

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1110

(Ano XIV)

(27/08/2022)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

QR code do Volume 1110



Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1110, (ano XIV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2022. 568 f.

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

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

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

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



Vítima de Estupro: Entrega Voluntária e Incongruência do ECA
Carlos Eduardo Rios do Amaral, 09.

ARTIGOS

O caso da criança de 10 anos vítima de estupro – uma análise sob a ótica da LGPD

Icaro Maia Freire, 11.

Contratos desportivos

André Galdeano Simões e Gabriela Messetti Ferreira, 21.

Ética a Nicômaco - Livro II: o hábito em Aristóteles como busca da excelência moral

Maria Fumiko Sampaio Kumagai, 51.

O direito ao esquecimento sob uma perspectiva social

Rebecca Scalzilli Ramos Pantoja, 65.

O art. 139, IV do CPC/15: aplicação das medidas executivas atípicas para a satisfação integral da tutela jurisdicional

Ed Gleison Pinto de Sousa, 109.

Capacidade política e o estatuto da pessoa com deficiência

Beatriz Machado Gameleira, 159.

Breve Análise do Pragmatismo Jurídico e os julgamentos do Supremo Tribunal Federal acerca da autonomia das entidades desportivas

André Galdeano Simões e Mariana Braga Dias, 167.

Causalidade normativa: a imputação do resultado naturalístico em um contexto de suposta superação do tipo objetivo finalista

Igor César Sampaio de Castro, 193.

Prescrição intercorrente no processo de execução fiscal

Beatriz Machado Gameleira, 206.

Autocomposição na área da saúde

Leonardo Ranieri L. Melo, Lorrany P. Thibes e Geovana M.R. de Sousa, 216.

Uma análise sobre a multiparentalidade no direito brasileiro

Andreia Carla Afonso Aguiar, 222.

A prática do mobbing e a violação da dignidade humana no ambiente de trabalho

Raissa Amanda Bertaco, 242.

Testamento Vital: diretrizes para uma morte digna

Rebecca Scalzilli Ramos Pantoja, 259.

Princípio do delegado natural no contexto do sistema constitucional de investigação criminal

Eujecio Coutrim Lima Filho, 268.

Transferências internacionais: a exportação do “pé de obra” no mercado futebolístico globalizado

André Galdeano Simões, 282.

Pela discussão de uma dignidade menstrual

Jennifer Aline Ernesto de Oliveira, 302.

Animais como sujeitos de direito sob a perspectiva do antropocentrismo alargado

Matheus Sad Serenato, 319.

ADPF 779: tribunal do Júri e a ponderação de princípios constitucionais

Maria Luiza F. C. Aguiar, Yuri A. P. Jurubeba e Buenã Porto Salgado, 332.

Breve análise do dano moral coletivo

Beatriz Machado Gameleira, 345.

Na busca ideal de um conceito para o direito tributário

Jorge Henrique Sousa Frota, 357.

Responsabilidade civil do Estado: requisitos e teorias aplicáveis

Elisa Rocha Teixeira Netto, 391.

A homologação de sentenças estrangeiras e os seus principais elementos caracterizadores

Rônison A. dos Santos, LUCAS F. de M. Vidovix e Sergiano R. da Conceição, 400.

A aplicação de medidas executivas atípicas em face da Fazenda Pública

Beatriz Machado Gameleira, 414.

A Invisibilidade da Violência Obstétrica e a Proteção Jurídica da Mulher no Brasil

Suelem Cristina Marques da Silva, 434.

O prazo prescricional da ação de petição de herança no reconhecimento de filiação post mortem

Rodrigo Bastos Garrido, 450.

Aspectos principiológicos do direito processual à luz do novo Código de Processo Civil

Ney Costa Alcantara de Oliveira Filho, 464.

O utilitarismo do não aborto para a felicidade de quem não é vítima: O estupro de criança de 11 anos e o utilitarismo da Joana Ribeiro Zimmer, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC)

Sérgio Henrique da Silva Pereira, 474.

Sistemas processuais penais

Elisa Rocha Teixeira Netto, 485.

Casamento x união estável e a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil

Tuany Gasques Andrade, 492.

A limitação territorial da eficácia subjetiva da coisa julgada na tutela coletiva

Rodrigo Bastos Garrido, 509.

Os riscos da flexibilização do porte e posse de arma de fogo

Leonardo Henrique Soares Cabreira, 526.

A redução da apatridia de acordo com a Convenção de 1961

Beatriz Machado Gameleira, 543.

Revolução 4.0 e uberização: diálogo sobre a precarização e a necessidade de confrontação do novo modelo de trabalho

Sheina Maia Ferreira, 553.

VÍTIMA DE ESTUPRO: ENTREGA VOLUNTÁRIA E INCONGRUÊNCIA DO ECA

CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL:

Defensor Público do Estado do Espírito Santo

Caro (a) leitor (a), imagine a seguinte situação hipotética: M vítima de estupro, ao invés de optar pelo aborto previsto em lei para o seu caso, prosseguindo na gestação, deseja amparar-se na chamada “entrega voluntária” prevista no Art. 19-A do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Designada a audiência obrigatória determinada pelo Art. 166, §1º, I, devidamente assistida por Defensor Público ou Advogado, na presença do Ministério Público, M confirma ao Juiz que deseja entregar a criança recém-nascida à adoção de terceiros devidamente habilitados na Vara da Infância.

Pois bem. M após manifestar livre e espontaneamente sua vontade assegurada em lei, concretizada a entrega voluntária da criança resultante do estupro sofrido, deixando o Fórum resolve ir a um banco, um supermercado, depois passar na casa de uma amiga de infância *etc.* No início da noite, ao finalmente chegar em casa, onde reside com seus pais e demais irmãos, toca a campainha e ao abrir a porta encontra a mesma criança, sua filha da gravidez resultante de estupro, que acabara de entregar na Vara da Infância à adoção, recostada no sofá envolta de brinquedos.

M, questionando a todos o que significava a presença da menor que entregou à adoção na Vara da Infância de volta em sua casa, ouve de seus Pais o seguinte: “Exercemos nosso direito de preferência como Avós, como ‘família extensa’, como previsto no Art. 19-A, 3º e 4º, do ECA, e manifestamos ao Juiz nossa intenção de exercer a guarda de nosso neto”.

Imagine o que passa e passará pela cabeça de M ao saber que deverá conviver eternamente com a criança, concebida do estupro sofrido, dentro de sua própria casa e os conflitos familiares que eventualmente daí surgirão. Ou seja, nem o aborto legal, nem a entrega voluntária prevaleceu em atendimento ao direito maior de proteção da mulher vítima de estupro. No exemplo dado, a prevalência legal foi do direito dos avós de ter o neto sob a guarda judicial, independentemente da gravidez resultante de estupro da genitora e de sua malfadada entrega voluntária que não surtiu efeito nenhum.

Inacreditavelmente é o que está escrito na lei, no próprio ECA. Claro, pode-se fazer malabarismos interpretativos, garimpagem de doutrina e jurisprudência ou mesmo agarrar-se a relatórios psicossociais para se tentar extrair da lei o melhor sentido da norma, obter-se uma coerência das coisas. Mas, *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* (“quando a lei quis determinou, sobre o que não quis, guardou silêncio”).

Ao perplexo, confira-se, *in litteris*: "Art. 19-A. A gestante ou mãe que manifeste interesse em entregar seu filho para adoção, antes ou logo após o nascimento, será encaminhada à Justiça da Infância e da Juventude. (...) §3º A busca à família extensa, conforme definida nos termos do parágrafo único do art. 25 desta Lei, respeitará o prazo máximo de 90 (noventa) dias, prorrogável por igual período".

Perceba-se que o ECA não distinção do modo e de que forma foi concebida a gravidez, se voluntária ou resultante de estupro. Mistura tudo num dispositivo só. Assim, o Art. 19-A, §3º, do ECA, abrange todo o tipo de gravidez, inclusive a resultante de estupro. Razão pela qual a "busca à família extensa" deverá ocorrer em todas as hipóteses, sem exceção.

E para piorar as coisas o Art. 25 e seu § único do ECA não delimitam com precisão até que grau o parente seja família extensa, ao contrário do que faz a legislação previdenciária, estatutária, administrativa, civil e penal. E de modo ainda mais bizarro o ECA não fala de graus para estabelecer o parâmetro do parentesco, mas, sim, usa a expressão "parentes próximos" (!). Ou seja, aquele cunhado da prima da tia dos churrascos dos domingos, aquela tia-avó da madrasta da mãe sempre presente no instagram ou a prima emprestada do interior que sempre visita a família nos feriados, ente outros, poderão também se habilitar à guarda da criança até então entregue voluntariamente pela mãe à Vara da Infância.

O Congresso Nacional precisa urgentemente debruçar-se sobre essa delicada questão. Ou prestigia a vontade livre e soberana da mulher vítima de violência sexual concretizada na entrega voluntária à fila de adoção da Vara da Infância, ou prestigia a manutenção da criança resultante de estupro no seio familiar a contragosto da vítima de estupro. Pelo menos deve o ECA restringir os pedidos de guarda aos parentes de 1º grau da vítima, sob pena de eterna indefinição da situação jurídica da criança e neutralização completa da vontade da vítima manifestada na entrega voluntária. Ainda, e se a decisão da família extensa importar em banimento moral, psicológico e físico da vítima, esta não deveria ser pensionada pelo desterro?

Penso que a melhor solução seria prestigiar sempre e sempre a vontade da vítima de estupro, respeitar sua decisão de entrega voluntária à adoção de terceiros habilitados na Vara da Infância. E jamais aumentar a dor e sofrimento da mulher vítima de violência sexual trazendo de volta a criança para o seio familiar, implicando muitas vezes em nova e grave violência psicológica a quem tanto necessita ser acalentada e amada pela família com primazia.

O CASO DA CRIANÇA DE 10 ANOS VÍTIMA DE ESTUPRO – UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA LGPD

ICARO MAIA FREIRE: Advogado, OAB/BA. Pós-graduado em Processo Civil, pós-graduando em LGPD, Privacidade e Proteção de Dados. Sócio do escritório Soledade Freire Advocacia e Consultoria.

RESUMO: Este artigo busca analisar o caso concreto da menina de 10 vítima de um estupro, tendo em vista a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados, suas implicações no caso, bem como discorre sobre eventuais consequências decorrentes de sua aplicação aos fatos. Utilizando-se da metodologia da revisão bibliográfica, pondera-se sobre os conceitos trazidos com a LGPD, sobre o princípio da publicidade processual e além disso explana acerca da necessidade de adequação do sistema judiciário à proteção dos dados dos titulares, agora um direito fundamental previsto na Constituição Federal, culminando com uma análise dos fatos ocorridos no caso concreto sob a ótica da LGPD.

Palavras-chave: dados sensíveis; proteção de dados; criança e adolescente; segredo de justiça; publicidade processual.

ABSTRACT: This article seeks to analyze the specific case of the girl who was victim of a rape, due to the beginning of the validity of the General Data Protection Law, its implications in the case, as well as discusses any consequences arising from its application to the facts. Using the methodology of the bibliographic review, it considers the concepts brought with the LGPD, on the principle of procedural publicity and, in addition, it explains the need to adapt the judicial system to the protection of citizens' data, now a fundamental right foreseen in the Federal Constitution, culminating with an analysis of the facts that occurred in the specific case from the perspective of the LGPD.

Keywords: sensitive data; data protection; child and teenager; secrecy of justice; procedural publicity.

Sumário: Introdução. 1. A LGPD e os dados pessoais de crianças e adolescentes. 2. A publicidade processual e a proteção dos dados pessoais. 3. O vazamento de dados no caso concreto. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Nos últimos dias, toda a população brasileira esteve acompanhando com bastante atenção a situação da menina de Santa Catarina que aos 10 anos encontrava-se grávida em decorrência de um estupro.

Tanto por se tratar de um caso com diversas peculiaridades – alguns juristas chegaram a afirmar se tratar de um “*hard case*” – quanto por envolver uma criança em complexa e traumática situação, diversos comentários e discussões foram fomentados acerca da conduta e das decisões da juíza responsável pelo processo, dos promotores envolvidos, dos médicos do hospital; sem falar nas mais variadas análises jurídicas, sob os mais diversos pontos de vista.

Não obstante todas as discussões jurídicas proporcionadas a partir da divulgação dos fatos pelos sites Portal Catarinas e The Intercept¹ na data de 20/06/2022, não se pode esquecer de que todas as informações divulgadas na mídia, bem como os vídeos das audiências, os laudos etc. são advindos de um processo que tramita em segredo de justiça.

Considerando que está em vigor a lei 13.709/2018, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), cabe tecer algumas ponderações acerca das possíveis consequências decorrentes deste vazamento.

1. A LGPD E OS DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Muito embora os direitos de personalidade já estivessem resguardados no ordenamento jurídico brasileiro, a LGPD foi criada com o escopo de regulamentar o tratamento dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

A referida lei, em seu art. 5º, define como dado pessoal uma informação “*relacionada a pessoa natural identificada ou identificável*” e como dado pessoal sensível, qualquer dado pessoal “*sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, **dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural***”.

Não se pode confundir também dados pessoais com dados confidenciais. Em outras palavras, dados pessoais são informações inerentes ao titular que permitem identificá-lo (nome, e-mail, profissão, endereço etc.) e dados pessoais sensíveis são informações que, por sua natureza, não somente permitem a identificação do titular como podem gerar uma grande exposição do indivíduo, ser motivo de discriminação e/ou repercussões em sua vida social e profissional, por exemplo.

¹ Disponível em <https://theintercept.com/2022/06/20/video-juiza-sc-menina-11-anos-estupro-aborto/>, acesso em 24 jun. 2022

Quando tais dados forem tratados de forma a permitir que não gerem a identificação do titular, considera-se que foram anonimizados e que a LGPD não mais se aplica a eles.

É preciso frisar que o objeto de proteção da LGPD não é o dado por si só, mas os seus titulares, ou seja, a pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento. A própria Constituição Federal, após a Emenda Constitucional 115 de 2022, passou a incluir a proteção dos dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais:

“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:

(...)

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

Em relação a crianças e adolescentes, a LGPD não faz sequer distinção entre dados não-sensíveis e sensíveis, preconizando em seu art. 14 que o *“tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse”,* devendo ser realizado somente *“com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal”.*

O §3º do art. 14 prevê ainda exceções para a coleta de dados pessoais de crianças sem o consentimento específico, a saber, *“quando a coleta for necessária para contatar os pais ou o responsável legal, utilizados uma única vez e sem armazenamento, ou para sua proteção, e em nenhum caso poderão ser repassados a terceiro sem o consentimento”.*

Temos assim que a LGPD se integra nesse aspecto com outros dispositivos legais que visam resguardar as crianças e adolescentes, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente, lei 8.069/1990, que traz em seus Art. 3º a 5º o seguinte:

“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.

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Art. 5º. Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.”

Assim, é inequívoco que os dados pessoais de crianças e adolescentes requerem uma atenção e cuidado especial dos agentes de tratamento, em virtude inclusive da “*absoluta prioridade*” mencionada no acima citado art. 4º do ECA.

2. A PUBLICIDADE PROCESSUAL E A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS

A Constituição Federal, no art. 5º, inciso LX, traz o princípio da publicidade processual, dispondo que “*a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem*”, de modo que a publicidade processual é a regra no Brasil, trazendo o CPC, em seu art. 189, as hipóteses que justificam a necessidade de sigilo de justiça em alguns processos.

A Resolução nº 121/2010 do CNJ, que regula o acesso a dados de processos eletrônicos, prevê que qualquer pessoa pode consultar eletronicamente “*dados básicos do processo*”, como o nome das partes, inteiro teor de despachos, sentenças etc.

De imediato torna-se evidente que a publicidade ampla dos processos eletrônicos pode entrar em confronto com o conceito de proteção de dados pessoais, motivo pelo qual a LGPD passou a ser bastante utilizada como fundamento para pedidos de tramitação de processos em sigilo de justiça.

Inclusive, a necessidade de adequação à LGPD tem sido observada pelos tribunais, em atendimento à Resolução 363/2021 do CNJ, que estabelece medidas a serem adotadas visando essa adequação.

Afinal de contas, não há como ignorar o fato de que processos judiciais, por sua própria natureza, estão permeados de dados pessoais. O juiz auxiliar da presidência do TJGO, Cláudio Henrique de Castro², afirma o seguinte:

² Disponível em <https://www.migalhas.com.br/quentes/339525/tribunais-se-adequam-a-lgpd> : Acesso em 24 de jun. 2022.

“Ademais, em cada processo judicial há a presença desses tipos de dados, de modo que outro desafio que pode ser citado é sensibilizar os servidores e magistrados **da necessidade de se resguardar essas informações de pessoas que não tem vinculação com a relação processual. (grifo nosso)”**

Ainda sobre o assunto, é mister destacar o posicionamento de Ricardo Villas Bôas Cueva, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, que afirma que *“a legislação de proteção de dados não se destina, nem poderia, a interferir, limitar ou retardar a atividade jurisdicional”* (CUEVA, 2020).

Antes mesmo de vigorar a LGPD, já se combatia o vazamento de dados de processos em segredo de justiça, podendo ser considerado crime ou ato de improbidade administrativa. Porém, antes das medidas e requisitos de controle trazidos pela LGPD, dificilmente se localizava a fonte do vazamento, não sendo incomum não haver punição ou definir culpados.

Numa tentativa de solver tal questão e em atendimento a ofício da OAB do Brasil, em 2016 o CNJ aprovou a resolução nº 217, a qual dispõe em seu art. 17:

“Art. 17. Não será permitido ao Magistrado e ao servidor fornecer quaisquer informações, direta ou indiretamente, a terceiros ou a órgão de comunicação social, de elementos sigilosos contidos em processos ou inquéritos regulamentados por esta Resolução, ou que tramitem em segredo de Justiça, sob pena de responsabilização nos termos da legislação pertinente.

§ 1º No caso de violação de sigilo de que trata o caput deste artigo, por integrantes do Poder Judiciário ou por membros de outras instituições, dentre as quais a polícia, o Ministério Público e a advocacia, o Magistrado responsável pelo deferimento da medida requisitará a imediata apuração dos fatos pelas autoridades competentes, sob pena de responsabilização.

§ 2º Decorrido prazo razoável, o Magistrado solicitará informações sobre o andamento das investigações. **(grifo nosso)”**

Resta evidente assim que, também por parte dos tribunais o tratamento dos dados pessoais exigirá uma cautela e adequação, para que sejam preservados os direitos fundamentais dos indivíduos sem restringir o princípio da publicidade dos atos processuais.

3. O VAZAMENTO DE DADOS NO CASO CONCRETO

O caso da menina de 10 anos grávida em decorrência de um estupro, em Santa Catarina, traz elementos que permitem uma discussão acerca dos diversos conceitos e aspectos abordados até este ponto.

Ao divulgar as informações sobre o caso, os sites Portal Catarinas e The Intercept confirmaram que o processo tramita em segredo de justiça, afirmando que os dados foram enviados aos portais por uma fonte anônima e que as identidades dos envolvidos seriam preservadas.

Sucedede que, conforme conceitua a LGPD, dado pessoal é qualquer informação que permita identificar, direta ou indiretamente, os titulares, individualmente ou por cruzamento de dados. No caso em análise, é possível observar que muito embora os nomes das pessoas não tenham sido expressamente divulgados, diversos outros dados pessoais e informações foram trazidos nas notícias, a exemplo da idade da criança, a cidade de residência, laudos e outros dados do prontuário médico, a comarca onde o processo transita, o Hospital para onde foi levada, os médicos que assinaram os laudos, a psicóloga que acompanha a criança, a advogada que representa a família, a promotora que acompanha o processo, a juíza responsável etc.

Inicialmente poderia se pensar que a supressão dos nomes tornasse os dados anonimizados. Porém, o dado somente é considerado anonimizado se não permitir que, por meios técnicos ou outros, seja reconstruído o caminho para revelar quem é o(a) titular do dado. Se a identificação ocorrer, não se tratará de dado anonimizado, mas sim de dado pseudonimizado, e estará sujeito à LGPD.

Os dados apresentados pelos sites, individualmente, talvez não permitissem uma identificação direta dos titulares. Porém, o cruzamento entre os diversos dados efetivamente possibilitou a identificação dos titulares, ocasionando assim que outros sites e veículos de imprensa buscassem e divulgassem outras informações da criança e das demais pessoas envolvidas na situação.

Ora, a LGPD não é de modo algum um meio de restrição à liberdade de expressão ou à liberdade de imprensa. Por este motivo, o inciso II do seu art. 4º dispõe que a LGPD não se aplica ao tratamento de dados pessoais realizados para fins exclusivamente jornalísticos e artísticos. Tal exceção é necessária para assegurar e garantir aos profissionais do jornalismo o direito de livremente informar, opinar e criticar.

O STF inclusive já se debruçou sobre o assunto, firmando entendimento de que a informação divulgada pela imprensa deve ser garantida mesmo que reveladora de assunto

discutido em processo que tramita em segredo de justiça, destacando-se a colocação do ministro Barroso³:

“Embora as informações em questão aparentemente estejam protegidas por segredo de justiça, não há elementos mínimos para concluir que a violação tenha partido dos profissionais da imprensa que receberam informações. **Embora possa ter havido ato ilícito por parte de quem tenha eventualmente comprometido o sigilo de dados reservados, a solução constitucionalmente adequada não envolve proibir a divulgação da notícia (...).**(RCL 18.638 MC/CE, Rel. MIN. ROBERTO BARROSO)(grifo nosso).”

Assim, não há que se falar em ilicitudes por parte da imprensa que noticiou os detalhes do caso, mas não se pode também olvidar do fato de que efetivamente houve o vazamento e o comprometimento de dados pessoais, circunstância que se agrava em virtude de o processo tramitar em segredo de justiça e envolver crianças e adolescentes.

Uma vez que a LGPD também se aplica às pessoas jurídicas de direito público, conforme art. 3º, o tribunal deveria ter adotado medidas de segurança que prevenissem o vazamento, dispendo o art. 46 sobre o assunto:

“Art. 46. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.”

De modo que, se em tempos anteriores, seria difícil ou até mesmo impossível precisar a fonte dos vazamentos, atualmente os tribunais adequados à LGPD e com as ferramentas disponibilizadas pelos sistemas processuais eletrônicos, devem proceder com a investigação acerca da origem dos vazamentos: se houve um ataque cibernético externo, se os dados foram comprometidos por servidor, membro do MP ou advogado, a fim de cumprir com o quanto disposto na Resolução 217 do CNJ, citada alhures.

Não é demais esclarecer que a investigação acerca dos vazamentos não deve ser influenciada ou direcionada pelos desenvolvimentos da lide em si, mas tão somente pelo dever de garantir o direito fundamental à proteção dos dados dos titulares envolvidos, uma vez que o cidadão precisa ter a certeza de que os tribunais irão tratar os dados

³ Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25272525/medida-cautelar-na-reclamacao-rc-18638-ce-stf> : Acesso em 24 de jun. 2022.

coletados dentro dos limites do consentimento ofertado, ou sem consentimento se indispensável para exercício regular de direitos em processo judicial, conforme o art. 11 da LGPD.

Voltando ao caso concreto, sem entrar no mérito da lide, é nítido que o vazamento e a posterior divulgação de dados pessoais afetou sobremaneira a vida da criança e de sua família, gerando consequências que não se pode sequer mensurar, considerando que houve repercussão nacional.

Está se falando de uma criança em idade escolar, em um contexto familiar agora exposto ao escrutínio público, já severamente traumatizada por sofrer abominável violência sexual, que certamente precisará de acompanhamento profissional para superar tudo que aconteceu, exposta agora a toda sorte de críticas, ponderações, ataques e julgamentos, podendo carregar sequelas pelo resto de sua vida.

Decerto que, ainda que o segredo de justiça não fosse por si suficiente para desfazer os traumas sofridos pela criança, o anonimato e a proteção de seus dados pessoais lhe permitiriam uma reintegração à sociedade de modo muito mais efetivo e tranquilo. Em tempos de acesso amplo a internet, uma exposição tão ampla pode ter consequências tão nefastas quanto o crime de que foi vítima.

Há ainda a questão de que é possível buscar indenização do Estado por danos causados ao titular, uma vez que o tribunal teria falhado em sua obrigação de proteger os dados pessoais que foram coletados, sem prejuízo do direito de regresso contra os demais responsáveis, na medida de sua participação no evento danoso, nos termos do art. 42 da LGPD.

Por fim, muito embora a origem dos vazamentos não esteja expressamente determinada, observa-se que a divulgação na imprensa dos dados pessoais vazados gerou uma comoção da sociedade em âmbito nacional, de sorte que a pressão da opinião pública acerca do ocorrido fez com que os órgãos jurídicos intervissem no processo de modo decisivo e definitivo.

Este é outro aspecto que deve ser observado com bastante atenção, sob o risco de se legitimar o vazamento de dados pessoais e processuais como uma ferramenta para alterar os rumos de um processo, utilizando-se da opinião pública como um catalisador para direcionar a lide. O Judiciário enquanto agente imparcial e cercado de garantias, deve ser capaz de arcar com os ônus e desgastes decorrentes de decisões impopulares, ainda que justas. Deste modo, a opinião pública não pode por si só ser um fator relevante na formação da convicção judicial.

Este é, portanto, mais um motivo para que os tribunais utilizem ferramentas para identificar as origens dos vazamentos, posto que determinar a pessoa responsável pelo vazamento possibilitará não só a adoção das medidas necessárias, bem como a melhor compreensão acerca de eventual intenção escusa.

CONCLUSÃO

A LGPD é uma lei que está em vigor há relativamente pouco tempo. De igual modo, não faz sequer um semestre da inclusão do direito à proteção dos dados entre as garantias fundamentais expressas na Constituição Federal.

Assim como as pessoas de direito privado estão ainda em processo de adequação às normas, também os órgãos públicos precisam estar adequados a essa nova realidade. Em virtude disso, o estudo de casos como o que se discorreu nesse artigo é de fundamental importância nesse momento de adaptações, adequações e confronto de conceitos e princípios, uma vez que fornece variáveis e condições que propiciam o debate fundamentado.

