levar em conta o ambiente social local. Em outras palavras, esta lei adotou medidas muito distantes da realidade nacional e, portanto, não teve o efeito desejado. Um exemplo é o princípio de promover tratamento médico e psicológico para dependentes de drogas, uma vez que existem poucos centros gratuitos oferecendo estes serviços no Brasil. A este respeito, estes autores salientam que, embora seja importante conhecer e integrar estratégias internacionais para a reintegração social dos usuários de drogas, estas devem ser adaptadas às realidades nacionais.

Para o chamado tráfico ocasional, a nova lei prevê uma multa reduzida, que é aplicada retroativamente. Deve ser encontrado um equilíbrio entre as experiências internacionais na luta contra as drogas e as realidades nacionais, a fim de poder agir efetivamente contra a dependência das drogas e, portanto, contra o tráfico de drogas.

Assim, em vista do que foi dito neste capítulo, é necessário reconsiderar o papel do Estado nesta área. É óbvio que a repressão não pode ser completamente abandonada, especialmente quando se trata de tráfico de drogas, pois deve ser controlada e reprimida. Por outro lado, seria mais coerente conscientizar sobre os efeitos nocivos das drogas sobre a saúde e sobre a sociedade como um todo.

É importante lembrar que é o usuário que alimenta o comércio, portanto não adianta parar o traficante se a demanda continuar a crescer. Neste sentido, as políticas sociais ajudarão a prevenir o uso de drogas.

6 CONCLUSÃO

Ao término deste estudo, pôde-se compreender que para combater o tráfico de drogas, a maioria dos países investe em muitos recursos financeiros. No Brasil, o tráfico de drogas está atraindo cada vez mais pessoas para o crime, especialmente os jovens, mas muito pouco tem sido feito para combater efetivamente o problema.

Embora a legislação brasileira tenha tentado se alinhar com o cenário internacional nos últimos anos, ela ainda está longe de atender às expectativas, pois a política pública contra o uso e o tráfico de drogas é exclusivamente repressiva. Em outras palavras, combate as consequências nocivas e violentas do problema sem abordar suas causas.

A nova lei antidrogas, a Lei 11.343/06, introduziu um novo paradigma nas políticas públicas de combate ao problema, pois, com base em um modelo médico-psicológico, procura combater as causas do problema, ou seja, tratar o usuário de drogas e punir o traficante.

É claro que a Lei 11.343/06 é um passo adiante em termos de legislação, já que o infrator não precisa mais estar na cadeia e os doentes não precisam mais ser hospitalizados. Entretanto, também é claro que o Brasil não possui mecanismos eficazes para ajudar a fazer isto. Portanto, a implementação das atuais políticas nacionais de combate ao uso e tráfico de drogas está muito distante das realidades nacionais.

Devido a esta questão controversa e social, este estudo recomenda que o trabalho futuro se concentre no impacto sobre a sociedade da implementação da Lei 11.343/2006, bem como nas políticas públicas de combate às drogas. Espera-se que este trabalho tenha contribuído para a compreensão de uma questão que, embora muito discutida, enfrenta muitas dificuldades para lidar com ela de forma eficaz.

REFERÊNCIAS

_____. **Lei 13.707, de 06 de abril de 2011** – Sistema Estadual de Políticas Sobre Drogas do Rio Grande do Sul. Disponível em < <http://www.al.rs.gov.br/legis> > acesso em junho de 2021.

_____. **Lei Federal nº. 11.343 de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2022.

_____. **Lei n. 10.216 de 06 de abril de 2001** – Proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/lei/lei_2001/110216.htm. Acesso em: 22 de junho de 2021.

_____. **O Relatório Mundial sobre Drogas (World Drug Report) de 2008 aponta para o crescimento do consumo de cocaína nos países em desenvolvimento, inclusive no Brasil**. Cf. <http://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/WDR-2008.html>. Acesso em: 11 de março de 2022.

ALMEIDA, Gervan C. **Modernos movimentos de política criminal e seus reflexos na legislação brasileira**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2012, p. 8.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. Manual de Direito Penal - **15ª Edição**. Saraiva, 2021.

APPOLINÁRIO, Fábio. **Metodologia da ciência**. 1 ed. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PSIQUIATRIA. **Crítica social**: lei anti-droga é ridícula. Ago/2016. Disponível em: <<http://www.abpbrasil.org.br>>. Acesso em: 12 de outubro de 2021.

AVELINO, Vitor Pereira. **A evolução da legislação brasileira sobre drogas**. 2010. Disponível em < <http://jus.com.br/artigos/14470/a-evolucao-da-legislacao-brasileira-sobre-drogas#ixzz36N4Uk62l>>. Acesso em: 04 de março de 2022.

BAPTISTA, Rodrigo. Avançam mudanças no Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. **Senado.leg.br**, 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/05/08/avancam-mudancas-no-sistema-nacional-de-politicas-publicas-sobre-drogas>. Acesso em: 05 de março de 2022.

BOARINI, Maria Lúcia; MACHADO, Letícia Vier. **Políticas Sobre Drogas no Brasil: a estratégia de redução de danos**. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2013.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre drogas**. 2.ed. Disponível em: < <http://bd.camara.gov.br>>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2022.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei nº 11.343/2006**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

COELHO, Gabriela. Sancionada lei que permite internação compulsória de usuários de drogas. **Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-06/lei-permite-internacao-compulsoria-usuarios-drogas>. Acesso em: 20 de outubro de 2021.

DAVID, Juliana França. Breve histórico e evolução das legislações referentes a drogas no Brasil. **Empório do direito.com.br**, 2018. Disponível em: <<https://emporiოდireito.com.br/leitura/breve-historico-e-evolucao-das-legislacoes-referentes-a-drogas-no-brasil>>. Acesso em 20 maio de 2021.

DIMENSTEIN, Gilberto. Soninha dá uma boa lição aos nossos filhos? Talvez. **Folha de São Paulo**. Cotidiano. 25 de novembro de 2021, p. C8.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GOMES, Luiz F. et al. **Lei de drogas comentada**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

KARAM, Maria Lucia. **Considerações sobre as políticas criminais, drogas e direitos humanos**. 2013. In: VECCHIA, Marcelo Dalla. et al. (Org.). Drogas e direitos humanos:

reflexões em tempos de guerra às drogas. 1.ed. Porto Alegre: Rede UNIDA, p. 222-243, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 3. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.

LOPES, Reginaldo (pres.); GARIMBAO, Givaldo (relator). **Proposta sobre Políticas públicas sobre Drogas no Brasil**. dezembro de 2014. Disponível em < <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/politicas-publicas-de-combate-as-drogas/arquivos/relatorio-do-dep.-givaldo-carimbao> > acesso em junho de 2021.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas: aspectos penais e processuais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

PIMENTA, Paulo. **Nova lei de drogas é marco histórico para o país**, 2016.

ROSSI, Bruno Dorini de Oliveira Carvalho. **As políticas públicas de combate ao tráfico de drogas: algumas reflexões sobre a efetividade da lei de drogas e a descriminalização**. Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA. Assis, 2015.

SIMÕES, Juliana Thomazini Nader. **A evolução da lei antidrogas no Brasil e as influências na determinação de seus rumos**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 13 mar. 2014. Disponível em:
<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47356&seo=1>>. Acesso em: 28 de novembro de 2021.

THUMS, Gilberto; PACHECO FILHO, Vilmar V. **Leis anti-tóxicos: crimes, investigação e processo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2015.