Por óbvio que este artigo não pretende esgotar o assunto, mesmo porque diversas interpretações podem ser feitas a respeito de todas as colocações aqui suscitadas. É inequívoco, porém a premente necessidade de enfrentamento das problemáticas que surgem com a adequação dos tribunais à LGPD, buscando principalmente resguardar os dados pessoais sensíveis, não sensíveis e especialmente de crianças e adolescentes.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. STF - MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO: Rcl 18638 CE. **JusBrasil**, 2014. Rel. Min. Roberto Barroso. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25272525/medida-cautelar-na-reclamacao-rcl-18638-ce-stf>>. Acesso em: 24 de jun. 2022.

BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil, 05 de outubro de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 24 de jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 24 de jun. 2022.

BRASIL. **Lei Nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm>. Acesso em 24 de jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 24 de jun. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 121, de 05 de outubro de 2010.** Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/92>>. Acesso em: 24 de jun. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 217, de 16 de fevereiro de 2016.** Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2248>>. Acesso em: 24 de jun. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 363, de 12 de janeiro de 2021.** Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3668>>. Acesso em: 24 de jun. 2022.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A incidência da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais nas atividades do Poder Judiciário. In DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel; CUEVA, Ricardo Villas Bôas (coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) : a caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GUIMARÃES, P. *et al.* "Suportaria ficar mais um pouquinho?". **The Intercept**, 2022. Disponível em: <<https://theintercept.com/2022/06/20/video-juiza-sc-menina-11-anos-estupro-aborto/>>. Acesso em 24 de jun. 2022.

TRIBUNAIS se adequam à LGPD. **Migalhas**, 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/339525/tribunais-se-adequam-a-lgpd>>. Acesso em: 24 de jun. 2022.

ZANETTI DE OLIVEIRA, Dânton Hilário. Proteção de dados pessoais e publicidade processual: Um contrassenso?. **Migalhas**, 2021. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/343796/protecao-de-dados-pessoais-e-publicidade-processual-um-contrassenso>>. Acesso em: 24 de jun. 2022.

CONTRATOS DESPORTIVOS

ANDRÉ GALDEANO SIMÕES:

Advogado atuando desde 2010 como Gerente Jurídico de Futebol do C.R. Flamengo, Mestrando em Direito Desportivo pela PUC/SP. Pós-Graduado em Direito Desportivo – Centro Universitário da Cidade/RJ e em Gestão Esportiva pelo Programa FGV/FIFA/CIES. Membro da Comissão de Direito Desportivo da OAB/RJ. Árbitro Desportivo do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA).

GABRIELA MESSETTI FERREIRA

(coautora)

FLÁVIA DE ALMEIDA DE OLIVEIRA ZANINI

(orientadora)

RESUMO: Desde que o futebol e suas regras passaram a existir, a atuação dos operadores do direito passou a ser indispensável para regular as práticas desportivas e proteger as relações jurídicas entre atletas, clubes e intermediários. Os contratos são um ato jurídico que se dá através do interesse de ao menos duas partes, para originar, modificar ou extinguir direitos e deveres inerentes aos interessados. Destaca-se que existem diversas particularidades nos contratos que versam sobre as relações desportivas e que devem ser observadas pelo operador do direito lembrando que o Direito Desportivo é uma área totalmente volátil devido às constantes transformações e evoluções dentro do desporto. A própria nomenclatura distingue o Contrato Especial de Trabalho Desportivo e evidencia que não se trata de um contrato de trabalho comum tal qual aqueles regidos pela CLT mas sim um contrato distinto com cláusulas singulares. Os contratos de trabalho de atletas profissionais detêm algumas peculiaridades que precisam ser analisadas. Os instrumentos contratuais desportivos não se relacionam com os contratos regidos especificamente pelo Direito Civil ou ainda, pelo Direito do Trabalho. As características específicas do esporte fazem com que os contratos desportivos devam ser elaborados segundo as normas desportivas nacionais e internacionais.

Palavras-chave: Contratos Desportivos, Direito Desportivo, Contrato Especial de Trabalho Desportivo, Lei Pelé.

ABSTRACT: Since football and its rules came into existence, the role of legal operators has become indispensable to regulate sports practices and protect legal relationships between athletes, clubs and intermediaries. Contracts are a legal act that takes place through the interest of at least two parties, to originate, modify or extinguish rights and duties inherent to the interested parties. It is noteworthy that there are several particularities in the contracts that deal with sports relationships and that must be observed by the legal operator, remembering that Sports Law is a totally volatile area due to the constant transformations and evolutions within the sport. The nomenclature itself distinguishes the Special Sports Employment Contract and shows that it is not a common employment contract such as those governed by the CLT, but a separate contract with singular clauses. The employment contracts of professional athletes have some peculiarities that need to be analyzed. Sports contractual instruments are not related to contracts specifically governed by Civil Law or even by Labor Law. The specific characteristics of sport mean that sports contracts must be drawn up in accordance with national and international sporting standards.

Keywords: Sports Contracts, Sports Law, Special Sports Employment Contract, Pelé Law.

1) Introdução

O presente artigo tem como objetivo discorrer a respeito das particularidades dos Contratos Desportivos em consonância com a teoria geral dos contratos, abrangendo ainda casos concretos de atletas profissionais de futebol.

Inicialmente, trataremos a evolução histórica da legislação desportiva bem como um breve relato da concepção e da evolução do contrato; e posteriormente, serão abordados os elementos necessários para a elaboração do contrato desportivo; sendo apontadas as suas características, bem como eventuais críticas e observações a respeito de seu funcionamento.

Algumas sugestões e reflexões, a fim da evolução deste importante instrumento, são necessárias para o aperfeiçoamento e acompanhamento do profissionalismo no esporte.

2) Evolução Histórica

Desde que o futebol passou a existir foram criadas regras específicas para regulamentar o esporte, a fim de garantir a maior organização do jogo que viria a ser o mais popular do mundo.

Com a criação das regras do jogo, entre elas: o surgimento dos árbitros de futebol, a lei do impedimento e as substituições dos atletas, a atuação dos operadores do direito passou a ser indispensável para regular as práticas desportivas, proteger as relações

jurídicas entre atletas, clubes e intermediários e solucionar quaisquer conflitos existentes na esfera desportiva.

Apesar da nomenclatura “Direito Desportivo” ser relativamente recente, não se pode olvidar que sua aplicação transcorre há muito mais tempo, porém de forma costumeira, conforme explica Oliveira Vianna (1999):

“Há, por exemplo, um largo setor do nosso direito privado que é inteiramente costumeiro, de pura criação popular, mas que é obedecido como se fosse um direito codificado e sancionado pelo Estado. Quero me referir ao direito que chamo esportivo e que só agora começa a ser “anexado” pelo Estado e reconhecido por lei. Este direito, cuja Charta (para empregar uma expressão de Malinowski) se estende pelo Brasil inteiro, é de autêntica realização popular e é aplicado com um rigor que muito Direito escrito não possui. Organizou instituições suas, peculiares, que velam pela regularidade e exação dos seus preceitos.

Tem uma organização também própria – de clubes, sindicatos, federações, confederações, cada qual com administração regular, de tipo eletivo e democrático; e um Código Penal seu, com a sua justiça vigilante e os seus recursos, agravos e apelações, obedecidos uns e outros, na sua atividade legislativa ou repressiva, como se tivessem ao seu lado o poder do Estado. Direito vivo, pois.

Dominados pela preocupação do direito escrito e não vendo nada mais além da lei, os nossos juristas esquecem este vasto submundo do direito costumeiro do nosso povo, de cuja capacidade criadora o direito esportivo é um dos mais belos exemplos.”⁴

A expansão da visibilidade do esporte tornou evidente a necessidade de se atentar para a regulamentação jurídica de forma mais minuciosa, momento em que a Constituição Federal passa a dispor sobre o assunto e leis específicas são apresentadas.

A Constituição Federal, em seu artigo 217, traz à tona a autonomia do Direito Desportivo, que conta com princípios, normas, fontes e lei própria:

4 VIANNA, O. Instituições Políticas Brasileiras (Primeiro e Segundo Volume). Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/1028>>. Acessado em: 08/11/2021.

Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:

I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;

(...)

§ 1º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.”

O saudoso Professor Álvaro Melo Filho (2002) com destreza discorre sobre a desordem que seria o desporto sem a devida regulamentação ao declarar que:

“Desporto é, sobretudo, e antes de tudo, uma criatura da lei. Na verdade, não há nenhuma atividade humana que congregue tanto o Direito como o desporto: os códigos de justiça desportiva, as regras de jogo, regulamentos de competições, as leis de transferências de atletas, os estatutos e regimentos das entidades desportivas, as regulamentações do doping, as normas de prevenção e punição da violência associada ao desporto, enfim, sem essa normatização, o desporto seria caótico e desordenado, à falta de uma regulamentação e de regras para definir quem ganha e quem perde.”⁵

Devido a necessidade de se regular os esportes e, através do Decreto Lei nº 3.199 de 14 de abril de 1.941, sobrevém a criação do Conselho Nacional do Desporto⁶, órgão responsável pelo desenvolvimento e regulamentação do desporto e que deixou de existir após a aprovação da Lei nº 8.672/1993 (Lei Zico), cujo objetivo principal era revogar a Lei do Passe através da proposição de uma nova estrutura de vínculo contratual aos atletas profissionais.

Entretanto, a Lei Zico sofreu significativas alterações antes de sua aprovação, tendo sido retirado inclusive o artigo que tratava da Lei do Passe⁷.

⁵ MELO FILHO, A. **Diretrizes para a nova legislação desportiva**. Revista Brasileira de Direito Desportivo, São Paulo. 2002. P.01.

⁶<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-3199-14-abril-1941-413238-publicacaooriginal-1-pe.html>

⁷ <https://universidadedofutebol.com.br/2021/04/10/o-que-preciso-saber-sobre-a-legislacao-desportiva-no-brasil/>

Apesar disso, conforme leciona SOUZA (2014, p. 8):

“A Lei Zico regulamentou o trabalho do atleta profissional com suas especificidades e garantiu, à entidade de prática desportiva que formou o atleta, a celebração do primeiro contrato com duração de até quatro anos, bem como instituiu que os atletas teriam direito a 20% do valor auferido pelo direito de arena e 35% pela comercialização da imagem.”

O fim do passe ocorreu apenas com a publicação da Lei nº 9.615/1998 (Lei Pelé), que criou a cláusula penal obrigatória nos contratos desportivos.

A Lei Pelé, portanto, trouxe mudanças expressivas para os contratos dos atletas profissionais bem como para as relações jurídicas desportivas provenientes de outras espécies de contratos.

Por fim, em 2003 foi publicada a Lei nº 10.671/20038 - o Estatuto do Torcedor – responsável pelas relações consumeristas desportivas, instituindo direitos e deveres de todas as partes envolvidas nos espetáculos esportivos.

De acordo com Luiz Flavio Gomes (2011):

“(…), ao expandir o conceito de torcedor para além do sujeito que paga o ingresso e comparece à arena, o legislador entendeu por bem reconhecer a importância e proteger todo aquele que, mesmo à distância, acompanha determinada modalidade ou equipe por meio dos veículos de mídia hoje disponíveis, gerando receitas para o esporte e, até por isso, merecendo ser tratado como consumidor.”⁹

Em síntese foi essa a trajetória percorrida para o desenvolvimento do Direito Desportivo, e para atingir a definição desse ramo do Direito que Gustavo Lopes Pires de Souza¹⁰ descreve como:

“Conjunto de normas e regras que regem o desporto e cuja inobservância pode acarretar penalizações, constituindo-se de normas escritas ou consuetudinárias que regulam a organização e a prática do desporto e, em geral, de quantas disciplinas e

8 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.671.htm

9 GOMES, Luiz Flavio (org.). Estatuto do Torcedor Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

10 SOUZA, Gustavo Lopes Pires de. **Direito Desportivo**. Belo Horizonte: Arraes Editores. 2014.

questionamentos jurídicos situam a existência do desporto como fenômeno da vida social.”

3) A Importância dos Contratos

No Direito Civil, o livro das Obrigações é o responsável por discorrer sobre a teoria geral dos contratos. E no Direito Desportivo, o Direito Civil é utilizado como importante fonte, em especial em casos cuja Lei Pelé for omissa.

É certo que os contratos existem desde que as pessoas passaram a viver em sociedade, e com o passar dos anos foi se desenvolvendo para se adequar a realidade da coletividade.

É o que ensina Flávio Tartuce (2012, p. 506):

“A feição atual do instituto vem sendo moldada desde a época romana sempre baseada na realidade social. Com as recentes inovações legislativas e com a sensível evolução da sociedade brasileira, não há como desvincular o contrato da atual realidade nacional, surgindo a necessidade de dirigir os pactos para a consecução de finalidades que atendam os interesses da coletividade.”¹¹

O contrato é um ato jurídico que se dá através da declaração de vontade de ao menos duas partes, ou seja, é possível dizer que é um mecanismo de pacificação de interesses, seja para originar, modificar ou extinguir direitos e deveres inerentes aos interessados. Nesse sentido, esclarece Maria Helena Diniz¹² que “sem o mútuo consenso, expresso ou tácito, não haverá qualquer vínculo contratual”. É, portanto, um negócio bilateral ou plurilateral.

Além do mútuo consenso, para que um contrato seja considerado válido, é necessário que seja firmado por indivíduos com capacidade jurídica para celebrar aquele negócio; ter o objeto lícito, possível, determinado ou determinável, haja vista que os direitos das partes devem estar regulados no contrato; e, finalmente deve observar a forma específica imputada pela lei.

Existem ainda os princípios básicos que norteiam os contratos, sendo o primeiro a autonomia da vontade, isto é, a liberdade dada as partes para decidirem acerca do objeto

¹¹ TARTUCE, Flávio. **Manual do Direito Civil – Volume Único**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

¹² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.57.

contratual e do conteúdo disposto no documento. Entretanto, tal princípio não pode se sobrepor e ferir o contido na legislação, sendo esse o princípio da supremacia da ordem pública.

Ao lado da liberdade está a obrigatoriedade do contrato, princípio contratual essencial, que dispõe a respeito da força imperativa do contrato. Isto significa que as partes estão obrigadas ao cumprimento do contrato, em razão da concordância entre elas e da premissa de que ninguém é obrigado a contratar, todavia, ao contratar, fica obrigado a satisfazer a obrigação. O convencionado entre os contratantes tem força de lei,

Esse princípio é denominado de *pacta sunt servanda*, sinalizando que o contrato faz lei entre as partes.

No que tange a obrigatoriedade do contrato, Flávio Tartuce (2012, p. 536) elucida:

“Anotese que o princípio da força obrigatória como regra máxima tinha previsão já no direito romano, segundo o qual deveria prevalecer o *pacta sunt servanda*, ou seja, a força obrigatória do estipulado no pacto. Não poderia, portanto, sem qualquer razão plausível, ser o contrato revisto ou extinto, sob pena de acarretar insegurança jurídica ao sistema.

(...)

Todavia, não é exagerado afirmar que o princípio da força obrigatória do contrato tende a desaparecer. Por certo, outro princípio o substituirá no futuro, talvez o princípio da conservação do contrato ou mesmo a boa-fé objetiva, em uma feição de tutela de confiança.”

Por conseguinte, o princípio da boa-fé objetiva está disposto no artigo 422 do Código Civil e prevê que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. A boa-fé objetiva é a base para qualquer relação jurídica íntegra. É o dever das partes de agir com honestidade, razoabilidade e respeito nas relações contratuais.

Por fim, o princípio da função social do contrato leva em consideração que o conteúdo pactuado pelas partes deve refletir sobre a realidade social em derredor. É o que doutrinam TEPEDINO, KONDER e BANDEIRA (2020, p. 49):

“Os legítimos interesses individuais dos titulares da atividade econômica só merecerão tutela (isto é, só serão tutelados pelo ordenamento jurídico) na medida em que interesses socialmente

relevantes, posto que alheios à esfera individual, venham a ser igualmente tutelados. A proteção dos interesses privados justifica-se não apenas como expressão da liberdade individual, mas em virtude da função que desempenha para a promoção de posições jurídicas externas, integrantes da ordem pública contratual. Vincula-se, assim, a proteção dos interesses privados ao atendimento de interesses sociais a serem promovidos no âmbito da atividade econômica (socialização dos direitos subjetivos)."¹³

Firmar um contrato, portanto, oferece às partes uma percepção de segurança jurídica e o entendimento de que haverá o cumprimento das obrigações descritas nele, dado que em caso de inobservância das determinações contidas no contrato, o direito poderá ser reivindicado por força judicial.

4) Os Contratos Desportivos

Conforme demonstrado anteriormente, os contratos são extremamente importantes para trazer segurança jurídica às relações contratuais, e esta afirmação não poderia ser diferente ao se tratar de contratos desportivos.

Primeiramente, conforme ministra as Professoras Maria Helena Diniz e Marinilce Lacerda Pena Sakahida¹⁴:

“O contrato de prestação de serviços profissionais entre atleta e entidade desportiva, sendo vedada sua realização por meio de terceiro, é o acordo de vontades em que uma das partes, sob subordinação, se obriga para com a outra a exercer temporariamente sua atividade esportiva, mediante remuneração (Lei nº 9.615/98, arts. 28 e 29, § 12, com a redação da Lei nº 12.395/2011; Dec. Nº 7.984/2013, art. 44, §§ 1º e 2º). Daí sua

a) bilateralidade, por gerar obrigações para ambos os contratantes: a prestação de atividade desportiva para o empregado, que deverá executá-la devidamente conforme as normas técnicas do jogo, e a remuneração para o empregado;

¹³ KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco; TEPEDINO, Gustavo. Contratos. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena; LACERDA PENA SAKAHIDA, Marinilce. A substituição do passe pela cláusula penal desportiva. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 15, n. 2, p. 79-108, ago. 2019. ISSN 2238-0604. Disponível em:

b) onerosidade, visto que acarreta vantagens para os contratantes, mediante contraprestações recíprocas (Lei nº 9.615/98, art. 28, §§ 1º a 3º); e

c) temporariedade, nos termos do artigo 30 da Lei 9.615/98 o prazo para sua vigência não poderá ser inferior a três meses e nem superior a cinco anos e, em seu parágrafo único, afasta expressamente a regra do art. 445 da CLT, que expressamente prevê que o contrato de trabalho por prazo determinado não poderá ser estipulado por mais de dois anos.”¹⁵

Destaca-se que existem diversas particularidades nos contratos que versam sobre as relações desportivas e que devem ser observadas pelo operador do direito desportivo, sendo a primeira delas a própria nomenclatura utilizada pelo legislador.

O Contrato Especial de Trabalho Desportivo evidencia que não se trata de um contrato de trabalho comum tal qual aqueles regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), mas sim um contrato distinto com cláusulas singulares, conduzido pela Lei Pelé, especialmente em seu artigo 28.

Manuel Cândido Rodrigues (1997) define o contrato de trabalho como um:

“Contrato bilateral, consensual, oneroso, da classe dos comutativos e de trato sucessivo. Tem por requisitos a pessoalidade, a onerosidade, a continuidade e por vezes, a própria exclusividade. Apresenta, como elementos integrantes, o acordo de vontades (tácito ou expresso); as prestações recíprocas (serviço de um lado e remuneração do outro); não-eventualidade na prestação de serviços e sujeição, por parte do empregado, às determinações de uma pessoa física ou jurídica.”¹⁶

No entanto, os contratos de trabalho de atletas profissionais detêm algumas peculiaridades que precisam ser analisadas. Inclusive, conforme ensina Álvaro Melo Filho, o contrato de trabalho desportivo possui característica especial em razão dos seguintes aspectos:

¹⁵ <https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/3566>. Acesso em: 14 nov. 2021. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604.2019.v15i2.3566>.

¹⁶ RODRIGUES, Manuel Cândido. “Contratos de Trabalho. Contratos Afins. Contratos de Atividade”. *In*: BARROS, Alice Monteiro de (coord.). *Curso de direito do trabalho*. estudos em memória de Célio Goyatá. 3ª ed. v. I. São Paulo: LTr, 1997, p. 439.

“Aspectos desportivos: (treinos, concentração, preparo físico, disciplina tática em campo);

Aspectos pessoais: (alimentação balanceada, peso, horas de sono, limites à ingestão de álcool);

Aspectos íntimos: (uso de medicamentos dopantes; comportamento sexual);

Aspectos convencionais: (uso de brincos, vestimenta apropriada);
Aspectos disciplinares: (ofensas físicas e verbais a árbitros, dirigentes, colegas, adversários e torcedores, ou recusa em participação em entrevistas após o jogo).”¹⁷

Domingos Sávio Zainaghi (1998, p. 60) afirma que “tendo em vista a excepcionalidade da relação de emprego entre atleta e clube, é que a lei exige os demais elementos que devem constar do contrato”¹⁸.

Além da nomenclatura especial, o contrato de trabalho de atletas profissionais deve ser firmado por escrito, constando a remuneração e cláusulas específicas para casos de rescisão contratual. Essa obrigatoriedade se dá pelo fato de que para regular a condição de jogo do atleta, o contrato especial de trabalho desportivo deverá ser registrado na entidade de administração nacional da respectiva modalidade desportiva, conforme consta no inciso I do artigo 34 da Lei Pelé.

Subsequentemente, os contratos de trabalho desportivos possuem prazo determinado, diferentemente do que dispõe a CLT. A regra determina que o prazo mínimo deste instrumento contratual é de 03 (três) meses e o prazo máximo de 05 (cinco) anos.

Posteriormente à Lei do Passe, a Lei Pelé instituiu de forma expressa a cláusula penal desportiva consoante o artigo 28.

“Art. 28. A atividade do atleta profissional, de todas as modalidades desportivas, é caracterizada por remuneração pactuada em contrato formal de trabalho firmado com entidade de prática desportiva, pessoa jurídica de direito privado, que deverá conter,

17 MELO FILHO, Álvaro. *Balizamentos jus-laboral-desportivos*. In *Atualidades sobre Direito Esportivo no Brasil e no Mundo*, tomo II/ BASTOS, Guilherme Augusto Caputo (coordenador), Brasília – DF – P. 22/23.

18 ZAINAGHI, Domingos Sávio. *Os atletas profissionais de futebol no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

obrigatoriamente, cláusula penal para as hipóteses de descumprimento, rompimento ou rescisão unilateral.

§ 1º Aplicam-se ao atleta profissional as normas gerais da legislação trabalhista e da seguridade social, ressalvadas as peculiaridades expressas nesta Lei ou integrantes do respectivo contrato de trabalho.

§ 2º O vínculo desportivo do atleta com a entidade desportiva contratante tem natureza acessória ao respectivo vínculo trabalhista, dissolvendo-se, para todos os efeitos legais:

I – com o término da vigência do contrato de trabalho desportivo; ou

II – com o pagamento da cláusula penal nos termos do caput deste artigo; ou ainda

III – com a rescisão decorrente do inadimplemento salarial de responsabilidade da entidade desportiva empregadora prevista nesta Lei.

§ 3º O valor da cláusula penal a que se refere o *caput* deste artigo será livremente estabelecido pelos contratantes até o limite máximo de cem vezes o montante da remuneração anual pactuada.

§ 4º Far-se-á redução automática do valor da cláusula penal prevista no caput deste artigo, aplicando-se, para cada ano integralizado do vigente contrato de trabalho desportivo, os seguintes percentuais progressivos e não-cumulativos:

I – dez por cento após o primeiro ano;

II – vinte por cento após o segundo ano;

III – quarenta por cento após o terceiro ano;

IV – oitenta por cento após o quarto ano.

§ 5º Quando se tratar de transferência internacional, a cláusula penal não será objeto de qualquer limitação, desde que esteja expresso no respectivo contrato de trabalho desportivo.”

Antes de adentrarmos as especificidades da cláusula penal desportiva, vale dissertar brevemente sobre o instituto do passe, utilizado anteriormente a cláusula mencionada, para atestar o vínculo contratual entre atleta e clube, independentemente do vínculo trabalhista.

O Passe assegurava aos clubes o vínculo contratual com o jogador profissional, mesmo após o término do contrato de trabalho celebrado entre eles. Sendo assim, o atleta de futebol somente poderia ser transferido para uma entidade desportiva distinta se houvesse o pagamento de uma indenização ao primeiro clube.

O mestre Rafael Teixeira Ramos tratou de definir o passe e justamente o que ele representava da seguinte maneira:

“O passe era instituto jurídico desportivo representativo do vínculo esportivo existente entre atleta e clube, que se perfazia com a primeira inscrição mais registro do atleta na federação desportiva ou com a sua compra seguida de registro na federação, concedendo direitos desportivos de preferência, permanência ou transferência do jogador ao seu clube.

A fixação do valor do passe tinha que ser prevista no contrato de trabalho do atleta (arts. 3º, V, II e 13 da revogada Lei n. 6.354/76). O passe, enquanto instituto representativo do vínculo desportivo, era totalmente independente do vínculo empregatício e perdurava mesmo após a extinção do contrato de trabalho, deixando unilateralmente as mãos do empregador desportivo poderes para manter ou negociar a condição federativa de jogo do atleta, repercutindo na esfera laboral ao violar o livre exercício de trabalho.”¹⁹

Com isso, o atleta profissional não era capaz de se desvencilhar do clube a quem prestava serviços e ainda poderia sofrer um revés em sua carreira caso não aceitassem as condições de permanência na entidade desportiva. Foi devido ao instituto do passe que o contexto do jogador de futebol foi considerado como análogo à escravidão.

RAMOS (2021, p. 246) exemplifica perfeitamente este cenário:

“Os melhores exemplos eram os engavetamentos dos documentos representativos dos “passes” por presidentes de clubes com o intuito de prender os atletas e evitando a continuação normal da prestação

¹⁹ RAMOS, Rafael Teixeira. Curso de Direito do Trabalho Desportivo: As Relações Especiais de Trabalho do Esporte. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 250.

laboral desportiva dos jogadores a outros empregadores desportivos.

Desse modo, vários desportistas ficavam impedidos de trabalhar caso não negociassem com o clube que detinha o seu 'passe'. Muitas vezes os jogadores se submetiam a todas as vontades negociais dos dirigentes de clubes para obter a sua transferência, ocorrendo renúncia de uma série de direitos laborais e até da própria liberdade de labor, no sentido de ser transferido para outro clube que o seu atual empregador desportivo queria, mesmo contra a vontade do atleta."²⁰

A título ilustrativo, um caso que gerou um grande impacto no período do extinto passe foi, em 1989, a transferência do jogador de futebol Bebeto para o Club de Regatas Vasco da Gama. À época, o atleta atuava pelo Clube de Regatas do Flamengo e não houve consenso para a renovação contratual. Com isso, foi necessário que o arquirival Vasco da Gama efetuasse o depósito do valor do passe do jogador, viabilizando a transferência para o novo clube. Caso o pagamento não fosse realizado, Bebeto estaria impedido de atuar por outro clube.

Com o advento da Lei Pelé, a figura do passe foi totalmente extinta do ordenamento jurídico, cedendo espaço à cláusula penal desportiva, que tratava da compensação pecuniária em caso de descumprimento contratual que resultasse no término do contrato de trabalho desportivo.

Diferentemente do passe, a cláusula penal desportiva era acessória ao contrato de trabalho desportivo, assim como o vínculo desportivo. Com o término regular do contrato de trabalho, a multa descrita na cláusula penal cessava e o jogador de futebol ficava livre para negociar novos contratos com outros clubes.

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho foi muito clara em relação a natureza acessória da cláusula e que, uma vez dissolvido o vínculo desportivo, passa o atleta profissional a ter liberdade para atuar por outra entidade desportiva.

"ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL. PRESCRIÇÃO BIENAL. MARCO INICIAL DA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL. RESILIÇÃO ANTECIPADA DO CONTRATO DE TRABALHO POR INICIATIVA DO JOGADOR. AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA SINDICAL. EXTINÇÃO DO

²⁰ RAMOS, Rafael Teixeira. Curso de Direito do Trabalho Desportivo: As Relações Especiais de Trabalho do Esporte. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

VÍNCULO DE EMPREGO. DATA DA ASSINATURA DO TRCT. PAGAMENTO DE CLÁUSULA PENAL. DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO DE TRABALHO. DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO DESPORTIVO. NATUREZA ACESSÓRIA. Embora a ausência de assistência do sindicato da categoria ou autoridade do Ministério do Trabalho, quando da rescisão do contrato de trabalho do empregado que prestou serviços por mais de um ano, implique a invalidação da rescisão contratual e, por conseguinte, a inversão do período de vigência do contrato de trabalho e o motivo da ruptura contratual para despedida imotivada do empregado, com o pagamento das parcelas que lhe são consequentes, não se pode alterar a "data de afastamento apontada" no TRCT, qual seja 14/7/2007, para quando foi efetuado o pagamento de cláusula penal ao Sport Club Corinthians Paulista, em 24/7/2007, conforme pretendido pelo reclamante, ora agravante. Na hipótese, o autor pleiteia, na petição inicial, o pagamento de diferenças a título de direito de arena e reflexos e não pretende que seja reconhecida a nulidade absoluta do TRCT, a continuidade da relação de emprego com o Sport Club Corinthians Paulista ou a rescisão do seu contrato de trabalho sem justa causa, nem cogita de simulação do ato jurídico e de falta de veracidade da data da assinatura do documento. Por outro lado, o Regional, na decisão recorrida, não teve dúvidas quanto à manifestação de vontade do empregado de por fim à relação de emprego com o Sport Club Corinthians Paulista, registrando que a ausência de homologação da rescisão contratual pelo sindicato da categoria, em 14/07/2007, decorreu de 'negligência' do atleta, visto que optou por assinar o TRCT na Alemanha e encaminha-lo, via fax, ao Brasil, já que, naquela data, já havia sido 'transferido para o time alemão *Werder Bremen*', com o qual firmou contrato em 13/7/2007, sendo que 'não produziu nenhuma contraprova apta a desconstituir os documentos apresentados pelo reclamado. Também não prospera a alegação recursal de que "apenas com o pagamento da cláusula penal, cessa o contrato de trabalho, assim como o vínculo desportivo' e, portanto, a contagem do prazo prescricional para pleitear as diferenças relativas ao direito de arena e reflexos iniciou-se em 24/07/2007, data em que a cláusula penal foi paga ao Sport Club Corinthians Paulista e a CBF liberou o atleta, colocando termo tanto ao contrato de trabalho quanto ao vínculo desportivo nessa data". Não se pode confundir vínculo empregatício com vínculo desportivo, visto que aquele é formado por meio da celebração de

um contrato de trabalho, o qual dá origem ao vínculo desportivo, a partir do efetivo registro do contrato na Confederação Brasileira de Futebol, elemento essencial para conferir ao atleta condição de jogo. Nos termos do inciso II § 2º do artigo 28 da Lei nº 9.615/98, com a redação dada pela Lei nº 10.672/2003, o vínculo desportivo do atleta com a entidade desportiva contratante tem natureza acessória ao respectivo vínculo trabalhista e, havendo a rescisão antecipada do contrato de trabalho a pedido do atleta, o vínculo desportivo somente se dissolve com o pagamento de cláusula penal desportiva. Esclareça-se que a cláusula penal desportiva, que visa a ressarcir e recompensar o clube de futebol pelas perdas e danos em decorrência do descumprimento do contrato de trabalho pelo atleta é acessória do contrato de trabalho desportivo, assim como o vínculo desportivo, que, uma vez dissolvido, garante ao jogador a condição de jogo e a liberdade para atuar para outra agremiação. Conforme delineado no acórdão recorrido, tem-se que o reclamante efetuou o pagamento da cláusula penal desportiva em 24/07/2007, em decorrência da rescisão antecipada a pedido do seu contrato de trabalho, que se deu em 14/7/2007, conforme indicado no TRCT por ele assinado. E, tendo em vista que o marco inicial para a contagem da prescrição bienal surgiu quando da rescisão do contrato de trabalho efetivada em 14/7/2007 e esta reclamação trabalhista foi ajuizada em 22/7/2009, está correta a decisão, na qual foi declarada a prescrição total. Ilesos os artigos 477, § 1º, da CLT 166 do CCB, 28, § 2º, da Lei nº 9.615/98 e 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal. Agravo de instrumento desprovido.” (TST - AIRR: 1608005420095020018, Relator: Jose Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 13/05/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: 22/05/2015).

Além disso, houve o entendimento do TST de que a cláusula penal desportiva não era devida apenas ao atleta profissional que tivesse o contrato rescindido como também ao clube de futebol em caso de rescisão por vontade do jogador.

“RECURSO DE REVISTA. CLÁUSULA PENAL DESPORTIVA. ROMPIMENTO DO PACTO DE TRABALHO POR INICIATIVA DO CLUBE. I - O tema se mostra sob duas ramificações exegéticas decorrentes da ausência de disposição explícita a respeito do sujeito a quem se destina a penalidade. II - O artigo 28 da Lei nº 9.615/98 estabelece a obrigatoriedade de o contrato de trabalho do atleta

profissional de futebol conter cláusula penal pelo descumprimento, rompimento ou rescisão unilateral do contrato, mas não traz em seu texto disposição literal de quem seja o sujeito passivo da cláusula.

III - Os fundamentos da primeira corrente de interpretação se espelham nas diretrizes cíveis de obrigatoriedade da cláusula penal como reforço acessório ao vínculo obrigacional, sob a aparência de uma indenização prévia por perdas e danos, bem assim na natureza sinalagmática dos contratos, nos quais se inclui o trabalhista. Nessa propositura, é acolhida a viabilidade de cumulação com a multa rescisória prevista no artigo 479 da CLT, na situação de rescisão indireta por mora no pagamento de salários (artigo 31 da Lei Pelé), visto possuírem naturezas diversas. Arrematando a tese, os princípios da isonomia e da proteção ao hipossuficiente obstariam fosse a penalidade excluída da parte mais forte representada pela entidade desportiva.

III - A segunda corrente interpretativa da cláusula penal, a de que é aplicável tão-somente ao jogador que se transfere para outra entidade desportiva e não para o empregador que rescindir o contrato antecipadamente, aborda essa penalidade como sucedânea do instituto do 'passe desportivo', em similar vantagem compensatória pelos investimentos realizados no atleta. Ademais, para essa segunda corrente, a multa cabível ao clube empregador que decide romper o pacto antes do termo estipulado no contrato é a do artigo 479 da CLT, que determina o pagamento de indenização de metade do total da remuneração a que o jogador faria jus até o final do contrato, nos termos do artigo 31, § 1º, da Lei Pelé, sendo essa mais uma razão que fortaleceria a tese de a cláusula penal não ser destinada a entidade desportiva, em face da impossibilidade de cumulatividade das sanções punitivas.

IV - Nos termos do caput do artigo 28 da Lei nº 9.615/98, a cláusula penal é obrigatória e traduz punição para quem descumpre, rompe ou rescinde unilateralmente o contrato de trabalho, independentemente de quem o seja, atleta ou entidade desportiva contratante, não se confundindo com a indenização que porventura se originasse dos dispêndios efetuados na formação do atleta. Não há, portanto, óbice à cumulação da cláusula penal com a verba nitidamente indenizatória do artigo 479 da CLT.

V - Sendo incontestável que o rompimento do pacto de trabalho, antes do término do prazo estipulado, foi por iniciativa do empregador, deve ele ser condenado ao pagamento da cláusula punitiva. Precedentes de Turmas. VI - Recurso provido." (TST - RR: 992000820065080006 99200-08.2006.5.08.0006, Relator: Antônio José de Barros

Levenhagen, Data de Julgamento: 13/02/2008, 4ª Turma. Data de Publicação: DJ 22/02/2008.).

Por conta da divergência causada pela cláusula penal desportiva no tocante a sua aplicação e a quem a cláusula era devida, o legislador buscou eliminar todas as dúvidas ao aperfeiçoá-la com a formação de duas novas instituições obrigatórias no contrato de trabalho desportivo: as cláusulas indenizatória e compensatória desportivas, cujas disposições estão contidas no artigo 28 da Lei Pelé.

“Art. 28. A atividade do atleta profissional é caracterizada por remuneração pactuada em contrato especial de trabalho desportivo, firmado com entidade de prática desportiva, no qual deverá constar, obrigatoriamente: (Redação dada pela Lei nº 12.395, de 2011).

I- Cláusula indenizatória desportiva, devida exclusivamente à entidade de prática desportiva à qual está vinculado o atleta (...);

II- Cláusula compensatória desportiva, devida pela entidade de prática desportiva ao atleta (...).”

Com o objetivo de facilitar o entendimento e aplicação da lei, o legislador definiu a cláusula indenizatória desportiva como aquela devida tão somente para os times de futebol na ocasião em que houver o descumprimento imotivado do contrato de trabalho do atleta profissional.

De maneira bastante específica, estão previstas duas hipóteses em que a cláusula indenizatória é devida, sendo a primeira o término antecipado do contrato de trabalho desportivo em caso de transferências nacionais e internacionais, e a segunda quando um atleta decide encerrar sua carreira profissional, rescindindo o contrato de trabalho, porém escolhe retomar as atividades profissionais em um período inferior a 30 (trinta) meses.

Para exemplificar a segunda hipótese, vale lembrar o momento em que o jogador Adriano, o Imperador, decidiu encerrar sua carreira profissional enquanto atuava pelo *Football Club Internazionale Milano*, e conseqüentemente rescindir o contrato de trabalho desportivo²¹.

Entretanto, alguns meses após o anúncio, em 2.009, o atleta decidiu retornar aos gramados pelo Clube de Regatas do Flamengo. Tendo em vista que esse acontecimento

21 <http://diariogauchoclicrbs.com.br/rs/noticia/2009/04/imprensa-estrangeira-repercute-decisao-de-adriano-2471697.html>

se deu antes da regulamentação pela Federação Internacional de Futebol (FIFA) não foi devida nenhuma indenização ao clube italiano.

Se, contudo, o fato tivesse ocorrido após a regulamentação e entre clubes de âmbito nacional, seriam solidários no pagamento da cláusula indenizatória desportiva o novo time de futebol e o atleta.

Importante fazer um paralelo entre a cláusula indenizatória nos contratos desportivos e o disposto no Código Civil em relação a penalidade por descumprimento do contrato:

“Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.”

No caso de inadimplemento contratual, a multa será proporcional ao restante do contrato, ou seja, deve-se considerar a obrigação cumprida e o que resta cumprir para definir o valor da penalidade.

Nesse sentido, TEPEDINO, KONDER e BANDEIRA (2020, p. 227) salientam:

“Assim sendo, tendo o locatário cumprido parcialmente o contrato de locação, o intérprete deverá examinar todas as prestações adimplidas pelo locatário vis-à-vis o inteiro prazo contratual, confrontando-as com a penalidade prevista no contrato, de modo que, caso a penalidade se mostre exagerada diante do prazo contratual que ainda resta, caberá a redução da cláusula penal, com base nos arts. 473,571 e 572 do Código Civil.”

Cabe ressaltar que o objetivo nos contratos de Direito Civil é justamente submeter as partes ao cumprimento do contrato em sua integralidade, sendo que não há qualquer interesse do contratante ou do contratado no distrato. O intuito é sempre finalizar o contrato conforme o acordado.

Ensinam, ainda, TEPEDINO, KONDER e BANDEIRA (2020, p. 41):

“A previsibilidade e estabilidade das relações contratuais, de maneira a garantir a segurança jurídica para o livre jogo econômico das relações individuais, traduzem os objetivos e valores do contexto histórico liberal em que foi forjada a principiologia contratual clássica. Por conseguinte, ao lado da liberdade de contratar e da relatividade dos efeitos dos contratos, o consensualismo manifesta a proteção ao livre exercício da autonomia negocial, tutelando-se a

vontade do contratante em contraponto à ameaça de intervenção. O *solus consensus obligat* constitui o coroamento, na modernidade, de que a palavra empenhada é suficiente para criar vínculo jurídico, prescindindo, em regra, de qualquer formalidade na expressão do consentimento ou mesmo da chancela estatal. Completa-se, afinal, com a força obrigatória do contrato, princípio fundamental do direito contratual, a exigir que os pactos sejam cumpridos. Sob o aforismo clássico *pacta sunt servanda*, construiu-se a noção de que “o contrato faz lei entre as partes”, emprestando ao fruto da autonomia negocial o mesmo efeito das determinações do legislador.”²²

Exemplificativamente, temos um contrato de locação residencial pelo prazo de 30 (trinta) meses, que, ao ser firmado entre as partes projeta o seu cumprimento rigorosamente pelo prazo estipulado.

O locador não se interessa pelo desfazimento do instrumento, haja vista que não há vantagens na percepção da penalidade. Inclusive o transtorno pode ser ainda maior, pois o proprietário ficará na expectativa de obter um novo inquilino, necessitando de um novo contrato de locação e com possíveis novos contratamentos. Da mesma forma, o locatário não pretende proceder com o distrato, tendo em vista que precisará dispor de recursos financeiros para executar os reparos necessários no imóvel, a fim de devolvê-lo nas condições originais. Além disso, encerrado o contrato de aluguel, o locatário se dará ao trabalho de buscar um novo local para residir com sua família.

Portanto, o não cumprimento dos contratos regidos pelo Direito Civil, é exceção aos contratantes, que de forma pontual exigem o instrumento particular guarnecido da multa justamente para evitar que a obrigação inerente a ele seja descumprida.

Leciona Paulo Lôbo (2020):

“O contrato obriga as partes contratantes, como se fosse lei entre elas. Seu não cumprimento enseja ao prejudicado a execução forçada pelo Poder Judiciário, quando possível, ou o equivalente em perdas e danos. A força obrigatória é assegurada pelo Estado, ainda que as cláusulas e condições do contrato não sejam normas jurídicas por ele editadas.

²² KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco; TEPEDINO, Gustavo. Contratos. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

(...)

Radica no princípio da força obrigatória os dois principais efeitos pretendidos pelas partes contratantes: a estabilidade e a previsibilidade. A estabilidade é assegurada, na medida em que o que foi pactuado será cumprido, sem depender do arbítrio de qualquer parte do contrato ou das mudanças externas, inclusive legislativas. A previsibilidade decorre do fato de o contrato projetar-se para o futuro – futuro antecipado –, devendo suas cláusulas e condições regular as condutas dos contratantes, na presunção de que permaneceriam previsíveis. Para alguns, em matéria contratual, basta a segurança jurídica, que já conteria a previsibilidade e a estabilidade.”²³

Em contrapartida, a cláusula indenizatória revela uma característica própria dos contratos desportivos: o anseio de que a outra parte descumpra com as suas obrigações contratuais.

Isso porque a cláusula indenizatória se dá pela transferência do atleta para um clube nacional ou internacional, sendo devida a multa contratual pela saída do jogador.

Em caso de transferências nacionais, o valor máximo será correspondente a duas mil vezes o valor médio do salário contratual do atleta; e em caso de transferências internacionais o valor será ilimitado. Isso se justifica em virtude dos investimentos realizados pelo clube em determinado jogador, posto que a rescisão antecipada traria imensos prejuízos a entidade de prática desportiva.

Destaca-se que em caso de aplicação da cláusula indenizatória desportiva, não há qualquer redução do valor, como acontece nos contratos regidos pelo artigo 413 do Código Civil, senão quando houver cláusulas em branco ou não escritas em contrato.

O valor estipulado será cobrado em sua integralidade, independentemente do tempo que restar para concluir o contrato de trabalho desportivo.

Aliás, sobre o assunto, clarifica RAMOS (2020, p. 256):

“Notabilize-se que, o artigo 28, § 4º foi revogado pela Lei n. 12.395/11, inexistindo desde então a amortização, o escalonamento

²³ LÔBO, Paulo. Contratos – Coleção Direito Civil Volume 3 – 6. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 73-74.

reduutivo do valor da cláusula penal por cada ano de cumprimento do contrato pelo atleta.

Este redutor muito criticado, não tinha razão de ser, na medida em que estabelecer redução legal automática de cláusula penal no contrato de trabalho desportivo não atende às necessidades singulares desta espécie contratual.

Nesses termos, não pode o rompedor do contrato laboral desportivo se beneficiar da diminuição do seu clausulado penal pelo simples dever de cumprimento contratual, seja o beneficiário o empregado ou o empregador desportivo.

Rememore-se que, quem arca com as despesas das multas rescisórias, quase sempre, são as próprias entidades empregadoras desportivas e os empresários, sendo raríssimas vezes os atletas. Por conseguinte, entende-se com a nova sistemática das cláusulas indenizatória e compensatória desportivas que, o magistrado trabalhista apenas pode se utilizar dos instrumentos subsidiários (art. 28, § 4º c/c art. 8º, § 1º, da CLT) para aplicar o Código Civil (art. 413) aos conflitos sobre montantes das mencionadas cláusulas, se forem estipulados valores exorbitantes, desarrazoados e descondizentes com a realidade ou se não descritos os valores em contrato.

São os casos de cláusulas valorativas em branco ou não escritas em contrato, podendo o Magistrado lançar mão do art. 413, do CC, para reparar os valores clausulados a partir da real extensão do dano provocado pela rescisão contratual e a partir da valorização real do trabalho do jogador, servindo esse raciocínio para a aplicação das duas cláusulas em estudo.”

Para os clubes de futebol que detém o contrato de trabalho desportivo com o atleta, a quebra de contrato em caso de transferências não simboliza um problema, haja vista que o clube interessado no jogador terá que arcar com uma multa de valor bastante relevante, resultando em benefícios financeiros para o clube.

Razão pela qual muitos consideram o integral cumprimento do contrato especial de trabalho desportivo pelo atleta em relação ao clube um verdadeiro “prejuízo”, pois com a ausência de transferência onerosa do atleta para novo clube, o clube ao qual o atleta se encontra vinculado deixa de auferir importante receita além de perder o vínculo federativo

do atleta. Ou seja, o cumprimento integral do contrato não é desejo da maioria das entidades de prática desportiva.

Cabe ressaltar que em função da cláusula indenizatória desportiva surgem os direitos econômicos. Entende-se por direitos econômicos todo e qualquer resultado ou proveito econômico oriundo da transferência onerosa, temporária ou definitiva, do vínculo esportivo de atleta profissional entre organizações esportivas empregadoras, através do pagamento de qualquer valor acordado entre as partes conforme previsto na cláusula indenizatória desportiva expressa em contrato especial de trabalho esportivo ou de compensação por rescisão de contrato fixada por órgão ou tribunal competente.

Estes direitos econômicos procedentes de pagamento de cláusula indenizatória desportiva são de titularidade da organização esportiva com o qual o atleta profissional mantenha vínculo. Assim possui a denominação de direito federativo.

Em razão da existência de direitos econômicos pode haver um outro contrato denominado “Compartilhamento de Direitos Econômicos” onde um clube ao ceder o atleta para um novo clube pode resguardar a titularidade de percentual de direitos econômicos. Ou seja, caso este atleta seja novamente cedido o clube anterior pode receber percentual em função da nova cessão do vínculo federativo do atleta.

Em seguida o artigo 28 menciona a cláusula compensatória desportiva como condição igualmente obrigatória no contrato de trabalho desportivo.

Ao contrário do que estabelece a cláusula indenizatória, a cláusula compensatória dispõe que em caso de rescisão contratual motivada pelo clube, ele será o responsável pelo pagamento do montante devido ao atleta, cujo valor máximo é de quatrocentas vezes o valor do salário mensal no momento da rescisão.

A cláusula compensatória será devida em caso de rescisão decorrente de inadimplemento salarial ou pagamentos de direito de imagem por período igual ou superior a três meses; rescisão indireta ou dispensa imotivada do atleta.

É o caso do atleta Frederico Chaves Guedes, que ingressou com ação judicial em face do Cruzeiro Esporte Clube exigindo a cláusula compensatória desportiva em virtude do constante atraso salarial²⁴.

Nessa sequência, um dos pontos mais importantes a ser discutido no tocante ao contrato especial de trabalho desportivo é a remuneração do atleta profissional.

²⁴https://www.mg.superesportes.com.br/app/noticias/futebol/cruzeiro/2020/07/16/noticia_cruzeiro,3854907/clausula-compensatoria-de-fred-supera-receitas-de-um-ano-do-cruzeiro.shtml

Isso porque há ampla discussão acerca dos elementos que englobam o salário de um atleta, tendo como exemplo as luvas, bichos, direito de arena e o direito de imagem.

Além das particularidades indicadas pela Lei Pelé constantes exclusivamente em contratos de trabalho desportivos, vale reforçar que os atletas profissionais desfrutam igualmente dos direitos trabalhistas mencionados na CLT.

As luvas são uma forma de incentivo ao jogador no momento da assinatura do contrato de trabalho desportivo. Já os bichos são uma remuneração extraordinária em consequência de resultados coletivos positivos em jogos ou campeonatos. Ambos possuem natureza jurídica salarial, conforme entendimento do TST.

O direito de imagem, por sua vez, deve ser tratado em um contrato à parte do contrato de trabalho desportivo, sendo que possui natureza civil, podendo ser transacionado civil e comercialmente, consoante a previsão dos incisos X e XXVIII do artigo 5º da Constituição Federal.

“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;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; (...).”

O objeto do Contrato de Licença de Uso de Imagem é a exploração da imagem, apelido desportivo, nome e voz do atleta profissional, sendo que o bem jurídico a ser tutelado é o limite à utilização da imagem.

Leciona Jorge Miguel Acosta Soares (2008):

“Em uma definição relativamente de fácil compreensão, o Direito de Imagem é aquele que o indivíduo tem sobre sua estética, sob sua forma plástica sob os componentes peculiares que o distinguem e o individualizam dos demais. É o direito que recai sobre a forma física

do indivíduo, exclusivamente sobre seus traços externos, sem qualquer relação com suas qualidades interiores. É a abstração que nasce da singularidade do corpo do sujeito, podendo este ser tomado em sua totalidade ou em partes individualizadas – a boca, os olhos, as pernas – desde que capazes de identificá-lo no grupo²⁵.

Nesse contrato o atleta cede ao clube de futebol a que está vinculado o exercício do direito de exploração de sua imagem e outros atributos para uso em acessórios e eventos oficiais da entidade desportiva, bem como nas demais formas pactuadas em instrumento particular.

Rafael Teixeira Ramos (2021, p. 302) afirma que o direito de imagem é:

“(...) a contratação da exploração individualizada da imagem e voz dos atletas. Geralmente, de maneira pessoal ou por via de empresas instituídas pelos próprios jogadores, com a finalidade de promover a venda de produtos ou serviços empresariais, de forma desatrelada da competição desportiva, valendo-se apenas da fama atlética para propagação comercial, de licenciamento de produtos, serviços, dentre outros.

No direito de imagem se parte sempre da individualização da imagem desatrelada da obra desportiva coletiva, embora admita-se contratar uma coletividade de atletas para propaganda comercial ou divulgação de marcas. Porém, não existirá conexão direta com os eventos desportivos, tendo-se sempre que segmentar de maneira individual a retribuição pela imagem, pois a exploração econômica se manifesta de maneira personalíssima, individualizada.”²⁶

Por conseguinte, é fundamental observar algumas características específicas para que o Contrato de Licença de Uso de Imagem seja considerado válido.

Inicialmente, em cada caso deve-se verificar se o objeto pactuado em contrato de fato se associa com a tarefa de exploração de imagem e demais atributos individuais do jogador de futebol.

25 SOARES, Jorge Miguel Acosta. Direito de Imagem e Direito de Arena no Contrato de Trabalho do Atleta Profissional. São Paulo: LTr, 2008, p.72.

26 RAMOS, Rafael Teixeira. Curso de Direito do Trabalho Desportivo: As Relações Especiais de Trabalho do Esporte. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

Em outras palavras, é crucial que após firmado o Contrato de Licença de Uso de Imagem, a imagem do atleta profissional seja efetivamente utilizada para que o instrumento se torne legítimo. Inclusive é o entendimento do TST sobre o assunto:

“RECURSO ORDINÁRIO. ATLETA PROFISSIONAL. CONTRATO DE DIREITO DE IMAGEM. FRAUDE À LEGISLAÇÃO TRABALHISTA. NATUREZA SALARIAL. A verba paga a título de direito de imagem tem natureza civil quando observado os limites traçados na Lei nº 13.155/15 e demonstrados a efetiva divulgação, exploração ou utilização da imagem do jogador pelo clube que o contratou, de modo que a ausência desses critérios, associados ao pagamento fixo e desvinculado de qualquer contrato importa em reconhecer a natureza salarial da rubrica diante da evidente fraude à legislação trabalhista.” (TRT-1 - RO: 01007043520195010282 RJ, Relator: CARINA RODRIGUES BICALHO, Data de Julgamento: 04/08/2021, Sétima Turma, Data de Publicação: 24/08/2021)

Ainda, deve haver equilíbrio entre os valores auferidos pelo uso econômico da imagem e a compensação financeira devida ao jogador.

Por fim, em relação a parcela correspondente ao direito de imagem é preciso registrar que não poderá exceder 40% do valor salarial acordado entre atleta e clube, conforme dispõe o artigo 87-A da Lei 9.615/98:

“Art. 87-A. O direito ao uso da imagem do atleta pode ser por ele cedido ou explorado, mediante ajuste contratual de natureza civil e com fixação de direitos, deveres e condições inconfundíveis com o contrato especial de trabalho desportivo. (Incluído pela Lei nº 12.395, de 2011).

Parágrafo único. Quando houver, por parte do atleta, a cessão de direitos ao uso de sua imagem para a entidade de prática desportiva detentora do contrato especial de trabalho desportivo, o valor correspondente ao uso da imagem não poderá ultrapassar 40% (quarenta por cento) da remuneração total paga ao atleta, composta pela soma do salário e dos valores pagos pelo direito ao uso da imagem. (Incluído pela Lei nº 13.155, de 2015).”

Se, eventualmente, o valor recebido pelo atleta profissional foi superior a 40%, então o que ultrapassar será considerado como salário desvirtuado para fins de rescisão. Em contrapartida, se evidenciada a fraude no Contrato de Imagem com o único objetivo de

mascarar as parcelas salariais, torna-se nulo o instrumento particular com a conseqüente caracterização dos valores pagos como verbas de natureza salarial, incluindo os reflexos das principais verbas trabalhistas.

Conceitua resumidamente Rafael Teixeira Ramos: a natureza da parcela referente ao direito de imagem deve ser apurada de acordo com a primazia de sua realidade, se realmente há elo coerente entre as proporções das verbas recebidas e a exploração da imagem atlética²⁷.

À vista disso, há que se refletir quanto ao uso da imagem do atleta profissional e a porcentagem determinada por lei, na medida em que certas contratações justificariam perfeitamente o pagamento de importâncias distintas daquela disposta no artigo 87-A.

Vale reforçar que os contratos desportivos diferem completamente dos contratos comuns em consequência das particularidades evidenciadas nas relações desportivas.

Por esse ângulo, frisa-se que determinadas contratações são muito mais valiosas aos clubes de futebol por conta da repercussão midiática e da imagem propriamente dita do atleta do que pela força de trabalho.

À título de exemplo é possível citar o caso do Botafogo de Futebol e Regatas, que contratou em meados de 2.020 os atletas Keizuke Honda e Salomon Kalou para compor o elenco. Veteranos e em fim de carreira, os jogadores pouco contribuíram com o futebol do clube, mas garantiram o aumento da visibilidade do time antes mesmo de serem apresentados.

Em caso ainda mais recente, a contratação de Cristiano Ronaldo pelo time inglês Manchester United rendeu ao clube um salto de quase 6% em suas ações na bolsa de Nova York²⁸. Além disso, em apenas 12 horas o clube vendeu mais de 406 mil unidades da camisa estampada com o número do atacante²⁹.

Parece razoável considerar que em casos como estes, o valor pago à título de direito de imagem pudesse ser superior à porcentagem imposta pela legislação.

²⁷ RAMOS, Rafael Teixeira., op. cit., 2021, p. 319.

²⁸ VALOR INVESTE. **Manchester United fecha em alta de 5,7% em NY após contratação de Cristiano Ronaldo.** 2021. Disponível em: <<https://valorinveste.globo.com/mercados/renda-variavel/empresas/noticia/2021/08/27/manchester-united-fecha-em-alta-de-57percent-em-ny-apos-contratacao-de-cristiano-ronaldo.ghtml>>. Acesso em: 15 nov. 2021.

²⁹ JOGADA10. **United bate recorde com venda das novas camisas de Cristiano Ronaldo.** 2021. Disponível em: <<https://jogada10.com.br/futebol-internacional/united-bate-recorde-com-venda-das-novas-camisas-de-cristiano-ronaldo/>>. Acesso em: 15 nov. 2021.

Aliás, é o que ilustra RAMOS (2021, p. 323) no tocante a esse ponto:

“Esses desacertos legais provocam uma certa decadência nos negócios do esporte e uma confusão nos litígios trabalhistas desportivos, atando as mãos do julgador, que deve observar a rigidez normativa, podendo afastar da atividade econômica desportiva parcerias de aportes financeiros consideráveis aos clubes, como no caso de grandes atletas que trazem parcerias civis com sua participação percentual elevada. Por óbvio, que geralmente, tais parcelas retributivas da cessão da imagem são parelhas ou maiores do que o salário base.”³⁰

São os casos de Ronaldo Nazário e o Sport Club Corinthians Paulista; Ronaldinho Gaúcho e Clube de Regatas do Flamengo; Neymar Jr e Santos Futebol Clube; dentre tantos outros.

Cabe destacar que muitos contratos dizem respeito ao universo esportivo, tais como patrocínio, televisionamento,

Vale dizer que ainda há muito a se estudar e modificar no âmbito do Direito Desportivo, sendo uma área totalmente volátil devido às constantes transformações e evoluções dentro do desporto.

5) Conclusão

A temática apresentada no título deste trabalho aborda o contraste no tocante aos contratos costumeiros e os contratos desportivos.

O Direito Desportivo é regido por normas amplas, multidisciplinares e frequentemente mutáveis, como é o caso da Lei 9.615/98. A Lei Pelé é a norma jurídica predominante que institui o regramento no setor desportivo. No entanto, ante as diversas alterações ao longo dos anos, bem como as incontáveis interpretações acerca do repertório, haja vista a imprecisão da legislação, é certo que a Lei Pelé ocasionou muitos conflitos e incertezas não apenas aos atletas profissionais e as entidades de prática desportiva como também aos operadores de direito.

Dentre essas incertezas, destaca-se a cláusula penal obrigatória do contrato de trabalho desportivo, que funcionava como uma pena por descumprimento contratual por parte do atleta ou quando o empregador rescindia o contrato de forma imotivada. As

³⁰ RAMOS, Rafael Teixeira., op. cit., 2021, p. 323.

divergências causadas pela cláusula penal desportiva foram necessárias para a evolução jurídica e legislativa desportiva no tocante a normatização de institutos fundamentais para a relação contratual entre clubes de futebol e atletas profissionais, como por exemplo as cláusulas indenizatória e compensatória desportivas.

Verificou-se ainda, que os instrumentos contratuais desportivos não se relacionam com os contratos regidos especificamente pelo Direito Civil ou ainda, pelo Direito do Trabalho. Isso porque o esporte – no caso em tela, o futebol - é dotado de particularidades oriundas da atividade esportiva, que influenciam o ordenamento jurídico e a forma com que a legislação deve ser regulada.

Tamanha a necessidade de se atentar para as especificidades dos contratos desportivos, que a própria nomenclatura distingue o contrato de trabalho, designando-o como Contrato Especial de Trabalho Desportivo.

Ademais, foi possível perceber que diferentemente dos contratos regidos pelo Direito Civil, há uma expectativa de quebra de contrato no tocante ao contrato de trabalho desportivo e a cláusula indenizatória desportiva, produzindo impactos financeiros positivos para os clubes em caso de transferências – principalmente as de caráter internacionais.

Finalmente, observou-se a distinção do Contrato de Trabalho Desportivo para o Contrato de Licença de Uso de Imagem, que possui natureza civil e regula expressamente a exploração da imagem dos atletas profissionais pelos clubes de futebol, além das características próprias deste contrato, que se descumpridas poderão alterar a natureza civil para trabalhista, anulando o contrato e trazendo prejuízos financeiros para a entidade de prática desportiva. Por esse motivo, é extremamente importante observar a finalidade do contrato e submeter-se ao disposto na legislação desportiva.

Por último, em virtude das características específicas provenientes do desporto, os contratos desportivos deverão ser elaborados segundo às normas desportivas (nacionais e internacionais), com a utilização das demais leis de forma subsidiária, somente quando a legislação desportiva não tratar efetivamente de determinado assunto.

Vale ressaltar ainda, que o desporto é um tema de extrema relevância, não apenas de forma social como também por se tratar de atividade de grande giro econômico. Por esse motivo é que os reflexos jurídicos causados pelas atividades desportivas devem ser observados com muita cautela, haja vista os cuidados específicos que demandam.

É preciso compreender o fenômeno social e econômico que o esporte representa para o mundo, trazendo com isso a importância de um olhar jurídico mais aprofundado e atualizado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena; LACERDA PENA SAKAHIDA, Marinilce. A substituição do passe pela cláusula penal desportiva. *Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo*, v. 15, n. 2, p. 79-108, ago. 2019. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/3566>. Acesso em: 14 nov. 2021. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604.2019.v15i2.3566>.

JOGADA10. **United bate recorde com venda das novas camisas de Cristiano Ronaldo**. 2021. Disponível em: <<https://jogada10.com.br/futebol-internacional/united-bate-recorde-com-venda-das-novas-camisas-de-cristiano-ronaldo/>>. Acesso em: 15 nov. 2021.

J.M. de Carvalho Santos, Código civil brasileiro interpretado, vol. XV, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1975, 8ª ed., p. 22.

KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco; TEPEDINO, Gustavo. *Contratos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

LÔBO, Paulo. *Contratos – Coleção Direito Civil Volume 3 – 6. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.*

MELO FILHO, A. **Diretrizes para a nova legislação desportiva**. *Revista Brasileira de Direito Desportivo*, São Paulo. 2002.

MELO FILHO, Álvaro. *Balizamentos jus-laboral-desportivos. In Atualidades sobre Direito Esportivo no Brasil e no Mundo, tomo II/ BASTOS, Guilherme Augusto Caputo (coordenador), Brasília – DF.*

RAMOS, Rafael Teixeira. *Curso de Direito do Trabalho Desportivo: As Relações Especiais de Trabalho do Esporte*. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

RODRIGUES, Manuel Cândido. "Contratos de Trabalho. Contratos Afins. Contratos de Atividade". *In: BARROS, Alice Monteiro de (coord.). Curso de direito do trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá*. 3ª ed. v. I. São Paulo: LTr, 1997.

SOARES, Jorge Miguel Acosta. *Direito de Imagem e Direito de Arena no Contrato de Trabalho do Atleta Profissional*. São Paulo: LTr, 2008.

SOUZA, Gustavo Lopes Pires de. **Direito Desportivo**. Belo Horizonte: Arraes Editores. 2014.

TARTUCE, Flávio. Manual do Direito Civil – Volume Único. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

VALOR INVESTE. **Manchester United fecha em alta de 5,7% em NY após contratação de Cristiano Ronaldo.** 2021. Disponível em: <<https://valorinveste.globo.com/mercados/renda-variavel/empresas/noticia/2021/08/27/manchester-united-fecha-em-alta-de-57percent-em-ny-apos-contratacao-de-cristiano-ronaldo.ghtml>>. Acesso em: 15 nov. 2021.

VIANNA, O. Instituições Políticas Brasileiras (Primeiro e Segundo Volume). Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/1028>>. Acessado em: 08/11/2021.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. *Os atletas profissionais de futebol no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

ÉTICA A NICÔMACO - LIVRO II: O HÁBITO EM ARISTÓTELES COMO BUSCA DA EXCELÊNCIA MORAL

MARIA FUMIKO SAMPAIO KUMAGAI:

Bacharel em Direito (2017), formada pela Fundação Armando Alvares Penteado especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e mestranda em Direito Penal pela PUC-SP.

RESUMO: Este artigo pretende examinar o livro II presente em *Ética a Nicômaco*, escrito por Aristóteles. Baseado na busca pela excelência moral, o hábito é um produto desta, e para poder atingi-lo é necessário entender quais atitudes levam à excelência e quais levam à deficiência, sendo esta última, algo negativo, baseado em excessos, faltas das emoções e ações de um indivíduo. Por meio do hábito e costumes passa-se a entender a construção de uma sociedade androcêntrica e ao mesmo tempo questiona-se se atitudes que diminuem as mulheres seriam aceitas como excelência moral. Em seguida é analisada a série *Inacreditável* sob o prisma de hábitos realizados pelos personagens. Por fim, verifica-se que para uma mudança real a educação é o melhor caminho, pois é por meio dela que boas atitudes podem ser ensinadas e construídas.

Palavras-chave: Aristóteles. *Ética a Nicômaco*. Livro II. Violência Contra a Mulher. *Inacreditável*.

ABSTRACT: This article aims to examine book II present in *Nicomachean Ethics*, written by Aristotle. The search for moral excellence produces habit, and in order to reach it, it's necessary to understand which attitudes lead to excellence and which lead to deficiency, the latter being something negative based on excesses and lack of emotion or action in an individual. Through habit we are able to understand the structures of an androcentric society and, at the same time, question whether attitudes that belittle women would be accepted as deeds of moral excellence. Furthermore, the article analyses the Netflix series *Unbelievable*, dissecting the habits portrayed by the characters. Lastly, it is clear that the key to real and effective change is education, since it is through this that good habits and attitudes can be taught and constructed.

Keywords: Aristotle. *Nicomachean Ethics*. Book II. Violence Against Women. *Unbelievable*.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Livro II. 2 A construção de uma sociedade androcêntrica por meio do hábito. 3. Série Inacreditável. 4 Educação como meio para a mudança. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Diante das duas formas de excelência que o ser humano pode ter, a excelência moral é aquela tratada no livro II em *Ética a Nicômaco*. O escrito de Aristóteles dedicado a seu filho, busca ensinar que é através do hábito que se toma decisões para se tornar uma boa pessoa.

A primeira abordagem a ser feita neste artigo está relacionada diretamente ao Livro II, como forma de entender melhor o que o autor quer dizer com hábito e como se atinge a excelência moral. Para ele, a prática de uma atitude positiva, bem como a adoção de certos critérios é o que leva à excelência. Defini-la é importante, pois só assim é possível entender que emoções e faculdades não podem ser controladas e por isso não é a excelência moral, uma vez que um dos seus pilares é agir de forma consciente e deliberadamente.

Aristóteles também explica que há hábitos ruins, que ele caracteriza como deficiência moral, visto que são emoções ou ações excessivas ou faltantes e que como tais devem ser censuradas, mas nem todas as más condutas devem ser reprováveis, pois o ser humano para atingir o meio termo, por vezes vai cometer excessos ou faltas.

Após análise do Livro II, passa-se para como os hábitos podem formar uma sociedade androcêntrica, e em consequência um corpo social desigual. A questão aqui levantada é se hábitos realizados por uma grande parcela de indivíduos, torna-se positiva, mesmo que se analisada separadamente, esta seria considerada uma deficiência moral.

Como forma de exemplificar condutas de excelência e deficiência moral, será analisada a série *Inacreditável*, que está diretamente relacionada a hábitos e costumes machistas. Bem como se o cometimento de crimes em série, que vão sendo aperfeiçoados podem ser considerados excelência.

O último ponto a ser tratado é a educação e como ela pode ser um meio para modificar hábitos, tornando-os melhores. Assim como posto por Aristóteles, a melhor das pessoas é aquela que pensa não em si, mas nos outros.

1. LIVRO II

Aristóteles escreve *Ética a Nicômaco* para seu filho, como forma de lhe ensinar as boas práticas e atitudes que se buscam em uma pessoa. Durante todo o texto, ele deixa

claro que tudo o que é feito em demasia é ruim, devendo ser encontrado o meio termo para uma vida de equilíbrio.

De forma mais específica, o autor busca em cada “capítulo”, chamados de livros, retomar o que já foi tratado, mas prosseguido e adicionando assuntos, que são os assuntos focais de cada livro. Há dentro de cada livro, itens enumerados que auxiliam na consistência do tema. Assim sendo, será destrinchado todos os itens presentes no livro II, este que explica o que é a excelência moral, elencando-o com o hábito.

No início do livro, Aristóteles retoma da diferença entre excelência intelectual e moral, sendo esta segunda o enfoque. Para ele, a excelência moral é produto do hábito, e é por meio deste que se adquire, ou seja, ela não é construída apenas observando ou ouvindo. É necessário que para se aprender algo deve-se fazê-lo, como costurar, que com a prática, com a habitualidade, é possível se torna uma costureira ou costureiro. Não necessariamente a pessoa se tornará uma boa costureira, pois do mesmo modo que é possível se tornar bom, os mesmos meios que a levaram para esse fim, são os meios para torna-la ruim. Importante ressaltar que a construção da excelência moral está nos seres humanos, pois não se pode alterar as questões da natureza por meio do hábito, e aqui Aristóteles usa o exemplo da pedra “...que por natureza se move para baixo, não pode ser habituada a mover-se para cima, ainda que alguém tente habituá-la jogando-a dez mil vezes para cima...”(ARISTÓTELES, 1985, p. 35).

O autor a todo momento em Ética a Nicômaco ratifica a importância de se buscar o bem, já que essa é o objetivo de seu texto, por isso ele esclarece que o princípio geral a se seguir a é reta razão, que por meio da racionalidade encontra o meio termo:

O homem que evita e teme tudo e não enfrenta coisa alguma torna-se um covarde; em contraste, o homem que nada teme e enfrenta tudo torna-se temerário; da mesma forma, o homem que se entrega a todos os prazeres e não se abstém de qualquer deles torna-se concupiscente, enquanto o homem que evita todos os prazeres, como acontece com os rústicos, torna-se de certo modo insensível; a moderação e a coragem, portanto, são destruídas pela deficiência e pelo excesso, e preservadas pelo meio termo (Ibid., p. 37).

A racionalidade é uma das formas a serem adotadas para se conseguir a excelência moral, pois as paixões não é moderada, ela torna o indivíduo excessivo ou insuficiente para agir. Desse modo, usando meios equilibrados é possível para alguém que tem medo, aprender a lidar com coisas temíveis e encará-las, tornando-se corajoso:

Com efeito, a excelência moral se relaciona com o prazer e o sofrimento; é por causa do prazer que praticamos más ações, e é por causa do sofrimento que deixamos de praticar ações nobilitantes. Daí a importância, assinalada por Platão, de termos sido habituados adequadamente, desde a infância, a gostar e desgostar das coisas certas; esta é a verdadeira educação (Ibid., p. 38).

Tanto o prazer quanto o sofrimento são sentimentos que vão moldar o indivíduo, e nesse ponto Aristóteles defende que não é a falta desses sentimentos que criam a excelência moral, pois como animais, os seres humanos aprendem desde criança a querer o que lhe dá prazer e se desvencilham do que lhe gera sofrimento, porém é por meio da dificuldade que negar um e aceitar o outro que se cresce. Para ele, as coisas melhores são conquistadas com dificuldade (Ibid., p. 38).

Mas o que torna alguém bom em algo? Pois se ele costura, então ele já é costureiro, certo? Não exatamente, Aristóteles determina para se atingir a excelência moral o indivíduo deve estar em certas condições, e ele aponta três: (i) o agente deve agir conscientemente; (ii) deve agir deliberadamente, sendo ele quem delibera em função dos próprios atos e; (iii) sua ação deve provir de uma disposição moral firme e imutável (Ibid., p. 39). Portanto, deve-se buscar a prática reiterada daquele ato. Para ser justo, por exemplo, é necessário agir de forma justa, como homens justos agem, para então, através da prática se tornar justo, caso contrário, ninguém se torna bom, se não praticar.

Em seguida, o autor vai definir o que é a excelência moral, estabelecendo por meio das manifestações da alma, que são três: emoções, faculdades e disposições. Como posto anteriormente por ele, a excelência moral deve ser consciente, partindo de uma escolha ou algo que envolva uma escolha. As emoções por sua vez não são escolhidas, apenas sentidas, já que não se pode fugir dela, bem como são passageiras, em certos momentos sentimos raiva, em outros tristeza e dependendo da situação em que se é posto diferentes emoções vão aflorando. Desse modo, não pode ser a emoção a excelência moral.

A faculdade está relacionada aos sentimentos, uma vez que ela é a disposição que se tem para sentir as emoções, segundo Aristóteles:

[...] as várias formas de excelência moral também não são faculdades, pois não somos chamados bons ou maus, nem louvados ou censurados pela simples faculdade de sentir as emoções; ademais, temos as faculdades por natureza, mas não é por natureza

que somos bons ou maus - já falamos disto anteriormente, aliás (Ibid., p. 40).

A disposição é, portanto, a excelência moral, pois é a forma como estabelece os estados da alma, que determinam se o indivíduo se sente bem ou mal em relação às emoções (*Ibid.*, p. 40). Desse modo, essas emoções, e também, ações, podem ser sentidas em excesso, não ser sentida ou o meio termo. Sabe-se que os extremos são ruins, tanto a demasia como a falta, porque apenas no meio termo é possível ver o todo. No entanto, o meio termo é atingido quando aquelas emoções são experimentadas da forma correta, de acordo com a situação e com as pessoas nela envolvidas, o mesmo serve para as ações. A grande questão é a equidistância, que é determinada por cada pessoa, ela não é global, por isso esse equilíbrio depende de cada um e é ele que vai definir a excelência moral. Já a deficiência moral é o excesso ou a falta, pois cometer erros, agir com maldade é fácil, porém acertar e ser bom é difícil.

Aristóteles ressalta que em certos sentimentos e ações não há meio termo, pois eles próprios são excessos e faltas, como a prática de crimes, e emoções negativas, como a inveja, a avareza, a imprudência, entre outros. Assim como os sentimentos e ações boas não tem excessos ou faltas, são sempre meios termos. Mais um vez o autor defende bons atos e sentimentos: "...em todas as coisas a observância do meio termo é louvável, e os extremos não são nem louváveis, nem corretos, mas reprováveis." (*Ibid.*, p. 44).

O filósofo deixa claro que pessoas são passíveis de erros, e que dentre os desvios morais, melhor optar pela falta. Entretanto, como forma de buscar e adquirir a excelência, deve-se inclinar tanto para o excesso, quanto para a falta, pois assim é mais fácil se atingir o meio, ou seja, o que é certo.

Ao fim do livro II, Aristóteles explica que o excesso e a falta são variáveis para quem está vendo, e que é possível não reprovar uma pessoa que desvia da excelência, já que, como ele mesmo tratou, é difícil se manter correta. Para ele, apenas aquelas que comentem desvios consideráveis deverão ser censuradas.

2. A CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE ANDROCÊNTRICA POR MEIO DO HÁBITO

Segundo o entendimento de Aristóteles, hábito é a prática de um exercício realizado por um indivíduo, e a excelência moral é o aperfeiçoamento desse prática. Costume, por sua vez é um hábito realizado por um grupo ou coletivo, portanto, costumes são gerados por meio práticas frequentes. Uma sociedade é constituída de costumes, que foram sendo adotados ao longo dos tempos e se perpetuando, tornando aquelas convenções únicas daquele grupo, ou universais.

Para a historiadora Gerda Lerner, as primeiras sociedades eram constituídas por caçadores-coletores, visto que os seres humanos ainda não haviam desenvolvido a agricultura. Nesses corpos sociais, a procriação era algo importante para o desenvolvimento da comunidade, principalmente porque esses indivíduos acreditavam que a mulher concebia de forma divina a gravidez, sem que fosse por meio de reprodução. Baseado nesse entendimento, as mulheres passaram a ser excluídas das caças para que não sofressem nenhum acidente e pudesse parir os bebês, desse modo, cada vez mais elas foram sendo excluídas de trabalhos que demandavam força e coragem, para se tornarem reprodutoras (LERNER, 2019, pp. 93 e 94).

Ainda para Lerner, não se pode dizer que atualmente se vive em uma sociedade patriarcal em seu sentido limitado e tradicional, visto que tal definição é utilizada para demarcar o período da Antiguidade até o século XIX, apesar da historiadora afirmar que o patriarcado existe desde o terceiro milênio a.C. e explicar de uma forma mais abrangente, o termo “androcêntrico” melhor relaciona o cenário vigente:

Em seu significado limitado, patriarcado se refere ao sistema, derivado historicamente do direito grego e romano, em que o homem chefe de família tinha total poder legal e econômico sobre seus familiares dependentes, mulheres e homens.[...]

[...] Além disso, pode-se defender que no século XIX, a dominância masculina na família apenas tomou novas formas, sem ter conhecido seu fim. [...]

Patriarcado, em sua definição mais ampla, significa a manifestação e institucionalização da dominância masculina sobre as mulheres e criança na família e a extensão da dominância masculina sobre as mulheres na sociedade em geral. A definição sugere que **o homem têm o poder em todas as instituições importantes da sociedade e que mulheres são privadas de acesso a esse poder** (*Ibid.*, pp. 289 e 290).

(grifo nosso)

A sociedade brasileira adotou a ideia de mulher como propriedade, baseada no conceito do patriarcado, a qual foi reforçada (ou até mesmo pode-se afirmar que foi construída) com a escravidão, que objetificava os seres humanos e os privavam de qualquer intenção de liberdade. Desse modo, ao tentar entender o início das sociedades androcêntricas, que até hoje perpetuam por todo o mundo, fica claro a adoção de hábitos e costumes que foram sendo construídos. É claro que os locais dedicados as mulheres na

sociedade não são iguais para todas, depende da cor, raça e classe social. Comandar uma casa ou ser escravizada apresenta situação muito distintas, porém independe do local, a mulher, na maioria dos casos, eram e ainda são vistas como submissas, frágeis e que por muito tempo não eram consideradas pessoas de direitos.

Algumas realidades foram sendo alteradas, principalmente por meio de grupos feministas, que continuam lutando por direitos e garantias igualitárias entre os gêneros. No entanto, dentro de uma sociedade androcêntrica, os hábitos, a excelência moral são diferentes para cada indivíduo e Aristóteles deixou claro ao determinar que o objeto central dessa excelência é subjetivo, pois varia de acordo com cada pessoa. Dessa maneira, ao tratar da relação homem e mulher, essa diferença é ampliada. Na primeira parte do livro II, ele explica:

[...] os legisladores formam os cidadãos habituando-os a fazerem o bem; esta é a intenção de todos os legisladores; os que não a põem corretamente em prática falham em seu objetivo, e é sob este aspecto que a boa constituição difere da má (ARISTÓTELES, 1985, pp. 35 e 36).

A quem servem esse legisladores dentro de uma sociedade androcêntrica? Com certeza aos homens, e de forma mais transparente, àqueles que podem com alto poder aquisitivo. Claro que a realidade histórica de Aristóteles é distinta da de hoje, mas trazendo para o atual cenário político, há uma enorme deficiência moral por parte dos legisladores e de outros representantes dos três poderes. No livro V, o filósofo defende que o melhor dos homens não é aquele que pensa nele, as melhores ações ocorre quando ele se coloca no lugar das outras pessoas (*Ibid.*, p. 93). No entanto, em um grupo social que defende o androcêntrismo, que é o homem no centro de tudo, que perpetua o machismo, que é o homem como ser superior a mulher, para se colocar no lugar de outra pessoa, é necessário primeiro considera-la uma pessoa.

Simone de Beauvoir em seu livro, *O Segundo Sexo*, tratada da mulher como o Outro, que só existe como consequência do olhar do homem, que é o Um, o ser completo (BEAUVOIR, 2019, pp. 14 e 26). Esse Outro, necessita da aprovação para existir, e esse argumento parece conversar com o final da Segunda Guerra Mundial, quando a Alemanha Nazista perde e a ONU (Organização das Nações Unidas) é criada, gerando uma ampla mudança ao expandir os Direitos Humanos, visto que durante o holocausto pessoas, principalmente judeus, eram objetificados e despersonalizados. E quando ocorreu essa mudança, as mulheres continuaram de fora, sem serem consideradas pessoas de direito.

O machismo por muito tempo se tornou hábito entre os homens, é claro que há suas exceções, mas tratar a mulher como propriedade é algo que ainda é uma realidade. Os crimes contra as mulheres escancaram esse pensamento.

O crime de estupro está relacionado ao poder e não a libido masculina. Os agressores são na maioria dos casos pessoas conhecidas das vítimas e usam do poder que tem sobre elas para efetuar o crime. De acordo com o 14º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, em 2019 66.123 foram registrados, é cerca de um estupro a cada 8 minutos. Do total registrado, 70,35% deles eram estupro de não vulneráveis (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2020, p. 13). Esse alto número se dá por homens acreditarem que podem fazer o que bem quiserem com as mulheres.

Os casos de feminicídio cresceram no primeiro semestre de 2020, durante a pandemia. O levantamento feito pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública apontou que 648 mulheres foram assassinadas (*Ibid.*, p. 12). Ser vista como propriedade é ainda mais forte quando há um relacionamento entre a vítima e o agressor, pois este não aceita ser contrariado em suas vontades.

O discurso de que mulheres não sabem o que querem e por isso precisam ser defendidas se si mesmas, tornam o pensamento machista mais forte ainda, pois se priva a tomada de decisão, não sendo legitimada. E esse é um costume tão enraizado que a todo momento mulheres são diminuídas seja pelo seu corpo, em propagandas machistas, seja pela sua forma de falar, sendo taxada de autoritária quando na verdade está apenas realizando um trabalho que se fosse um homem realizando seria chamado de competente.

Em *Ética a Nicômaco*, Aristóteles explica que podem existir maus hábitos, que são aqueles que levam à deficiência moral. Mas se essa ação se torna um costume, adotada pela maioria da sociedade, o seu entendimento muda e passa a ser uma excelência? Essa é uma pergunta que não parece ter uma resposta direta dada pelo autor, visto que ao tratar dos excessos e faltas como hábito, não se supõe sendo adotado por toda uma comunidade. Entretanto, baseado no que ele defende, não é possível aceitar que más atitudes se torne positiva.

Quando o filósofo trata das três formas de governo e seus desvios, sendo eles: monarquia - tirania; aristocracia - oligarquia; e timocracia-democracia, parece que a adoção dos maus hábitos, a deficiência moral, se assemelham ou a tirania, ou a oligarquia. Sendo que no primeiro desvio a vontade de apenas um prevalece, sendo esse Um, o homem, o tirano. E no segundo desvio, todos ou boa parte dos benefícios, ficam para os próprios governantes, sendo estes, os homens (ARISTÓTELES, 1985, p. 165).

Assim, como o próprio Aristóteles expõe, fazer o certo é difícil, inclusive quando se acha que está agindo corretamente, mas na realidade está revitimizando uma mulher que foi vítima de um crime ao questioná-la sobre a veracidade dos fatos.

3. SÉRIE INACREDITÁVEL

Baseada em uma história real, a série Inacreditável (Unbelievable, 2019) retrata a dura realidade de uma vítima de estupro, Marie Adler, que foi desacreditada pelos investigadores do seu caso, e processada pelo Estado sob a acusação de falso testemunho. O estupro, Marc O'Leary, após não ser pego pelo crime cometido contra Marie, passou a praticar diversos crimes, sendo preso após três anos do cometimento do primeiro, fazendo pelo menos outras 29 vítimas.

No caso do agressor, o hábito se tornou para ele uma excelência moral, visto que seu modus operandi foi sendo aperfeiçoado, ao estudar como a polícia age em locais de crimes sexuais para obter provas, aprendendo com seus erros, evitando com que eles fossem cometidos novamente, e assim se tornando "melhor" a cada crime, bem como adquirindo mais coragem, sendo mais audacioso e violento. Como tratado anteriormente, Aristóteles não considera crimes como excelência moral, pelo contrário:

*Mas nem toda ação ou emoção admite um meio termo, pois algumas delas têm nomes nos quais já está implícita a maldade - por exemplo, o despeito, a impudência, a inveja e, no casos das ações, o adultério, o roubo, o assassinato; em todas estas emoções e ações e em outras semelhantes, com efeito, a maldade não está no excesso ou na falta; ela está implícita em seus próprios nomes. **Nunca será possível, portanto, estar certo em relação a elas; estar-se-á sempre errado.** Tampouco a bondade ou maldade a respeito de tais emoções e ações depende, por exemplo, de cometer adultério com a mulher certa, no momento certo e do modo certo, mas simplesmente sentir qualquer destas emoções ou praticar qualquer destas ações é um erro. **Seria igualmente absurdo, então, esperar que em ações injustas, covardes e libidinosas houvesse um meio termo, um excesso e uma falta, pois seria preciso admitir a existência de um meio termo de excesso***

*e de falta, de um excesso de excesso, e de uma falta de falta
(ARISTÓTELES, op. cit., p. 165).*

(grifo nosso)

Por outro lado, na série, a deficiência moral dos investigadores do caso de Marie custou os demais estupros, pois ao não terem realizado seu ofício da forma adequada, e além disso, culpou e processou uma vítima que em consequência não apenas do crime em si, mas de toda a revitimização, se viu excluída do seu grupo social. Assim sendo, a atitude ruim não foi apenas em relação ao crime, mas também em não amparar àquela que precisava de proteção.

Como real exemplo de excelência moral, há as duas investigadoras, Karen Duvall e Grace Rasmussen, que não apenas acreditaram nas vítimas de seus casos, como refizeram os passos do estuprador e o trabalho de seus colegas que não conseguiram finalizar os casos, ou assim como os primeiros investigadores, desacreditam nas vítimas. Tais investigadoras agiram pensando nas outras mulheres, foram corajosas e não desistiram até conseguirem prender O'Leary.

Diante do que já foi tratado, a história da série demonstra como um homem se sente poderoso ao estuprar uma mulher, um predador que caça sua vítima. Esse pensamento está diretamente relacionado a sociedade androcêntrica, que acredita que mulheres são seres criados para servir os homens. Apesar de parecer uma ideia inalterável, visto que é chamado de crime natural, que sempre existiu, a mudança entendimento pode ser realizada por meio da educação.

4. EDUCAÇÃO COMO MEIO PARA A MUDANÇA

Aristóteles traça em Ética a Nicômaco, inúmeros aprendizados que pretende deixar para seu filho, e a educação é o ponto principal, pois ela é a forma de mudança possível (ARISTÓTELES, 1985, pp. 207 e 208):

Mas é difícil proporcionar desde a adolescência uma preparação certa para a prática da excelência moral se os jovens não são criados sob leis certas; de fato, viver moderada e resolutamente não é agradável para a maioria das pessoas, especialmente quando se trata de jovens. Por esta razão sua educação e suas ocupações devem ser reguladas por lei, pois elas não serão penosas se se tiverem tornado habituais. Mas certamente não é bastante que desde jovens as criaturas humanas recebam a educação e os

cuidados certos; já que, mesmo quando se tornarem adultas, elas terão de pôr em prática as lições recebidas e de estar habituadas a tais lições, necessitaremos também de leis para disciplinar os adultos e, falando de um modo geral, para cobrir toda a duração da vida, pois as pessoas em sua maioria obedecem mais à compulsão do que às palavras, e mais às punições do que ao sentimento daquilo que é nobilitante.

[...]

De qualquer modo, se (como dissemos) uma pessoa para ser boa deve ser bem exercitada e habituada, e deve continuar ao longo de sua vida em ocupações conformes à excelência moral, abstendo-se da prática voluntária ou involuntária de más ações [...]

Apesar do autor defender a educação, ele acredita na formação de leis como meio de assegurar que os cidadãos aja dentro da excelência moral. Ele entende que a educação dos jovens não é o único ponto a ser tratado, visto que não adianta educar apenas os mais novos, já que quando crescerem eles conseguiram por em prática aquilo que lhes foi ensinado. É necessário, portanto, disciplinar os adultos, para que então a mudança, os bons hábitos perdurem.

Todavia, o pensamento de Aristóteles parece equivocado. Primeiro por acreditar que são as leis que por meio de punições determinam os bons hábitos e a excelência moral. Se as leis e sanções de alguma forma coibissem atos negativos, não haveria crimes. Segundo, uma vez estando no poder, aqueles que ali chegaram através das normas postas não modificarão se não forem pressionados para isso, ou seja, são as novas gerações que por meio de educação formal ou informal aprendem novos hábitos que são mais benéficos à excelência moral e conscientemente busca por esse mudança.

Terceiro ponto, tendo como base o que foi falado anteriormente, é a educação formal e informal que auxiliam na mudança de pensamento e não por meio de leis vigentes. Desse modo, a transformação não é algo rápido, ela é demorada, exatamente para ser de longa duração, como posto por Aristóteles, "ela deve cobrir por toda a vida", uma vez que modificar o que está posto incomoda, principalmente para aqueles que estão no poder, pois por anos acreditaram que a forma de agir é a forma correta. Nesse caso, quando todos pensam da mesma forma, como por exemplo um costume, mostra-se que na

verdade há uma deficiência moral e não uma excelência, já que não se conseguiu atingir o meio termo para toda a sociedade.

É importante ressaltar, que a tese defendida por Aristóteles está relacionada do todo para o um, ou seja, através de leis criada por várias pessoas, elas determinam o agir, o hábito que cada pessoa deve praticar, dado que se aquele agir for considerado um crime, a pessoa que o cometeu deverá ser punida. O problema desse pensamento, é que ele não gera espaço para comportamentos destoantes. Pode-se citar o caso da ilha de Lesbos, único lugar que mulheres poderiam estudar livremente, uma atitude que deve ser vista como excelência moral, poderia ser considerada uma deficiência, um excesso de atitude que não era permitida ser praticada.

Uma sociedade é composto por pessoas subjetivas que apresentam suas identidades de forma única. Não se busca a descriminalização de todas as atitudes, mas deve haver um entendimento que hábitos que não interferem no bem estar social não pode ser visto como ruim. Essa pluralidade não é conquistada de cima para baixo e sim de baixo para cima.

CONCLUSÃO

Entender a construção histórica e social nos auxilia a compreender os erros e acertos referentes à construção cultural da comunidade em que vivemos, assim como quem são aqueles que, por meios administrativos, realizam essa construção e participam dela.

Ao defender a tese de que a excelência moral se atinge por meio de hábitos, e estes são realizados pela constante prática de boas ações, Aristóteles esclarece que estas devem ser realizadas com consciência, deliberadamente e não efêmera. Esse pensamento tem como base a perpetuação de boas atitudes. Tais atitudes não podem ser pautadas em emoções que são passageiras e incontroláveis, elas devem ser manifestadas por meio de disposições, ou seja, é por meio dela que o individuo determina como se sente em relação as suas emoções.

As emoções, é importante ressaltar, não são negativas, já que não se pode controlar, então não há problema algum senti-las dentro de certos contextos com determinadas pessoas. Assim como, elas também não são justificativas para agir de forma reprovável, como no cometimento de crime.

Dentro de uma sociedade androcêntrica, ou seja, desequilibrada, os hábito defendidos pelo filósofo, foram aqui questionados quando tomado por toda uma comunidade, que se fosse tomada individualmente seria considerada uma deficiência moral. De acordo com o que é colocado por Aristóteles, um excesso é um excesso, bem

como uma falta é uma falta, e por isso jamais uma deficiência moral poderá ser considerada meio termo e por consequência, uma excelência moral.

Ainda buscando entender a questão da subjetividade do meio termo de cada indivíduo, foi levantada a dúvida de que se uma pessoa aperfeiçoa seus crime com a prática, poderia essa atitude ser considerada excelência moral, e para essa pergunta a resposta é semelhante a anterior, não. Uma atitude censurável nunca poderá ser aceita como algo benéfico, mesmo que dentro da individualidade do ser.

Diante do exemplo dado pela série Inacreditável, tornou-se mais clara o modo como deve ser entendida e seguida a excelência e a deficiência moral. E como a tomada dessas ações podem impactar na vida das pessoas ao redor.

Para se atingir uma sociedade equilibrada, de excelência, a educação é o melhor meio para atingi-la. Diferentemente do que foi pensado por Aristóteles, o artigo apresenta uma forma distinta de pensar a educação. O autor estabelece que por meio do respeito as leis e medo de punições, como se fossem um remédio, é que jovens vão adquirir bons hábitos. Desse modo, aqueles que fazem parte do poder estatal, mais especificadamente, os legisladores, é quem vai determinar o que deve ou não ser considerado crime, qual conduta a ser seguida.

Esse entendimento do filósofo parte do topo para a base, porém vai contra a pluralidade de pessoas, visto que são poucos aqueles que legislam. Para o enriquecendo de uma sociedade, mais indivíduos diferentes, maior a necessidade de aprender a lidar com o diferente e essa é a base de uma educação para ser perpetuada, pois independente da norma, o destoante não é criminalizado, pelo contrario, ele é inserido na sociedade. Aristóteles refere-se ao sofrimento como algo positivo, pois assim é possível colocar-se no lugar do outro, bem como o "homem" bom é aquele que pensa no outro e não apenas em si mesmo. Portanto, uma educação que transforma de baixo e vai modificando os níveis de "hierarquia" do pode é aquele que pode realmente fazer a diferença e assim tornar o hábito uma excelência moral em uma sociedade igualitária.

REFERÊNCIAS:

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Trad. de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: Fatos e mitos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019.

Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **14º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**, 2020. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>> Acesso em: 1 jun. 2021.

LERNER, Gerda. **A criação do patriarcado: historia da opressão das mulheres pelo homens**. - São Paulo: Cultrix, 2019.

Unbelievable. Direção: Lisa Cholodenko, Michael Dinner e Susannah Grant. Estados Unidos: Netflix, 2019. Netflix (8 ep.)

O DIREITO AO ESQUECIMENTO SOB UMA PERSPECTIVA SOCIAL

REBECCA SCALZILLI RAMOS PANTOJA:

Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Advogada.

RESUMO: O presente trabalho tem o condão de analisar as implicabilidades do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico nacional e sua relação com os avanços tecnológicos e com o novo cenário criado com o advento da internet. Através do estudo colacionado da doutrina e jurisprudência, além da análise da legislação constitucional a que se relaciona e de suas consequências no âmbito social, constata-se a importância de se estabelecer um paralelo entre a forma de utilização do referido direito para garantir direitos humanos e personalíssimos e o excesso provocado pela limitação à liberdade de expressão e informação sem fundamentação relevante. Abordando suas previsões no ordenamento legal brasileiro, a repercussão geral caracterizada pela relevância de sua discussão, corroborada por críticas e posicionamentos favoráveis à sua implementação, pode averiguar que, no Brasil, esse assunto ainda precisa de maior solidez para que venha a ter um respaldo legal, capaz de proporcionar segurança jurídica à sociedade. Entretanto, ainda que se proponha a discutir o direito ao esquecimento como um novo caminho a ser trilhado pela sociedade, considerando o universo tecnológico que a envolve, conclui-se que tratá-lo como direito absoluto e restrito seria vesti-lo de uma roupagem simplória e sem valor, que não seria condizente à dimensão a que se propõe. Dessa forma, acalurar o debate e apresentar formas de se pensar sobre o tema pareceram a melhor maneira de ultimar a abordagem acerca do direito ao esquecimento e poder servi-la de apoio a sua análise, frente ao que se decidir, quando da sua apreciação pela Suprema Corte.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento; Direitos fundamentais; Direito à privacidade; Liberdade de expressão; Personalidade; Ponderação de direitos; Dignidade da Pessoa; Memória.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO. 2. REPERCUSSÃO NO DIREITO BRASILEIRO. 2.1. Caso Chacina da Candelária. 2.2. Caso Aida Curi. 2.3. Adaptação e aplicação do direito ao esquecimento nos preceitos do direito brasileiro. 2.4. Garantias constitucionais e ponderação de direitos. a) Direito à privacidade. b) Liberdade de expressão. c) Ponderação e direito ao esquecimento. 3. APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO – DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL. 3.1.A Finalidade da Pena e suas consequências no Mundo Jurídico e Social. 3.2. Reabilitação de um condenado que cumpriu sua pena e Ressocialização de um absolvido. 3.3. Maus Antecedentes e Reincidência: A linha tênue entre o Direito de não ser lembrado e o Direito de não ser esquecido. 4. NOVEL

ENTENDIMENTO DO STF SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO (RE 1.010.606).
CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o escopo de analisar as implicações e possibilidades de se considerar a existência de um direito ao esquecimento frente às mudanças constantes e progressivas nos campos informacional e tecnológico e sua aplicação e repercussão nos direitos humanos fundamentais.

Diante do cenário social e da crescente onda desse progresso tecnológico que transforma o modo de viver da sociedade, mister se faz pensar novas formas de se garantir as necessidades do novo tempo, através de sua adequação a um novo pensamento jurídico.

Através da análise histórica de sua consideração no mundo jurídico, da observação de garantias constitucionais que o permeiam e do impacto gerado na vida daqueles que sofrem com a lembrança atemporal, propõe-se verificar de que forma um direito de ser esquecido poderia incidir no campo prático e quais seriam seus limitadores.

Utiliza-se do método dialético, tendo em vista a contraposição de ideias colhidas através de posicionamentos distintos de juristas renomados acerca do tema abordado, bem como, do método de pesquisa, por meio de revisão bibliográfica, colação de artigos jurídicos, análise jurisprudencial e estudo legislativo no direito pátrio e comparado.

Referenciando os dois emblemáticos casos de maior repercussão no direito brasileiro, sendo estes o da Chacina da Candelária e o caso Aída Curi, esse trabalho analisa a aplicação do direito ao esquecimento como algo já concreto em nosso ordenamento, mas que ainda não está pacificado, por conter relação direta com direitos e garantias constitucionalmente previstos que, por sua natureza, necessitam de uma discussão mais cautelosa quando analisados.

Na análise da implicação do direito ao esquecimento, dois principais direitos fundamentais são postos em conflito, sendo eles, o da privacidade e o da liberdade de expressão e informação. O cerne da questão está em estabelecer parâmetros e limites, capazes de auferir que tipo de informação pode ser considerada uma ofensa à privacidade e que restrição a informações, a ele relacionada, não seria extrema, a ponto de ferir o direito à liberdade de expressão.

Não obstante, a área de aplicabilidade do direito ao esquecimento não está restrita somente à sua análise constitucional. Nota-se que já há previsão legal na esfera consumerista acerca da possibilidade de esquecimento de negativação do nome nos cadastros de proteção ao crédito, após o período de cinco anos. De igual modo, no âmbito

cível, o mesmo foi instituído através do Enunciado 531, da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, reconhecendo-o como inserido na dignidade da pessoa humana, fazendo parte, indireta, dos direitos da personalidade.

O reconhecimento desse direito também está consolidado na esfera criminal, através da previsão da anistia como causa extintiva da punibilidade do agente, bem como, do instituto da reabilitação criminal. A preocupação com a delimitação da pena e suas consequências no mundo prático são pontos cruciais para o estudo do direito ao esquecimento, de modo que possa garantir que o efeito da reprimenda penal alcance sua função ressocializadora.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO

A constante transformação provocada na sociedade pelos avanços incontornáveis da tecnologia, ciência e internet tem exigido a adaptação da vida humana a uma forma de combinar suas necessidades com a realidade existente.

Com a globalização e, principalmente, com o advento da internet, o mundo se conectou e o processo de transmissão de informações se tornou instantâneo e incontornável, de modo que qualquer pessoa passou a ter acesso a qualquer informação, de qualquer lugar do mundo, em questão de segundos, com apenas um clique.

Em razão de ter promovido a valorização comercial de dados pessoais e informações, a internet se tornou o meio de comunicação mais fácil e rápido, no que se refere a permitir o alcance de seu fim, a atingir o maior número de pessoas com o menor custo de investimento.

Por conseguinte, a crescente gerada pelo universo digital provocou um maior interesse e aumento na conectividade entre as pessoas, de modo a estimular o aparecimento de mídias sociais responsáveis pela troca instantânea de informações, dados, pensamentos e imagens.

A consequência da incontornável busca pela informação e atualização social foi a necessidade de se criar uma forma de frear a repercussão das mídias compartilhadas, quando se busca retirar um conteúdo publicado ou repassado e não mais se tem controle sobre ele, passando a interferir no campo individual e nos direitos garantidos a cada pessoa.

Diante disso, encontrar formas de garantir direitos individuais, sem desconsiderar o atual panorama tecnológico, tem se demonstrado complexo e relativo. E é nesse contexto que o direito ao esquecimento ganha importância e debate.

A análise do direito ao esquecimento encontra como ponto crítico o direito à memória. Este, por sua vez, representa o direito de um povo, uma sociedade, de se lembrar de marcos históricos, como também o de um indivíduo, em seu aspecto privado, de ser lembrado por feitos ocorridos. É a partir dessa concepção que o direito à memória passa a ser dividido em memória individual e memória coletiva.

No campo da psicologia³¹, a memória não é mais tratada como uma representação fidedigna dos eventos experienciados. Por ser o mecanismo que nos permite armazenar informações e evocá-las posteriormente sem que representem fielmente a realidade, a memória se torna manipuladora de fatos e ressignifica as coisas.

As informações e experiências armazenadas acabam por desencadear um conflito individual, que tem a memória como forma de proteção ao esquecimento e, simultaneamente, como um mecanismo de resgate de informações capaz de reprogramá-las e selecioná-las, apagando as indesejadas.

Entretanto, a memória é o que diferencia e representa um indivíduo, pois ele é o que experienciou e o que se recorda de ter deixado como marca na história, ainda que somente na sua.

A importância da memória coletiva encontra guarida justamente no fato de que cada indivíduo possui uma memória individual, e que a junção de diferentes memórias de diversos indivíduos forma a memória coletiva. Assim, tanto valores éticos, religiosos, culturais e políticos são influenciados pela memória individual antes de serem construídos como memória coletivizada. Dessa forma, o discurso histórico de uma sociedade é moldado a partir de um englobamento de valores individuais que passam a reger os padrões daquele povo por criarem uma identidade coletiva.

[...] cada memória individual é um ponto de vista sobre a memória coletiva, que este ponto de vista muda conforme o lugar que ali eu ocupo, e que este lugar mesmo muda segundo as relações que mantenho com outros meios.³²

A implicação do esquecimento na memória de um povo ou até mesmo da história individual de um cidadão toma extensas proporções quando se percebe que o impacto que a divulgação de determinada informação ou fato ocorrido pode trazer àquele povo ou

³¹ Ideia extraída da análise de textos e artigos em <<http://psicob.blogspot.com.br/2008/04/o-que-memoria.html>> <<http://psicologiacop.blogspot.com.br/p/memoria.html>>

<<http://www.scielo.br/pdf/paideia/v17n36/v17n36a05.pdf>>

³² HALBWACHS, 1990, P. 34

àquele indivíduo se sobrepõe às consequências de se ter mantida e resguardar essa informação.

Na discussão sobre os impactos da veiculação descontrolada de informações com a evolução da internet, o professor da Universidade de *Oxford*, Viktor Mayer Schonberger, estabeleceu o projeto que ficou conhecido como "*the right to be forgotten*" - em uma tradução literal, "o direito de ser esquecido"- ao levantar questionamentos sobre a necessidade de se determinar um direito de proteção à pessoa, capaz de assegurar que informações digitais que dizem respeito a alguém sejam deletadas ou escondidas se essa pessoa assim o requerer.

Através de seus apontamentos, Schonberger³³ propôs duas observações primordiais no mundo digital: a primeira, que a capacidade dos indivíduos de controlarem informações é bastante reduzida; e a segunda, que constitui uma transição radical derrubar centenas de anos de evolução social em razão das desconhecidas e potenciais negativas de extensão.

Por meio dessas duas diretrizes, o autor traça um paralelo entre o poder para manter determinado controle sobre dados digitais gravados no passado e a liberdade no presente. Seu objetivo não é buscar promover uma solução definitiva quanto à propagação das informações e suas consequências diretas para o indivíduo, mas contribuir para uma discussão sobre o esquecimento e como garantir que as lembranças e memórias digitais sejam significativas para o futuro digital.

Apesar de ter ganhado maior repercussão com o advento da era digital e seu expansionismo incontrolável, é de se ressaltar que o direito ao esquecimento foi tema central de problemáticas internacionais que deram origem a julgados relevantes para a análise da ponderação entre uma proteção aos direitos e garantias individuais e o direito à liberdade de informação e expressão. Um exemplo de julgado internacional emblemático a respeito do tema foi o Caso Lebach.

2. REPERCUSSÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Não só no exterior o direito ao esquecimento ganhou atenção. Sua relação com os direitos fundamentais e a possibilidade de reexaminá-los de acordo com a necessidade de salvaguardar um em detrimento do outro somente aguçou os debates e teses acerca de sua existência e aplicação, tendo, inclusive, influenciado em julgamentos de casos

³³ Artigo publicado em

<[https://www.researchgate.net/publication/52010990_Book_review_Viktor_Mayer](https://www.researchgate.net/publication/52010990_Book_review_Viktor_Mayer_Schonberger_Delete_the_virtue_of_forgetting_in_the_digital_age)

Schonberger_Delete_the_virtue_of_forgetting_in_the_digital_age> (Acesso em 9 março 2022) ⁴

Principal caso; líder

brasileiros e se tornado objeto de repercussão geral a ser analisado pelo Supremo Tribunal Federal devido à sua relevante e considerável transformação no mundo jurídico e social.

Em sua primeira aparição no direito brasileiro, o direito ao esquecimento foi utilizado para análise e decisão do caso Doca Street, causador de grande polêmica e repercussão na sociedade brasileira da década de 70.

Em linhas gerais, Doca, autor do assassinato da socialite Ângela Diniz em 1976, foi absolvido no primeiro júri, tendo como tese vencedora a legítima defesa da honra. Entretanto, em razão da onda de protestos feministas e campanhas apoiadas pela mídia, o processo foi reaberto e Raul Fernando do Amaral Street – o Doca- foi condenado a quinze anos de reclusão, cumprindo sete em regime fechado e obtendo condicional em 1987.

No ano de 2003, após uma reportagem exibida pelo programa “Linha Direta/Justiça”, da emissora Rede Globo de Televisão, com enfoque no assassinato da socialite Ângela Diniz, Doca ajuíza um processo sob o argumento de que possuía o direito de ser esquecido dos fatos pelos quais já havia cumprido pena.

Apesar de ter sido concedida liminar em primeiro grau para impedir a exibição do programa, a decisão foi reformada em segunda instância e foi autorizada sua divulgação. O caso foi encerrado com o reconhecimento do direito de liberdade de expressão da emissora em transmitir conteúdo de caráter público, uma vez que apenas narrava fatos ocorridos sob embasamento em provas documentais oriunda da época do episódio.

Ainda nessa mesma linha de abordagem, alguns casos retratando direito ao esquecimento na seara civilista e consumerista foram colacionados e contribuíram para aprimorar o debate e sua aplicação prática. Entretanto, dois deles se destacam e são referências para a análise do tema no ordenamento jurídico brasileiro: os casos da Chacina da Candelária (REsp1.334.097) e de Aída Curi (REsp 1.335.153 e ARE 833248).

2.1. Caso Chacina da Candelária

O ano de 1993 marcou a história do Rio de Janeiro e do Brasil quando mais de setenta pessoas foram alvo de um ataque policial enquanto dormiam nos arredores da Igreja da Candelária, no centro da capital carioca. O resultado do episódio foi a morte de oito pessoas, dentre os quais seis eram menores.

Um dos indiciados como coautor do crime foi absolvido por negativa de autoria, obtendo sua sentença por unanimidade dos votos dos jurados. Não obstante, após mais de quinze anos do ocorrido, a Rede Globo de Televisão resolveu lembrar o massacre em seu programa “Linha Direta – Justiça”, com abordagem crítica à sua persecução penal e ao desfecho do caso, com a absolvição do referido acusado.

Com a veiculação do documentário, o indiciado, objeto da exposição, ingressou no Poder Judiciário pleiteando indenização por danos morais, sob o argumento de que a repercussão alcançada pelo noticiado impossibilitou sua reinserção no mercado de trabalho e sua ressocialização, tendo sido alvo de críticas e ameaças que o fizeram fugir de onde morava para que não fosse morto por justiceiros.

Julgado improcedente pelo juízo de primeiro grau, o pedido foi acolhido em sede de apelação. Interposto, no entanto, recurso especial pela Rede Globo de Televisão, o caso chegou ao Superior Tribunal de Justiça, que decidiu, unanimemente, pelo reconhecimento do direito ao esquecimento àquele que foi absolvido pela Justiça e se vira relacionado a fatos pretéritos ligados à sua acusação e associação ao crime do qual fora inocentado, concluindo que a veracidade da informação divulgada não a revestia de licitude inquestionável, preponderando a proteção da personalidade do autor da lide em detrimento da liberdade de expressão e informação da parte contrária.

2.2. Caso Aida Curi

Em 1958, contando com dezoito anos de idade, Aida Curi foi abordada por dois jovens do sexo masculino, enquanto voltava de sua aula de datilografia às 21h, que brutalmente a violentaram e estupraram no interior de um prédio ainda em construção, tendo sido lançada, ainda com vida, embora estivesse desacordada em razão da exaustão física após lutar contra as investidas dos agressores, do décimo segundo andar.

Passados cinquenta anos do ocorrido, o programa de televisão “Linha Direta/Justiça”, da Rede Globo, mais uma vez, resolveu fazer uma reportagem sobre o tema, utilizando-se do nome e de imagens da vítima. O programa foi alvo de ação indenizatória perpetrada pelos irmãos de Aida Curi, Nelson Curi, Roberto Curi, Waldir Cury e Maurício Curi, a qual chegou ao Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a repercussão geral da questão suscitada e está passível de julgamento pela Corte Suprema.

A ação teve como objeto o uso não autorizado da imagem da falecida irmã dos autores e o fato de que a lembrança do ocorrido fazia reavivar um sofrimento já superado; e, como fundamento, o não afastamento da violação de direitos da personalidade ainda que os acontecimentos fossem de conhecimento público e notório.

Pela parte contrária foi alegado que o programa almejava abordar casos criminais de grande destaque e relevância para o cenário nacional, utilizando-se de informações e imagens de arquivos jornalísticos da época, além de obras que tratavam o assunto, para a composição da reportagem.

No julgamento do Recurso Especial, decidiu a Turma por maioria dos votos que o considerável espaço temporal entre a data do episódio e a transmissão pelo canal de televisão -cinquenta anos passados- não seria capaz de trazer significativo abalo moral aos parentes da vítima suficiente para ensejá-los indenização moral, além de corroborar o argumento da parte ré de que a imagem da falecida não fora utilizada de forma degradante ou desrespeitosa e não visava fins comerciais.

Em análise de pressupostos de admissibilidade do Recurso Extraordinário³⁴, o Ministro Dias Toffoli, relator do processo em comento, reconheceu a repercussão geral do tema, com os seguintes dizeres:

“Entendo que as matérias abordadas no recurso, além de apresentarem nítida densidade constitucional, extrapolam os interesses subjetivos das partes, uma vez que abordam tema relativo à harmonização de importantes princípios dotados de *status* constitucional”, afirmou. “De um lado, a liberdade de expressão e o direito à informação; de outro, a dignidade da pessoa humana e vários de seus corolários, como a inviolabilidade da imagem, da intimidade e da vida privada”.

O deslinde do caso representará um divisor de águas no sistema jurídico-social existente no Brasil e alavancará maiores debates e interesse por esse complexo e controverso objeto ora analisado.

2.3. Adaptação e aplicação do direito ao esquecimento nos preceitos do direito brasileiro

Não obstante a repercussão prática do direito ao esquecimento, demonstrada através dos casos judiciais de maior notoriedade no ordenamento brasileiro, a discussão sobre as vertentes trazidas a partir do reconhecimento de um direito de ser esquecido e suas consequências no mundo jurídico culminaram na edição do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, reconhecendo o direito ao esquecimento como inserido na dignidade da pessoa humana, fazendo parte, indireta, dos direitos da personalidade.

O verbete do Enunciado 531, datado de 2012, assim determina: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. Autor do enunciado, Guilherme Magalhães Martins, promotor de Justiça

³⁴ Repercussão Geral em Recurso Extraordinário com Agravo disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=302238926&tipoApp=pdf>> (Acesso em 09 março 2022)

do estado do Rio de Janeiro, aduz que não há hierarquia entre o direito ao esquecimento e os direitos à liberdade de expressão e à informação, mas sim limites para essas prerrogativas.

Apesar de não se valer de força normativa, o Enunciado representa uma interpretação do ordenamento e da doutrina civilistas e do próprio Código Civil quanto aos direitos da personalidade. Estabelece, dessa forma, fundamento para decisões judiciais pautadas em princípios alinhados ao caso concreto em que a discussão central é a não obrigatoriedade de se impor um convívio com o passado.

Ademais, a previsão do esquecimento, como regra jurídica, já se faz presente no ordenamento pátrio em diversas esferas, com o intuito de proteger o indivíduo em razão do decurso do tempo.

A anistia, causa extintiva da punibilidade presente no art. 107, inciso II, do Código Penal, nada mais é do que uma forma de esquecer determinado fato delituoso e suas consequências jurídicas. O instituto da reabilitação criminal, o qual se abordará adiante, elencado no artigo 748 do Código de Processo Penal também reforça a intenção do Estado de ressocializar o agente que já cumpriu sua pena, de modo a impedir ou dificultar que seja punido socialmente pelo mesmo fato perpetuamente.

O próprio Código de Defesa do Consumidor, que salvaguarda as relações de consumo e seu melhor enquadramento prático, em seu artigo 43, §1º, prevê prazo de cinco anos para o acesso à informação sobre negativação do nome nos cadastros de proteção ao crédito, estabelecendo um esquecimento desses registros como forma de não prejudicar eternamente o consumidor por um fato pretérito desgostoso.

O que se vê, portanto, é um caminho de possibilidades que surge e permite a discussão do uso do direito ao esquecimento quando associado a eventos pretéritos não mais influenciáveis no comportamento social vigente e que, quando lembrados e divulgados, são capazes de interferir e ferir direitos pessoais daqueles envolvidos, acarretando em sérios riscos de âmbito moral e civil.

Esse diálogo permitido, não atribui a ninguém a possibilidade de apagar dados e fatos passados com o fito de reintegrar-se socialmente ou modificar sua história, mas garante a possibilidade de análise dos danos causados com o uso desses eventos pretéritos nos meios de comunicação às partes interligadas ao caso.

Nas palavras do desembargador do TRF da 5ª Região, Rogério Fialho Moreira, coordenador da Comissão de Trabalho da Parte Geral da VI Jornada:

Não é qualquer informação negativa que será eliminada do mundo virtual. É apenas uma garantia contra o que a doutrina tem chamado de superinformacionismo. O enunciado contribui, e muito, para a discussão do tema, mas ainda há muito espaço para o amadurecimento do assunto, de modo a serem fixados os parâmetros para que seja acolhido o esquecimento de determinado fato, com a decretação judicial da sua eliminação das mídias eletrônicas.³⁵

Como é um tema de recente debate no panorama brasileiro e afeta direta e indiretamente direitos e deveres pessoais, sociais e informacionais, o direito ao esquecimento ainda precisa de amadurecimento em sua discussão e reflexão prática, o que leva a diversas críticas quanto à sua real necessidade de fixação e reconhecimento.

Antes de adentrá-las, necessário se faz trazer à baila conceitos e institutos jurídicos intimamente ligados ao cerne do objeto tratado, que influenciam e determinam a forma como é aplicado e suas consequências.

2.4. Garantias constitucionais e ponderação de direitos

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal é, na definição de Alexandre de Moraes³⁶, o que se entendem por direitos humanos fundamentais.

Os direitos humanos fundamentais se relacionam diretamente com a garantia de não ingerência do Estado na esfera individual e na consagração da dignidade humana. Esses direitos assumem um grau de hierarquia elevado se comparados aos demais direitos existentes no ordenamento e tem como umas de suas características a interdependência (intersecções das previsões constitucionais a fim de que atinjam sua finalidade, ainda que autônomos) e a complementariedade (não devem ser interpretados de forma isolada, mas considerando sua finalidade).

A previsão dos direitos humanos fundamentais se encontra no Título II da Constituição Federal, que trata dos direitos e garantias fundamentais, dividindo-os em

³⁵ Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/direito-esquecimento-garantido-turma-stjenunciado-cjf>> (Acesso em 09 março 2022)

³⁶ Direitos humanos fundamentais – Teoria Geral: Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo. Editora Atlas S/A. 2013

cinco subcapítulos, do qual à guisa de estudo ao tema proposto, ater-se-á ao primeiro deles, que cuida dos direitos individuais e coletivos.

Por tratar de direitos intimamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, os direitos individuais e coletivos são modeladores e limitadores da atuação estatal e da garantia dos princípios de uma vida digna em sociedade. Os primeiros podem ser entendidos como sendo “todos aqueles que visam a defesa de uma autonomia pessoal no âmbito da qual o indivíduo possa desenvolver as suas potencialidades e gozar de sua liberdade sem interferência indevida do Estado e do particular. Já os direitos coletivos destinam-se, não à tutela da autonomia da pessoa em si, mas à proteção de um grupo ou coletividade, onde a defesa de seus membros é apenas reflexa ou indireta”.³⁷

A nossa Constituição prevê um título próprio destinado aos princípios fundamentais, situado após o preâmbulo e logo anteriormente aos direitos fundamentais. Dessa forma, resta clara e inequívoca a intenção do legislador constituinte em atribuir aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de todo o ordenamento constitucional.

Assim está previsto no artigo 1º da Carta Magna, *verbis*:

TÍTULO I

Dos Princípios Fundamentais

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

- I - a soberania;
- II - a cidadania
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

Como se verifica, a dignidade da pessoa humana é um princípio da ordem constitucional e também se encontra prevista em outros artigos da Carta Magna, como o

³⁷ CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 659

caput do artigo 170, ou o §6º do art. 226, o que ressalta sua importância para o ordenamento jurídico positivo.

Dessa forma, conclui-se que o Estado vive em função da pessoa humana, uma vez que o ser humano é a finalidade precípua da atividade estatal. Mas, afinal, o que seria a dignidade da pessoa humana e como observá-la e garanti-la?

Ingo Sarlet conceitua a dignidade da pessoa humana como:

“a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”³⁸

Por abarcar um conceito amplo e genérico acerca do que seria considerado necessário para se valorar digno ao ser humano, a dignidade da pessoa humana, apesar de ser um dos assuntos mais levantados pelos aplicadores do direito, é também um dos mais controvertidos e desajustados.

A dignidade da pessoa humana constitui um dos critérios materiais para a aferição da incidência de uma proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais em casos de uma eventual relativização de sua aplicabilidade. Dessa forma, como preleciona Sarlet, deve-se distinguir a dignidade na condição de norma da dignidade da pessoa propriamente dita, como valor intrínseco de cada ser humano.

Ao se propor um direito ao esquecimento, o que se destrincha é a condição do ser humano como indivíduo de uma sociedade, como ser de ações que marcam sua vida, mas que não se sobrepõe à sua dignidade como pessoa. Os princípios e garantias fundamentais e constitucionais regem a vida em sociedade e aquilo que para ela é de maior importância.

Ao se tratar da possibilidade de existir e se materializar um direito de ser deixado em paz, de não ser lembrado por aquilo que não mais possui valor social e interesse público, normas de mesmo valor e natureza jurídica são postas em conflito e sua resolução se mostra uma nova celeuma a ser solucionada.

³⁸ SARLET, 2004, p. 59/60

Cedição é que os direitos fundamentais são garantidos no artigo 5º da Carta Magna e representam um rol de determinações constitucionais criados de forma a assegurar a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Modernamente, a doutrina classifica os direitos fundamentais em gerações, sendo os de primeira geração, os direitos civis e políticos, que realçam o princípio da liberdade; os de segunda geração, os direitos econômicos, sociais e culturais, que acentuam o princípio da igualdade; e os de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva e consagram o princípio da solidariedade.

Tais direitos, no entanto, não são ilimitados, pois encontram seus limites em outros direitos igualmente consagrados pela Constituição Federal. Por essa razão e por serem suscetíveis de conflitos entre si, deve-se utilizar o princípio da harmonização a fim de coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito de modo que haja uma redução proporcional no âmbito de alcance de cada um, sem que, contudo, seja necessário o sacrifício de um para garantir ou preservar o outro.

A colisão de direitos fundamentais deve ser analisada com enfoque em valores dos direitos, no sentido de classifica-los como regras ou como princípios. Por se tratarem, de modo geral, de princípios, ou seja, de normas que necessitam de aplicação prática a fim de que protejam, da melhor forma possível, o bem jurídico, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas presentes em razão das circunstâncias; é possível que sejam aplicados em diferentes graus, a considerar o que dita o caso concreto.

Como ensina Gilmar Mendes, no conflito entre princípios, deve-se buscar a conciliação entre eles sem que se tenha um dos princípios excluídos do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro.³⁹ Em sua análise fática, propõe a colisão entre o direito de liberdade de expressão e o direito à privacidade, utilizando como exemplo a exposição da vida de uma pessoa em matéria jornalística.

Nesse caso, aduz, para solucionar o conflito, não se deve considerar as circunstâncias no caso concreto, pesando-se os interesses em conflito, no sentido de se estabelecer a prevalência de um princípio em detrimento do outro.

Os princípios, portanto, possuem caráter *prima facie*, pois depende da combinação entre a leitura da norma que o consagra e de fatores alheios à sua determinação, apresentando-se como mandados de otimização. Assim, o juízo da ponderação se liga intimamente ao princípio da proporcionalidade a fim de solucionar os conflitos existentes entre direitos de mesmo *status* hierárquico a serem considerados em cada caso de modo

³⁹ MENDES, 2014, p.183

a atingir um resultado ótimo que proporcione ao direito mitigado um ônus inferior ao benefício alcançado com a sobreposição do outro.

A fim de aproximar a teoria explicitada à temática proposta, analisar-se-á, de forma pontual, a definição e o enquadramento prático dos direitos fundamentais postos em conflito quando se insere a discussão acerca de um direito de ser esquecido.

a) Direito à privacidade:

O direito à privacidade encontra-se previsto no artigo 5º, inciso X, da Constituição

Federal, que garante a inviolabilidade à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas. Ademais, está resguardado pela Declaração Universal de Direitos Humanos, em seu artigo XII.

Trata-se de um direito da personalidade que garante ao indivíduo o direito de ter uma vida íntima, em que são preservadas sua honra, imagem, domicílio e privacidade, sem que o Estado ou terceiros a invadam ou dela usufruam sem permissão.

Depreende-se, pois, do art. 5º, X, que todo ser humano tem o direito e a necessidade de não ter informações acerca de sua vida privada conhecidas ou divulgadas a terceiros, independente do caráter das informações. Tal direito, no entanto, não é absoluto, uma vez que, havendo interesse público justificável pode colidir com outras normas constitucionais e ser ponderado como de menor relevância sua garantia no caso concreto em detrimento do que vem a se mostrar como de maior importância.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho diferencia direito à intimidade e vida privada como sendo este compreendido por todos os relacionamentos da pessoa, seus objetivos, relações de trabalho e comerciais, enquanto aquele relacionado às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, abrangendo as relações familiares e de amizade.⁴⁰

No que tange ao direito à honra, este englobaria tanto a preservação da honra objetiva quando da subjetiva, diretamente ligadas ao princípio da dignidade da pessoa humana. Por honra objetiva se entende a estima, o valor que é dispensado ao indivíduo pela comunidade em que se insere. A honra subjetiva, no entanto, relaciona-se ao caráter da pessoa e a forma com que ela age em sociedade.

Ao analisar sua relevância constitucional e a ponderação em caso de colisão de direitos, Alexandre de Moraes se posiciona no sentido de representar claro desrespeito e contradição à dignidade da pessoa humana e aos direitos à honra, à privacidade e à

⁴⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição brasileira de 1988. 2ª ed. São Paulo. Saraiva,

intimidade se utilizar de assuntos íntimos, principalmente ligados a falecimentos e desgraças, que não demonstrem nenhuma finalidade pública e jornalística em sua divulgação.⁴¹

Como demonstrado, pode colidir com o direito à liberdade de expressão e informação, razão pela qual são tratados a seguir.

b) Liberdade de expressão

A liberdade de expressão é um direito fundamental consagrado nos incisos IV e XIV, ambos do art. 5º da Carta Magna, transcritos a seguir:

“Art.5º

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

(...)

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;”

O artigo 220 da Constituição Federal também garante a manifestação irrestrita do pensamento, expressão e informação, de modo a assegurar o direito à liberdade de expressão.

Incluem-se na liberdade de expressão diversas faculdades, como de comunicação de pensamentos, de ideias, de expressões até mesmo não verbais como a música, o teatro e imagens.

Levando em consideração a história do nosso país, mais precisamente o período da Ditadura Militar, em que era permitida a censura (hoje vedada pela Constituição vigente), tem-se a liberdade de expressão como direito fundamental de viés protecionista, de forma que o Estado não mais se valha da censura e fira um direito fundamental.

A garantia da liberdade de expressão, para Gilmar Mendes, “tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou

⁴¹ MORAES, 2013. p. 155

juízo sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não”.⁴²

Cediço é que muitas informações se relacionam à privacidade de determinados indivíduos, acarretando graves prejuízos àqueles que tiveram seu direito à intimidade e à imagem violado. Diante disso, há um choque de direitos fundamentais que implica na avaliação do caso para que sejam ponderados.

No entanto, o cerne da questão está em estabelecer parâmetros e limites capazes de auferir que tipo de informação pode ser considerada uma ofensa à privacidade e que restrição a informações a ele relacionada não seria extrema a ponto de ferir o direito à liberdade de expressão.

c) Ponderação e direito ao esquecimento

Os direitos fundamentais tem como uma de suas características a irrenunciabilidade. Entretanto, nada impede que sejam objeto de autolimitações, ou seja, recortes em sua aplicabilidade sem que, com isso, seja afetado o núcleo essencial de cada direito e da dignidade da pessoa humana.

Como demonstrado, pode haver colisão entre direitos fundamentais, mas não se pode tornar irreduzível sua análise prática à determinação de uma hierarquização interna, uma vez que todos possuem o mesmo valor e devem ser analisados de acordo com o caso que os coloca em conflito.

A ponderação, nos ensinamentos cristalinos e suficientes de Ana Paula de Barcelos:

“é uma técnica de decisão pela qual se solucionam conflitos normativos que não puderam ser resolvidos pelos elementos clássicos da hermenêutica jurídica (semântico, lógico, histórico, sistemático e teleológico) nem pela moderna hermenêutica constitucional (princípios de interpretação propriamente constitucional, interpretação orientada pelos princípios, etc.). Para tanto, os diversos interesses em oposição, e as normas que os legitimam juridicamente, devem ser identificados, agrupados em função das soluções que indiquem e dimensionados de acordo com as características do caso concreto. A quantidade de elementos normativos em prol de determinada solução e o peso que eles assumem diante das circunstâncias concretas são os principais

⁴² MENDES, 2014, p. 264

critérios que vão orientar a ponderação, juntamente com o princípio da proporcionalidade.”⁴³

O direito ao esquecimento é tido para os civilistas como um dos direitos da personalidade, ainda que não de modo expresso, mas por se relacionar à proteção da imagem e do nome da pessoa.

Na maioria dos casos que envolvem o direito ao esquecimento, o que se tem é um indivíduo buscando ter sua imagem e informações desassociadas de um acontecimento pretérito que lhe causa prejuízo quanto à reintegração e posição social que ocupa e, no lado oposto, a imprensa ou um veículo de propagação de informação almejando ter garantido seu direito à liberdade de expressão e informação.

Além dos princípios da proporcionalidade e da ponderação de valores, outros elementos podem ser considerados na solução de casos onde o direito à privacidade, incluindo aqui o direito ao esquecimento, esteja em colisão com a liberdade de expressão.

Marmelstein⁴⁴ traz como fatores cruciais a serem considerados: “I – importância da informação (a informação é de interesse público?); II – intuito de lucro (está havendo lucro direto com a divulgação da informação ou da imagem?); III – violação da honra (a divulgação da matéria/imagem viola a honra do interessado?); IV – intimidade (a divulgação da matéria/imagem viola a intimidade do interessado? É em lugar público ou privado? É em lugar exposto ao público ou é em lugar reservado?); V – veracidade da informação (a informação é verdadeira?); VI – proteção de menores (há interesse de menores em jogo?)”.

A partir desse traçar, poderá se estabelecer qual a forma mais adequada de deslinde do caso, através da ponderação dos direitos em conflito e da busca por um resultado que alcance a esfera esperada como de melhor resolução para o embate.

O direito ao esquecimento, caso seja determinado como possível de atuação no campo jurídico, deve ser aplicado com nível de alcance e finalidade bem delimitados, a fim de que não dê azo a um efeito censor, que não seja utilizado como respaldo para a censura, que é expressamente proibida pela Constituição Federal.

A nova interpretação constitucional se assenta no sentido de que as cláusulas constitucionais não são avaliadas apenas de acordo com o objetivo exegético a que se

⁴³ BARROSO, 2003, p.117

⁴⁴ MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 369

²⁰ BOBBIO, 2004, p.38

pretendem, mas, levando em conta seu conteúdo principiológico e a realidade em que inserem, é que se determina seu sentido.

Como proclama Norberto Bobbio, “os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc.”²⁰

Discutir e interpretar as normas e as necessidades sociais para que sejam harmônicas e se faça possível sua convivência são ativismos hodiernamente urgentes e constantemente realizados a fim de que se alcance o objetivo primordial do direito como regulador social, que é a harmonia social.

De igual modo, trabalhar questões que permeiam o sentido almejado pelo ordenamento jurídico encontram relevantes pontos de análise e determinantes valores que merecem atenção.

Cediço é que a possibilidade de um direito ao esquecimento permeia não só o campo constitucional e civilista como a seara criminal do direito. Permitir uma memória perpétua de fatos pretéritos criminosos seria até que ponto uma validação da liberdade e acesso à informação e à memória coletiva e até que ponto não feriria o texto constitucional no sentido de representar uma pena perpétua e um ostracismo social?

Indaga-se de que forma o direito ao esquecimento não pode ser considerado um balizador na vida daqueles que já sofreram punição pelo sistema retributivo, seja na linha de frente, seja na proteção à memória individual, capaz de configurar um bis in idem na forma de repressão social.

A partir do estudo acerca da finalidade da pena no ordenamento pátrio e de sua implicação na vida do condenado em sua esfera social, o capítulo seguinte lapidará as consequências trazidas à sociedade como causadora ou sofredora do direito ao acesso a informações que lhe permitam formar opinião e julgar pessoas que já foram absolvidas ou penalizadas criminalmente e que buscam uma inserção social desligada do fato criminoso a que está associada.

3.APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO – DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

3.1. A Finalidade da Pena e suas consequências no Mundo Jurídico e Social

O sistema penal tem como finalidade a proteção de bens jurídicos de maior relevância para garantir o essencial ao indivíduo e à sociedade. Tendo o fito de

salvaguardar os mais importantes bens, valores e interesses sociais, o Estado utiliza-se da pena como instrumento de coerção àquele que comete um ato típico, ilícito e culpável contra a sociedade, de modo a ferir os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal.

Considerada a sanção de maior consequência no mundo jurídico, a pena consiste em privar ou restringir bens jurídicos como resposta à violação da ordem social e sua justificativa ou finalidade é defendida por algumas teorias, conhecidas como legitimadoras da pena.

Há quem considere que as penas podem possuir três finalidades diversas: retributiva, preventiva ou ressocializadora. Esta última com escopo de avaliar a imposição da pena como forma de readaptar o criminoso à vida em sociedade.

As principais teorias legitimadoras da pena são classificadas como absolutas e relativas, sendo as absolutas responsáveis por advogar a tese da retribuição da pena, e as relativas, de firmar o caráter retributivo penalizador.

As teorias absolutas são tidas para Ferrajoli⁴⁵ como “todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como ‘castigo’, ‘reação’, ‘reparação’, ou, ainda, ‘retribuição’, do crime.” A pena, portanto, é vista como a retribuição do mal com o mal, uma vingança, a consequência direta do crime.

Com origem no idealismo alemão, as teorias absolutas são referenciais de Kant, com a teoria da retribuição ética ou moral, e de Hegel, com a teoria da retribuição lógicojurídica.

Para Kant, a pena é um imperativo categórico e consequência natural do delito⁴⁶. É imposta ao crime em razão de seu mal como uma forma de retribuição jurídica, ou seja, tentar trazer justiça por meio da sanção, que compensa o mal por meio da reparação moral.

Segundo Kant, a aplicação da pena obedece uma necessidade ética, um anseio infundável por justiça, sendo eventuais efeitos preventivos alheios à sua essência. A pena judicial é distinta da pena natural, uma vez que o legislador deve impor a pena em razão da delinquência, punindo o vício a si mesmo, e não o homem em si mesmo, como meio de resposta estatal.

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** – Teoria do garantismo penal, p. 204

⁴⁶ KANT, Immanuel. **La metafísica de las costumbres**. Trad. Adela Cortina Orts e Jesús Conill Sancho. Madrid: Tecnos, 1999. p. 166-167

Na visão de Hegel, a pena é a reafirmação do direito. Em seu método dialético, Hegel⁴⁷ estrutura o crime como a negação do direito, uma vez que o delito fere o ordenamento jurídico, e a pena como negação do crime. Por ser negação da negação, a pena resulta em uma afirmação, em sua conclusão, constante na reafirmação do direito.

A pena é apenas o instrumento por meio do qual o direito se manifesta para suprir o mal causado pelo crime. A função da pena não é relevante, pois, para Hegel, a pena é um direito imposto pelo Estado. Uma vez que o homem viola a ordem estatal social, deve o mesmo ser penalizado com igual valor ao delito cometido. Essa forma de penalidade baseia-se na Lei de Talião.

Semelhante ponto entre a teoria de Hegel e a de Kant desdobra-se sobre a ideia de retribuição necessária ao delito praticado com sua punição de igual valor. Diferem-se, no entanto, na construção de uma teoria positiva acerca da retribuição penal.

Zaffaroni, Nilo Batista, Alagia e Slokar resumem os propósitos das teorias absolutas:

As teorias absolutas (cujo modelo é Kant) tendem a **a)** retribuir **b)** para garantir externamente a eticidade **c)** quando uma ação objetivamente a contradiga **d)** infligindo um sofrimento equivalente ao injustamente produzido (talião)⁴⁸

Hodiernamente, a concepção de uma retribuição jurídica se relaciona à ideia de proporcionalidade entre a pena e o injusto culpável e punível, balizada no princípio da justiça distributiva. Não mais se vê a pena como vingança social, e sim como sanção que tenha como limites o delito praticado.

As teorias relativas, diferentemente, pautam-se na pena como instrumento necessário para evitar a prática de futuros delitos. A pena não possui uma finalidade em si mesma, como garantidora da justiça social, mas sim um objetivo preventivo, com efeitos futuros, de evitar novas práticas delitivas.

Julio Fabbrini Mirabete afirma que "nas teorias relativas (utilitárias ou utilitaristas), dava-se à pena um fim exclusivamente prático, em especial o de prevenção. O crime não seria causa da pena, mas a ocasião para ser aplicada."⁴⁹

Dessa forma, a pena não mais é tratada como consequência do delito, mas o momento certo capaz de alcançar seu fim. Por proporcionarem à pena uma finalidade

⁴⁷ HEGEL. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães, 1976. p. 95 (§ 97)

⁴⁸ ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 115

⁴⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini, **Manual de Direito Penal**, Parte Geral, 22º edição, São Paulo, editora Atlas, 2005.

preventiva, essas teorias são subdivididas em duas categorias: as de prevenção geral e as de prevenção especial.

A teoria da prevenção geral defende a finalidade da pena como a punição do sujeito com intuito de servir de exemplo aos demais, de modo a realizar um controle da violência. Depreende-se daí seu caráter psicológico, em que, por meio da coação, o indivíduo sente-se intimidado perante à lei, o que o faz desenvolver um raciocínio de ponderação entre sua conduta e a consequência jurídico-social gerada por ela, que promove a inibição da permanência na prática criminosa e, conseqüentemente, a integração social.

Vista sob duas categorias, a prevenção geral positiva e a prevenção geral negativa, seu enfoque é a intimidação social para evitar ou diminuir a prática de ilícitos criminais.

A prevenção geral positiva, também denominada integradora, tem o escopo de infundir na consciência geral a necessidade de respeito e garantia de certos valores sociais, de modo que haja confiança e credibilidade no ordenamento jurídico e no Estado para que sua atuação e controle legal sejam tidos como indispensáveis ao convívio coletivo.

Dessa forma, a lei vem como instrumento apto a incidir em casos concretos e se propõe através da cominação, aplicação e execução de sanções penais de acordo com a afetação do bem jurídico e de sua relevância para a sociedade, de modo a justificar a intervenção penal.

Noutro giro, a prevenção geral negativa, conhecida também por prevenção por intimidação, vê a pena como coação psicológica, no sentido de que sua aplicação ao autor da infração penal tem reflexo social, de modo que previne a prática de novos delitos em razão do impacto da condenação e da conseqüente meditação nos seus efeitos pelas demais pessoas.

Na formulação de Feuerbach⁵⁰, através da teoria da coação psicológica, a pena evita a prática de infrações penais na medida em que sua aplicação promove a intimidação do restante da sociedade, por meio de uma coação psicológica, que desestimula o ato e a vontade de delinquir.

O caráter negativo da pena, alcançado nessa teoria pela intimidação genérica da coletividade em razão da ameaça de sanções penais para a prática de delitos, é criticado

⁵⁰ Ideia retirada da citação de Bitencourt sobre Feuerbach em: FEUERBACH apud BITENCOURT, 2014, p. 144; e

<<http://www.regisprado.com.br/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Teoria%20dos%20fins%20da%20pena.pdf>> (Acesso em 07 março 2022)

por Zaffaroni e Nilo Batista, quando sustentam que “a criminalização assumiria uma função utilitária, livre de toda consideração ética e, por conseguinte, sua medida deveria ser a necessária para intimidar aqueles que possam sentir tentação de cometer delitos.”⁵¹

As teorias relativas classificadas como de prevenção especial se concentram na pessoa do delinquente, com o objetivo de evitar que pratique um novo ato criminoso. Percebe-se, portanto, que, diferente da prevenção geral, que se volta à sociedade, a concepção da prevenção especial é transformar o indivíduo criminoso em um ser consciente socialmente, de modo que sua inclinação moral e prática não seja mais criminosa e contrária ao ordenamento jurídico e social.

Manifesta-se como advertência ou intimidação individual, por meio da correção do delinquente e de sua reinserção ou separação social. O enfoque da prevenção especial é a eliminação ou, ao menos, a diminuição da periculosidade individual e, com isso, a consequente manutenção da integridade do ordenamento e da sociedade. Sua ideia essencial é de que a pena justa é a pena necessária.

Assim como a prevenção geral, a prevenção especial se subdivide em positiva e negativa. Pela chamada prevenção especial negativa, existe uma neutralização, através do encarceramento, daquele que cometeu a infração penal. Busca-se intimidar o condenado a não mais praticar ilícitos penais e uma de suas consequências é, inclusive, evitar a reincidência.

Essa vertente analisa o indivíduo infrator, mas não tem o condão de reeducá-lo ou ressocializá-lo, e sim o de impor a ele um castigo capaz de neutralizar as consequências de seu ato para com a sociedade.

A prevenção especial positiva, em seu turno, advoga a tese de que a pena é um tratamento ao próprio delinquente, no sentido de corrigir o agente e transformar sua personalidade a fim de que não cometa novos delitos. Através da pena, o delinquente é levado à sua própria consciência, que é reconhecer e perceber o caráter negativo da ação delituosa, o que faz com que não queira e não volte a transgredir.

Essa teoria, por sua vez, tem o objetivo de reabilitar o criminoso e reintegrá-lo à sociedade, pois acredita que a pena é benéfica àquele que a sofre, de modo a provocar seu melhoramento como indivíduo.

Acerca da teoria da prevenção especial, Roxin aponta seus equívocos e inconsistências:

⁵¹ ZAFFARONI, E. Raúl e BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003; p. 117.

A teoria da prevenção especial não é idônea para fundamentar o direito penal, porque não pode delimitar os seus pressupostos e conseqüências, porque não explica a punibilidade de crimes sem perigo de repetição e porque a idéia de adaptação social coativa, mediante a pena, não se legitima por si própria, necessitando de uma legitimação jurídica que se baseia noutro tipo de considerações.⁵²

O direito penal brasileiro prevê no artigo 59 de seu Diploma Penalista que:

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

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

Dessa forma, nota-se que a pena, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, tem caráter reprovador e preventivo, ou seja, um misto entre as teorias absolutas e relativas. Através da imposição de uma sanção ao delinquente, afirma-se a reprovação, enquanto que a prevenção se dá por meio da intimidação que o restante da sociedade sofre em razão da condenação do infrator, o que desestimula e diminui a prática de novos delitos.

Apesar de servir como método para reprovador e prevenir novos delitos criminais, a pena se envolve de escopo social: ressocializar os criminosos. Tal função é encontrada no artigo 1º da Lei 7210/1984, conhecida como Lei de Execução Penal, *verbis*:

Art. 1º 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**. (Grifo nosso)

Preza-se, no cenário jurídico-social brasileiro, pela reintegração do indivíduo à sociedade, de modo que este não seja excluído ou privado de exercer seu papel social por conta de um passado criminoso que se findou com o cumprimento de sua pena.

⁵² ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradet, Maria Fernanda Palma, Ana Isabel de Figueiredo. 3. Ed. Lisboa: Veja, 1998, p. 22.

Há que se considerar, no entanto, que a mídia atrelada à rapidez com que informações circulam na sociedade contemporânea, principalmente com o advento da internet, dificultam o controle de dados de cunho penalístico e, conseqüentemente, a ressocialização dos delinquentes.

Como forma de combater o exílio e a segregação desses indivíduos, foi desenvolvido o instituto da reabilitação criminal, que auxilia na reintegração dos agentes infratores após serem liberados do cárcere e visa restituir ao condenado seu *status quo ante*, utilizando-se, para isso, de artifícios, como a exclusão de anotações negativas de sua ficha de antecedentes criminais.

Além disso, importante ressaltar que muitos dos acusados que receberam sentença absolutória são lembrados e marcados por esses fatos criminosos, como demonstrado através da análise dos casos de maior repercussão mundial e nacional, o que os impede de encontrar seu lugar na sociedade, que o martiriza por algo que ela própria o inocentou.

Essas questões serão abordadas no subtópico seguinte, que tratará da reabilitação de um condenado que cumpriu sua pena e da ressocialização de um absolvido, com seus conseqüentes efeitos e apelos.

3.2. Reabilitação de um condenado que cumpriu sua pena e Ressocialização de um absolvido

Analisar o homem, sua forma de pensar e agir na sociedade, os reflexos que as transformações por ele próprio criadas provocam em seu contexto e em si mesmo e suas necessidades ao longo do tempo são objetos de estudo de diferentes ciências, que estão interligados e são imprescindíveis para a compreensão da sociedade como um todo e da forma como ela se constrói.

A criminologia, ciência que se volta ao estudo do crime como fenômeno social e do criminoso como causador do ilícito penal, engloba tanto a antropologia, a psicologia e a sociologia, em seu âmbito criminalístico, de modo a conceber a ideia do crime como um elemento natural do homem, com gênese em sua própria natureza humana.

Na concepção de Nucci⁵³, a criminologia não se cinge apenas à análise da norma penal e seus efeitos, mas sobretudo às causas que levam à delinquência, de forma a aperfeiçoar a dogmática penal. Através do estudo da construção física e psíquica do delinquente, em conjunto com a análise do psiquismo do agente infrator e das causas sociais da criminalidade é possível ampliar a compreensão acerca da importância social

⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal : parte geral : parte especial**. – 5. ed. rev. , atual. e ampl. – São Paulo ; editora revista dos Tribunais, 2009. P. 60

para o indivíduo que dela faz parte e de como seu meio influencia diretamente em quem ele vem a se tornar.

Os criminosos selecionados pelo sistema penal são pessoas predestinadas à prática delitiva devido a deformações biopsicológicas inerentes a sua faixa social. Logo, indiscutível é que a sociedade é influenciadora direta de suas próprias consequências e desdobramentos.

A segregação social, a valorização do *status* e a divisão capitalista e moral em setores mais privilegiados e relegados da sociedade, que vivem de acordo com limites invisíveis de liberdade e escolha, são muitas das razões pelas quais se verifica uma padronização de criminosos e uma constante repetição de sua conduta delitiva.

Nesse sentido, a sociedade de informação e sua rapidez na divulgação de notícias e exposição de fatos sociais tem colaborado para a perpetuação do criminoso como criminoso, não possibilitando a ele a oportunidade de se reinserir na sociedade.

Ora, a finalidade da pena no direito penal brasileiro é a ressocialização do condenado, de modo que este não mais volte a delinquir e que sua condenação sirva de exemplo para que as demais pessoas não queiram repetir seu comportamento reprovável.

O cerne da ressocialização está em criar um comportamento social que permite àquele que cumpriu sua pena uma nova chance de fazer parte da sociedade que ele próprio afrontou, através do respeito às regras e normas que a regem. O retorno ao convívio social após cumprida a pena estatal imposta em razão do delito praticado encontra relação direta com o papel da mídia como formadora de opinião pública, uma vez que o estereótipo criado para o criminoso já faz um papel contrário ao da ressocialização, por excluir todos aqueles que nele se enquadram.

Em razão disso, o instituto da reabilitação criminal, criado com o fito de readaptar à sociedade aqueles criminosos que cumpriram pena privativa de liberdade em cárcere privado, auxilia na ressocialização dos condenados, pois garante aos indivíduos o direito de não terem seus nomes ou imagens vinculados ao fato criminoso praticado e já findo, com o cumprimento integral da pena imposta.

Tal instituto tem previsão na Lei 7210/1984 (Lei de Execução Penal), em seu artigo 202, que prevê que qualquer notícia, referência à condenação não constará na folha do condenado, exceto para instruir processo pela prática de nova infração. Esse sigilo de informações legal serve como impulsionador e facilitador para aquele indivíduo que delinuiu e deseja reconstruir sua vida na sociedade.

O art. 93 do Código Penal, por sua vez, assegura ao condenado o sigilo dos registros sobre seu processo e condenação. Na mesma linha, o art. 748 do Código de Processo Penal determina que, concedida a reabilitação, a condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal.

Como o interesse público nem sempre coincide com o interesse do público, este impulsionado, em sua maioria, por sentimento de execração pública, condenação sumária e vingança continuada, a forma de se garantir a análise estatal – por ser o Estado o mentor das regras e suas aplicações no ordenamento pátrio – de um fato tido como criminoso e sua consequência social para aquele que foi acusado de cometê-lo deve observar uma limitação temporal, de modo a não ultrapassar a ductilidade dos direitos individuais garantida pela Constituição e pelos Direitos Humanos.

François Ost, filósofo do direito e professor na Faculdade Saint Louis, Bruxelas, defende a ideia do “direito a um esquecimento programado:

Em outras hipóteses, ainda, o direito ao esquecimento, consagrado pela jurisprudência, surge mais claramente como uma das múltiplas facetas do direito a respeito da vida privada. Uma vez que, personagem pública ou não, fomos lançados diante da cena e colocados sob os projetores da atualidade – muitas vezes, é preciso dizer, uma atualidade penal –, temos o direito, depois de determinado tempo, de sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído. Em uma decisão de 20 de abril de 1983, Mme. Filipachi Cogedipresse, o Tribunal de última instância de Paris consagrou este direito em termos muito claros: “[...] qualquer pessoa que se tenha envolvido em acontecimentos públicos pode, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; a lembrança destes acontecimentos e do papel que ela possa ter desempenhado é ilegítima se não for fundada nas necessidades da história ou se for de natureza a ferir sua sensibilidade; visto que o direito ao esquecimento, que se impõe a todos, inclusive aos jornalistas, deve igualmente beneficiar a todos, inclusive aos condenados que pagaram sua dívida para com a sociedade e tentam reinserir-se nela.”⁵⁴

Uma condenação *ad infinitum* vai de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana, balizador e norma-mãe do direito brasileiro. A associação entre o fato criminoso já penalizado e o indivíduo condenado que cumpriu sua pena poderiam proporcionar uma

⁵⁴ OST, François. Op. cit. pp. 160-161.

penalização perpétua e repressora, ferindo o alvo do direito, que é prezar pela dignidade humana.

No entendimento do Ministro e renomado jurista Gilmar Mendes:

Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária.⁵⁵

Os institutos da reabilitação e a vedação à consulta nas folhas de antecedentes criminais como fins de verificação pessoal não impedem que os fatos a eles associados sejam recordados pela mídia ou por particulares, ainda que delimite a atuação do Estado. Entretanto, a disponibilidade dessas informações de forma incontrolável e sem prazo estipulado ferem os parâmetros mínimos de proteção ao indivíduo e às suas garantias constitucionais.

De igual modo, permitir que informações sobre um processo criminal que teve como desfecho a absolvição do acusado sejam randomicamente e a qualquer tempo e razão disponibilizadas é agir em desconformidade a própria ideia do direito penal e seu enfoque ressocializador.

Recentes julgados da Corte Superior (STJ) (REsp 1.334.097/RJ e REsp 1.335.153/RJ, publicados em 9/9/2013), relatados pelo Ministro Luis Felipe Salomão, tiveram como destaque o direito ao esquecimento, no sentido de que:

o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória - que é a conexão do presente com o passado - e a esperança - que é o vínculo do futuro com o presente -, fez clara opção pela segunda. E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois afirma-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a

⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 374.

presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana.” (Voto do ministro relator).

Por ter o crime um viés naturalmente de interesse público, desenvolvido sob a ótica de um processo penal, que tem como princípio formador a publicidade dos atos processuais, sua fiscalização pela sociedade como averiguadora da resposta estatal dada ao fato é evidente.

Assim sendo, o interesse público se finda na medida em que a resposta penal conferida ao fato delituoso se exaure com a extinção da pena ou com a absolvição do acusado, o que extingue a vida útil da informação criminal.

Após essa vida útil da informação, seu uso só pode ambicionar, ou um interesse histórico, ou uma pretensão estigmatizante, tendente a perpetuar no tempo as misérias e vicissitudes humanas.

Por isso, a existência de um direito ao esquecimento àquele que tenha cometido um crime, mas que já tenha cumprido sua respectiva pena, é uma forma de ver preservada sua privacidade, honra e imagem.

Na conclusão do Ministro Luis Felipe Salomão ao julgar o caso da Chacina da Candelária, de tratativas da possibilidade de esquecimento de um acusado absolvido, “os valores sociais ora cultuados conduzem a sociedade a uma percepção invertida dos fatos, o que gera também uma conclusão às avessas: antes de enxergar um inocente injustamente acusado, visualiza um culpado acidentalmente absolvido.”

Semelhante aplicação e preservação da dignidade da pessoa humana no direito penal brasileiro consiste no instituto da reincidência e na impossibilidade de análise dos maus antecedentes do indivíduo possivelmente infrator enquanto este não tiver sido alvo de condenação transitada em julgado, como forma de salvaguardar sua presunção constitucional de inocência.

De igual modo, a permissão do uso de informações de caráter degradantes do indivíduo é controlada e limitada, como se destringará no ponto a seguir.

3.3. Maus Antecedentes e Reincidência: A linha tênue entre o Direito de não ser lembrado e o Direito de não ser esquecido

O direito brasileiro veda expressamente em seu texto constitucional as penas de caráter perpétuo, mais precisamente no art. 5º, XLVII, alínea b, o que embasa toda a discussão acerca do direito penal e sua finalidade anteriormente exposta.

Por tal razão, a preocupação com a delimitação da pena e suas consequências no mundo prático são pontos cruciais e desencadeadores de vários institutos na seara criminal a fim de que a norma constitucional seja respeitada e garantida.

Um desses institutos é a reincidência, que nada mais é do que uma circunstância penal prevista em lei que agrava a pena em razão da prática de um novo crime após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. É encontrada no artigo 63 do Código Penal e é analisada na segunda fase da dosimetria da pena.

Na análise dos tribunais e como ficou decidido pelo próprio entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, a reincidência é valorada como circunstância predominante na ponderação das demais. Ligada intimamente ao sujeito, possuindo natureza subjetiva, demonstra que o interesse do direito penal brasileiro é o de dificultar as possibilidades de uma reprimenda mais leve àqueles que insistiram em continuar na prática delitiva.

O instituto da reincidência visa atribuir a responsabilidade pela reiteração da prática delituosa ao próprio delinquente, ainda que a falibilidade estatal seja considerável.

Não obstante, ainda que seja importante para a sociedade imprimir uma marca naquele que violou os bens jurídicos mais consagrados de seu sistema, devendo ser punido de forma mais árdua e incisiva, sua duração não é e nem poderia ser *ad infinitum*.

O artigo 64, inciso I, do Código Penal, estabelece a possibilidade do chamado período de depuração, no qual, passados cinco anos entre o cumprimento ou a extinção da pena e a nova infração praticada, a condenação anterior não prevalece para fins de reincidência.

Ocorre que as condenações pretéritas que ultrapassaram o período de cinco anos determinado para fins de caracterização da reincidência não adentraram na reprimenda legal estabelecida pelo direito penal, o que levou a doutrina e a jurisprudência pátrias a considerarem tais condenações como maus antecedentes criminais.

O artigo 59 do diploma penalista estabelece que uma das circunstâncias a serem avaliadas serão os antecedentes, contudo não prevê se se tratam dos maus ou dos bons antecedentes. Partindo desse pressuposto, as condenações pretéritas superiores a cinco anos da nova prática infracional são elencadas como maus antecedentes, pois fazem parte do comportamento prévio do agente à ocorrência típica avaliada.

Como forma de impedir que o agente seja avaliado a partir de condutas as quais não configuraram crime ou infração penal por falta de condenação transitada em julgado, a Corte Suprema decidiu excluir da análise dos antecedentes do indivíduo inquéritos

policiais e ações penais em curso, de modo que esses não podem ser utilizados para endossar negativamente a referida circunstância judicial.

Entretanto, por mais que essa seja uma forma de controle da aplicabilidade de fatos pretéritos à situação presente do indivíduo, ainda não se determinou um período máximo, um marco temporal no qual será permitido avaliar tal circunstância como um mau antecedente.

Isso porque, caso não haja um prazo para que o indivíduo seja afligido por uma condenação a qual já foi extinta em razão do cumprimento da pena e que ainda assim perdura por toda a sua vida como fator degradante de seu comportamento social, tal valoração negativa seria uma espécie de perpetuação da pena, de modo a ferir a norma constitucional que veda a pena de caráter perpétuo.

O que a Constituição assegura como eternização da pena não é somente seu efeito como reprimenda penal, mas suas consequências e implicações na ressocialização do indivíduo.

O direito ao esquecimento nesse momento é necessário para garantir a eficácia de uma norma constitucional e a finalidade do próprio direito. Assim como o instituto da reincidência assegura que o agente seja lembrado e punido por insistir na conduta ilícita, a perduração de uma condenação que ultrapassa limites temporais razoáveis à sua ponderação fere o direito do agente de não ser associado a tais fatos.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, em caso de repercussão geral levado à análise da Suprema Corte quanto à possibilidade ou não de valoração como mau antecedente de condenação anterior superior a cinco anos do fato novo, considerou que "É assente que a *ratio legis* consiste em apagar da vida do indivíduo os erros do passado, considerando que já houve o devido cumprimento de sua punição, sendo inadmissível que se atribua à condenação *status* de perpetuidade⁵⁶:"

O caso foi decidido em 15 de setembro de 2015, no sentido de deferir o pedido de Habeas Corpus realizado para impedir a interpretação do período superior a cinco anos da extinção a pena de condenação anterior, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, como caracterizador de maus antecedentes, com base nos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana.

Gilmar Mendes advogou a tese do direito ao esquecimento como fundamento para o deslinde da questão, assim expressando:

⁵⁶ HC 126.315 São Paulo.

Advirto, outrossim, que o agravamento da pena-base com fundamento em condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos não encontra previsão na legislação, tampouco em nossa Carta Maior, tratando-se de analogia in malam partem, método de integração vedado no ordenamento jurídico. É que, em verdade, assiste ao indivíduo o “direito ao esquecimento”, ou “direito de ser deixado em paz”, alcunhado, no direito norte-americano de “the right to be let alone”. O direito ao esquecimento, a despeito de inúmeras vozes contrárias, também encontra respaldo na seara penal, enquadrando-se como direito fundamental implícito, corolário da vedação à adoção de pena de caráter perpétuo e dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Admitir que um fato passado, muitas vezes de menor gravidade do que o novo em julgamento, que pode ter ultrapassado o período de trinta anos de sua ocorrência, período este maior do que o considerado como pena máxima a ser aplicada a um indivíduo, possa gerar efeitos negativos que acompanharão o agente pelo restante de sua vida, seria aplicar um direito penal do réu, e não do fato, e romper com as garantias fundamentais, principalmente a da dignidade da pessoa humana.

A importância da discussão e aplicação do direito ao esquecimento, tanto em âmbito penal, quanto nos mais diversos ramos do direito, é encontrada quando se percebe que a sociedade tem avançado e se transformado constante e desenfreadamente, de modo a permitir que sua própria mutação ultrapasse direitos e garantias constitucionais que merecem maior consideração e zelo, por tratarem da vida humana e de sua verdadeira estima.

Não obstante, vale observar até que ponto assegurar um direito ao esquecimento não se mostra supérfluo e comodista, de modo a trasbordar limites do necessário à sociedade e ao indivíduo como parte dela.

Sua aplicação e implicação na sociedade e no direito são umas das constantes e crescentes análises pelos juristas e estudiosos do comportamento humano e sua relação com a história, trazendo críticas e reafirmações salutares para uma maior e melhor compreensão do direito ao esquecimento.

4.NOVEL ENTENDIMENTO DO STF SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO (RE 1.010.606)

No dia 11 de fevereiro de 2021, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou o caso Aída Curi (RE 1.010.606) e fixou a tão aguardada tese de repercussão geral sobre direito ao esquecimento. Por decisão majoritária, concluiu que é incompatível com a Constituição Federal a ideia de um direito ao esquecimento que possibilite impedir, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos em meios de comunicação. Consoante o entendimento da Corte, eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, com base em parâmetros constitucionais e na legislação penal e civil.

O Tribunal, por maioria dos votos, negou provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 1010606, com repercussão geral reconhecida, em que familiares da vítima de um crime de grande repercussão nos anos 1950, na cidade do Rio de Janeiro, buscavam reparação pela reconstituição do caso, em 2004, no programa “Linha Direta”, da TV Globo, sem a sua autorização. Depois de quatro sessões de debates, o julgamento foi concluído no dia 11 de fevereiro do presente ano, com a apresentação de mais cinco votos (ministra Cármen Lúcia e ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Luiz Fux).

A ministra Cármen Lúcia votou pelo desprovimento do recurso, afirmando que não há como extrair do sistema jurídico brasileiro, de forma genérica e plena, o esquecimento como direito fundamental limitador da liberdade de expressão e, portanto, como forma de coatar outros direitos à memória coletiva. A ministra fez menção ao direito à verdade histórica no âmbito do princípio da solidariedade entre gerações e considerou que não se pode admitir, do ponto de vista jurídico, que uma geração negue à próxima o direito de saber a sua história.

O ministro Ricardo Lewandowski, acompanhando o relator, ministro Dias Toffoli, pelo desprovimento do RE, afirmou que a liberdade de expressão é um direito de suma importância, ligado ao exercício das franquias democráticas. Para o ministro, enquanto categoria, o direito ao esquecimento só pode ser apurado no caso concreto, em uma ponderação de valores, de maneira a sopesar qual dos dois direitos fundamentais (a liberdade de expressão ou os direitos de personalidade) deve ter prevalência.

Já o ministro Gilmar Mendes votou pelo parcial provimento do RE, entendendo, com fundamento nos direitos à intimidade e à vida privada, que a exposição humilhante ou vexatória de dados, da imagem e do nome de pessoas (autor e vítima) é indenizável, ainda que haja interesse público, histórico e social, devendo o tribunal de origem apreciar o pedido de indenização. Mendes concluiu que, na hipótese de conflito entre normas constitucionais de igual hierarquia, deve-se examinar de forma pontual qual deles deve prevalecer para fins de direito de resposta e indenização, sem prejuízo de outros instrumentos a serem aprovados pelo Legislativo.

Na visão do ministro Marco Aurélio, o artigo 220 da Constituição Federal, que assegura a livre manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação, está inserido em um capítulo que sinaliza a proteção de direitos. Nesse passo, os veículos de comunicação têm o dever de retratar o ocorrido, razão pela qual o ministro concluiu que decisões do juízo de origem e do órgão revisor não merecem censura, levando em conta que a emissora não cometeu ato ilícito.

O presidente do STF, ministro Luiz Fux, entende ser inegável que o direito ao esquecimento é uma decorrência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, e, quando há confronto entre valores constitucionais, faz-se necessário eleger a prevalência de um deles. Segundo Fux, o direito ao esquecimento pode ser aplicado, mas, no caso dos autos, percebe-se que os fatos são notórios e assumiram domínio público, tendo sido retratados não apenas no programa televisivo, mas em livros, revistas e jornais. Por essa razão, o ministro voou pelo desprovimento do recurso.

A tese de repercussão geral firmada no julgamento foi a seguinte:

“É incompatível com a Constituição Federal a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social – analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais, especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral, e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível”.

Importa analisar a definição do direito ao esquecimento que, nas palavras do STF, conforme visto, compreende “*o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos [...]*”. Ocorre que os meios pelos quais haverá a exposição dos fatos é justamente o ponto que mais interessa para se definir as extensões da decisão.

Merece especial relevo o fato de que o STF não considerou a desindexação como parte integrante do direito de ser esquecido, até por não haver tal discussão no processo, mas, exatamente por isso, abre-se a possibilidade de sustentar a exclusão de determinados resultados de sites de buscas.

Há, pois, clara distinção entre eliminar uma informação acerca de um fato verídico publicizado e desindexar estas notícias dos veículos de buscas, quando o prejuízo ao interessado for maior que o interesse público.

Nesse diapasão, aquele que buscar a informação sobre determinado fato nos veículos disponíveis, encontrará a informação perseguida, sem que, no entanto, tais resultados sejam escancarados ao se procurar apenas o nome de um indivíduo envolvido no fato através de buscadores como Google, nas hipóteses em que os direitos individuais sobrepujarem os interesses coletivos.

Nesse sentido, deve-se buscar um equilíbrio entre a livre manifestação de pensamento e a intimidade, por meio do controle da exposição da apuração dos fatos, nos casos em que houver razoável perecimento do interesse público em fato que atinge direitos da personalidade de um indivíduo.

É certo que a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) não prevê um direito de ser esquecido, mas indica princípios como da necessidade e finalidade que, aliados a garantias fundamentais referidas na Constituição Federal e dispositivos do Marco Civil da Internet, viabilizam a defesa do direito de desindexação, quando os resultados dos veículos de buscas infringirem direitos à personalidade sem que haja interesse público relevante na publicização dos fatos.

Ante o exposto, conclui-se que, apesar da fixação de tese vinculante pelo STF, ainda existe espaço considerável para debates sobre a matéria, que permanecerá em pauta pelos próximos anos, tanto no âmbito acadêmico, como na jurisprudência, inclusive, no tocante ao direito de desindexação.

CONCLUSÃO

A temática, objeto do presente estudo, teve como escopo fazer emergir a relevância da discussão acerca do direito ao esquecimento, uma vez que sua esfera de atuação extrapolou o campo individual, deixando de se ater a um sentimento, particularmente, ferido, para afetar um comportamento costumeiramente social.

Buscou-se criar um espaço para discutir se o direito ao esquecimento seria possível de ser resguardado e em que momento ou por que razão caberia sua implementação, considerando as mudanças por ele provocadas no panorama social.

Em sua defesa, lembrar fatos pretéritos faz reavivar um sofrimento já superado e deve se demonstrar imprescindível para a manutenção do cotidiano regular, caso seja necessário manter avivada tal lembrança. Noutro giro, o considerável espaço temporal entre a data do fato a que se pretende esquecer e a veiculação da informação que o

relembra devem demonstrar capacidade de promover à vítima significativo abalo moral e social, para que a busca por tal direito se mostre suficiente e válida.

Há de se considerar, no entanto, que esse diálogo permitido não atribui a ninguém o direito de apagar dados e fatos pretéritos, almejando a modificação de sua história, para possível reintegração social ou manutenção de uma vida digna em sociedade. O que se discute e permite ser analisado é a possibilidade de verificar a dimensão dos danos causados às partes ligadas ao caso e se tais estragos seriam suficientes para comprometer um direito à garantia de informação e liberdade de expressão.

Dessa forma, propôs-se situar o direito ao esquecimento no plano fáctico-normativo, relacionando-o com os direitos individuais e coletivos, direitos, esses, que atuam como verdadeiros limitadores e direcionadores da ordem social e da garantia de uma atuação estatal que zele por preservar e almejar a dignidade da pessoa humana.

Demarcando a dignidade da pessoa humana como princípio constitucional e embaixador de todo o ordenamento social, esta constitui um dos critérios materiais para se proibir um retrocesso no campo dos direitos fundamentais, no que tange à relativização de sua aplicabilidade, uma vez que necessitam de uma análise prática de acordo com a situação que os apõe, apresentando-se como mandado de otimização.

Ao se tratar da possibilidade de existir e se materializar um direito de ser deixado em paz, de não ser lembrado por aquilo que não mais possui valor social e interesse público, normas de mesmo valor e natureza jurídica são postas em conflito, sendo imperioso utilizar-se da técnica da ponderação para solucionar sua incidência prática.

O reconhecimento civilista proposto com o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, no sentido de que o direito ao esquecimento estaria inserido na dignidade da pessoa humana deve se atentar à esta como dignidade da pessoa propriamente dita, deixando de se ater somente à dignidade enquanto norma.

Para se averiguar uma justificável aplicação do direito ao esquecimento, alguns pontos de apoio precisam ser observados, como se a informação divulgada é relevante e possui interesse público, bem como, se esta viola a honra, a imagem e/ou a intimidade do interessado.

Dessa forma, garante-se que a proteção dos direitos da personalidade do indivíduo somente predominará frente ao direito à liberdade de informação e expressão e à memória coletiva, quando se demonstrar necessário à manutenção da dignidade da pessoa humana. Isto porque esta não é avaliada, apenas, de acordo com seu objetivo exegético, mas deve

levar em consideração o conteúdo principiológico que a nutre e o sentido que ganha, quando inserida no contexto prático.

Com enfoque na seara criminal, demonstrou-se a necessidade de se buscar a reinserção social daqueles que tiveram suas vidas marcadas por fatos criminosos e que, ou já cumpriram pena e quitaram seu dever para com a sociedade e o Estado, no que tange à consequência de sua ação, ou que foram absolvidos do fato delituoso pelo qual eram processados e que ainda se veem ligados a uma memória negativa de conduta social.

Ainda que o instituto da reabilitação criminal e a vedação à consulta nas folhas de antecedentes representem um caminho para a reintegração social, o cenário tecnológico que assola a vida pública e privada dificulta e até impede que a essas pessoas seja dada nova oportunidade na sociedade, uma vez que a rapidez de troca de informações e o interesse da mídia, nesses casos, perpetua a memória delitiva na memória do povo.

Como o interesse público nem sempre coincide com o interesse do público, este quase sempre impulsionado por um sentimento de execração pública, condenação sumária e vingança continuada, um fato tido como criminoso e sua consequência social para aquele que foi acusado de cometê-lo, deve observar uma limitação temporal, de modo a não ultrapassar a ductilidade dos direitos individuais garantida pela Constituição e pelos Direitos Humanos.

Diante disso, forçoso reconhecer que a disponibilidade dessas informações de forma incontável e sem delimitação temporal ferem os parâmetros de garantias e direitos constitucionais assegurados ao indivíduo e à própria sociedade.

Ainda que, fortemente martelado, como um tema de relevante implicação social e de dimensão endo-externalizadora, o direito ao esquecimento precisa ser analisado diante da realidade de cada caso em que se busque sua aplicação. Não há que ser tratado como um direito absoluto e tampouco como inexistente e relegado ao próprio esquecimento.

Permitir e instigar a reflexão e o debate acerca de suas implicações no ordenamento pátrio, apenas, auxilia na produção de uma problematização que pode marcar a sociedade, seja através de suas críticas, seja através de suas idealizações. A própria análise jurídica, pautada em análises em que princípios, valores sociais, dispositivos legais, costumes e jurisprudência comparada são utilizados para trazer solidez à resolução da questão, somente demonstra a pluralidade de formas existentes, capazes de revestir um posicionamento e sua concretude na vida social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doutrina:

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 99/100

BARROSO, Luís Roberto (org). **A nova interpretação constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 2003

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro. Elsevier. 2004. Nova edição

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2008. 2ª ed.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** – Teoria do garantismo penal, p. 204

FEUERBACH apud BITENCOURT, 2014, p. 144

HALBWACHS, Maurice. **A memória coletiva**. Tradução de Laurent Léon Schaffter. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1990

HEGEL. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães, 1976. p. 95 (§ 97)

HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de Direitos Humanos**. Aparecida, SP. Editora Santuário. 2011

KANT, Immanuel. **La metafísica de las costumbres**. Trad. Adela Cortina Orts e Jesús Conill Sancho. Madrid: Tecnos, 1999. p. 166-167

MARTINEZ, Pablo Domingues. **Direito ao Esquecimento**: A proteção da memória individual na sociedade de informação. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2014

MARTINS, Guilherme Magalhães (Coordenador). **Direito Privado e Internet**. São Paulo. Editora Atlas S.A. 2014

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. Saraiva. 9ª ed.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 374

MIRABETE, Julio Fabbrini, **Manual de Direito Penal**, Parte Geral, 22º edição, São Paulo, editora Atlas, 2005

MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. Teoria Geral: Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo. Editora Atlas S.A. 2013. 10ª ed.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo; editora Revista dos Tribunais, 2009. P. 60

OST, François. **O Tempo do direito**. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005, p. 160

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet**: Liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. São Paulo. Editora Atlas. 2008. 4ª ed.

PERLINGEIRO, Ricardo. **O livre acesso à informação, as inovações tecnológicas e a publicidade processual**. *Revista de Processo*, v. 37, n. 203, p. 149-180, jan. 2012. item 5

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo. Editora Saraiva. 2015. 6ª ed.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradet, Maria Fernanda Palma, Ana Isabel de Figueiredo. 3. Ed. Lisboa: Veja, 1998, p. 22

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre. Livraria do advogado editora. 2004. 3ª ed.

SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado. 2011. 9ª ed.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo. Atlas, 2011

SCHWAB, Jürgen. **Cinqüenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 488

TAIAR, Rogerio. **A dignidade da Pessoa Humana e o Direito Penal**: A tutela penal dos Direitos Fundamentais. São Paulo. SRS Editora. 2008. 1ª ed.

ZAFFARONI, E. Raúl e BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003; p. 117

ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR. **Direito Penal Brasileiro**. 4ª ed. Editora Revan, 2003, p. 115

Publicações em sítios:

ALVES, Cintia Marques; LOPES, Ederaldo José. **Falsas memórias: questões teóricometodológicas**. Disponível em:

<<http://www.scielo.br/pdf/paideia/v17n36/v17n36a05.pdf>> Acesso em 10 março 2022

Autor britânico analisa casos de humilhação nas redes sociais. *O Globo*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/autor-britanico-analisa-casos-de-humilhacaonas-redes-sociais-18492648>> Acesso em 12 março 2022

BALDISSARELLA, Francine Lúcia Buffon. **Teoria da prevenção especial**. Âmbito jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9013> Acesso em 12 março 2022

BORGES, Bruna H. **O direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram suas penas**. Disponível em: <<http://brunahernandezborges.jusbrasil.com.br/artigos/191263823/o-direito-aoesquecimento-dos-condenados-que-cumpriram-suas-penas>> Acesso em 11 março 2022

BUCAR, Daniel. **Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento**. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/controle-temporal-dedados-o-direito-aoesquecimento/>> Acesso em 11 março 2022

CARVALHO, Ivan Lira de e DANTAS, Rafael Levino. **Direito Ao Esquecimento: Delineamentos a partir de um Estudo Comparativo de Leading Cases das**

Jurisprudências Alemã e Brasileira. *Publica Direito*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9dc1fd73bd6dd815>> Acesso em 10 março 2022

CASTANHO, Ana. **O direito de ser esquecido “apaga” artigos da BBC e do The**

Guardian. Observador. 03 julho 2014. Disponível em:
<<http://observador.pt/2014/07/03/o-direito-ser-esquecido-apaga-artigos-da-bbc-eguardian/>> Acesso em 10 março 2022

COELHO, Pedro. **Direito ao Esquecimento em âmbito penal? Analisando a diferença entre reincidência e maus antecedentes.** Blog EBEJI. Disponível em:
<<http://blog.ebeji.com.br/direito-ao-esquecimento-em-ambito-penal-analisando-adiferenca-entre-reincidencia-e-maus-antecedentes/>> Acesso em 13 março 2022

COIMBRA, Janaina de Almeida. 176 f. Monografia de Pós Graduação, Pesquisa e Extensão em Direito Penal e Direito Processual Penal. Centro Universitário “Antônio Eufrásio De Toledo” de Presidente Prudente. **Limitação Temporal dos Maus Antecedentes e o Direito ao Esquecimento.** Disponível em: <
<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/Juridica/article/view/5306/505> 1> Acesso em 12 março 2022

Condenados são maioria dos que pedem ao Google remoção de links.
Veja.com. 16 maio 2014. Disponível em:
<<http://veja.abril.com.br/tecnologia/condenados-saomaioria-dos-que-pedem-ao-google-remocao-de-links>> Acesso em 09 março 2022

DUARTE, Hugo Garcez, CARELLOS, Francelly e MARTINS Bernardes. **O direito ao esquecimento:** a influência da informação na vida social. Âmbito Jurídico. Disponível em <
http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16453> Acesso em 08 março 2022

FERREIRA, Lemos. **Direito Civil. Os Direitos da Personalidade em Evolução:** O Direito ao Esquecimento. Curitiba: Ebooks conteúdo. 2014. Disponível em:
<<http://www.editoraclassica.com.br/novo/ebooksconteudo/Direito%20Civil.pdf>> Acesso em 15 março 2022

FISCHBERG, Josy. **Autor britânico analisa casos de humilhação nas redes sociais.** Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/autor-britanico-analisa-casos-dehumilhacao-nas-redes-sociais-18492648>> Acesso em 13 março 2022

unção ressocializadora da pena. Artigo. Disponível em:
<http://monografias.brasescola.uol.com.br/direito/funcao-ressocializadorapena.htm#capitulo_4> Acesso em 12 março 2022

GRILLO, Brenno. **Querem Mudar A História Usando O Direito Ao Esquecimento, Alertam Especialistas.** Disponível em:
<<http://www.conjur.com.br/2016-ago29/especialistas-alertam-uso-exagerado-direito-esquecimento>> Acesso em 11 março 2022

HYGINO, Augusto Cesar. **Direito ao Esquecimento na Sociedade da Superinformação: O ressuscitar da personalidade.** Jusbrasil. Junho 2016. Disponível em:
<http://augustohyginio.jusbrasil.com.br/artigos/340838414/direito-ao-esquecimentona-sociedade-da-superinformacao-o-ressuscitar-da-personalidade?ref=topic_feed> Acesso em 10 março 2022

JUNIOR, Otávio Luiz Rodrigues. **Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento.** Conjur. 25 dez. 2013. Disponível em:
<<http://www.conjur.com.br/2013dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protexcao-direito-esquecimento>> Acesso em 15 março 2022

LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. **Direito ao esquecimento:** discussão europeia e sua repercussão no Brasil. Disponível em:
<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502929/000991677.pdf?sequence=1>> Acesso em 14 março 2022

LIMA, Gabriela. **Análise do direito ao esquecimento com enfoque no prisma cibernético e no PL 215/2015.** Jusbrasil. Abril 2016. Disponível em:
<http://gabriellins59.jusbrasil.com.br/artigos/320001825/analise-do-direito-aoesquecimento-com-enfoque-no-prisma-cibernetico-e-no-pl-215-2015?ref=topic_feed> Acesso em 12 março 2022

LONGEN, Bruna Roberta Wessner. **O direito ao esquecimento frente ao princípio da dignidade da pessoa humana em confronto com a liberdade de imprensa.** Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-direito-ao-esquecimento-frente-aoprincipio-da-dignidade-da-pessoa-humana-em-confronto-com-a-liberdade-deim,53487.html>> Acesso em 09 março 2022

LOPES, Andreia. **O olhar da psicologia – o que é a memória?** Disponível em:
<<http://psicob.blogspot.com.br/2008/04/o-que-memria.html>> Acesso em 14 março 2022

LUCHETE, Felipe. **Risco do direito ao esquecimento é afastar sociedade de seu passado, diz PGR.** Conjur. 12 julho 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-12/risco-direito-esquecimento-limitar-historiapgr>>. Acesso em 11 março 2022

LYRA, Lais Gomes Monte. **Direito ao esquecimento ou direito à privacidade?** Disponível em: <<http://www.adfas.org.br/admin/upload/conteudo/27092016%20LaisLyra.pdf>> Acesso em 11 março 2022

Milênio: No livro 'Humilhado', Jon Ronson fala sobre o fenômeno da humilhação online. Globo News. Disponível em: <<http://g1.globo.com/globo-news/milenio/videos/v/milenio-no-livro-humilhado-jon-ronson-fala-sobre-o-fenomenoda-humilhacao-online/5189596/>> Acesso em 11 março 2022

MORAES, Henrique Viana Bandeira. **Das funções da pena.** Âmbito jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12620#_ftn28> Acesso em 12 março 2022

NETO, João dos Passos Martins; PINHEIRO, Denise. **Liberdade de Informar e Direito à Memória - uma crítica à ideia do direito ao esquecimento.** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/6670-18054-1-sm.pdf>> Acesso em 11 março 2022

NETO, Antônio Tavares dos Santos. **O Direito ao Esquecimento: Uma Exigência Contemporânea.** 47 f. Monografia. Faculdade de Direito. Universidade de Brasília, 2015. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/10796/1/2015_AntonioTavaresdosSantosNeto.pdf> Acesso em 10 março 2022

O olhar da psicologia – o que é a memória? Disponível em: <<http://psicob.blogspot.com.br/2008/04/o-que-memria.html>> Acesso em 10 março 2022

Os novos 'inquisidores' tomam conta da rede: A humilhação pública se tornou um esporte de massas graças às redes sociais". El País. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/04/23/ciencia/1429788932_491782.html> Acesso em 10 março 2022

PAIVA, Bruno César Ribeiro de. **O Direito ao Esquecimento em face à liberdade de expressão e de informação.** Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1202/O%20>

DIREIT O%20AO%20ESQUECIMENTO.pdf?sequence=1>. Acesso em 10 março 2022

PAZ, José Evandro Martins. **Fundamentos jurídicos do direito ao esquecimento**. UFRGS. Porto Alegre, 2014. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/111903/000950695.pdf?sequence=1>> Acesso em 10 março 2022

PEREIRA, Leonardo. **Câmara aprova lei que institui 'direito ao esquecimento' na web brasileira**. Disponível em: <<http://olhardigital.uol.com.br/noticia/camara-aprovalei-que-institui-direito-ao-esquecimento-na-web-brasileira/51963/>> Acesso em 12 março 2022

PINHEIRO, Aline. **Direito ao esquecimento para usuários da internet vira lei na**

União Europeia. Conjur. 18 de abril 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-18/direito-esquecimento-internet-vira-lei-uniaoeuropeia>> Acesso em 12 março 2022

PONTES, Marcella. **Análise sobre a reincidência no Direito Penal**: aspectos práticos e teóricos à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores. Data da elaboração: Julho 2014. Data da publicação: Setembro 2015. Jus Navigandi. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42428/analise-sobre-a-reincidencia-no-direito-penaspectos-praticos-e-teoricos-a-luz-da-jurisprudencia-dos-tribunais-superiores>> Acesso em 09 março 2022

PORTO, Noemia. **Direito ao Esquecimento**: Memória, vida privada e espaço público. TST. 2015. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/85646/2015_porto_noemia_dir_eito_esquecimento.pdf?sequence=1> Acesso em 09 março 2022

PRADO, Luiz Regis. **Teoria dos fins da pena: breves reflexões**. Disponível em: <<http://www.regisprado.com.br/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Teoria%20dos%20fins%20da%20pena.pdf>> Acesso em 09 março 2022

RANDAZZA, Marc. **We need a 'right to be alone'** online. 15 maio 2014. Disponível em: <<http://edition.cnn.com/2014/05/14/opinion/randazza-google-right-to-privacy/>> Acesso em 09 março 2022

Repercussão em Recurso Extraordinário com Agravo nº 833.248. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=302238926&tipoApp=p df](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=302238926&tipoApp=p%20df)> Acesso em 09 março 2022

REID, David. **France ponders right-to-forgot law.** Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/programmes/click_online/8447742.stm> Acesso em 09 março 2022

SALAS, Javier. **Os novos 'inquisidores' tomam conta da rede.** Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/04/23/ciencia/1429788932_491782.html> Acesso em 12 março 2022

SANTOS, Raphael Alves. **O direito ao esquecimento dos condenados.** Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5781/O-direito-ao-esquecimento-doscondenados>> Acesso em 11 março 2022

SARMENTO, Daniel. Parecer: **Liberdades Comunicativas e "Direito ao Esquecimento" na ordem constitucional brasileira.** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>> Acesso em 12 março 2022

SMITH, Matthew L., **Viktor Mayer-Schönberger, Delete: the virtue of forgetting in the digital age.** Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/52010990_Book_review_Viktor_MayerSchonberger_Delete_the_virtue_of_forgetting_in_the_digital_age> Acesso em 09 março 2022

SOUZA, Bernardo de Azevedo. **O Direito ao Esquecimento na sociedade da informação: O caso Aída Curi.** Canal Ciências Criminais. 30 junho 2015. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/o-direito-ao-esquecimento-na-sociedade-dainformacao-o-caso-aida-curi/>> Acesso em 14 março 2022

UE expande 'direito ao esquecimento' a todo serviço na internet. G1. 15 abril 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/04/ue-expande-direito-aoesquecimento-todo-servico-na-internet.html>> Acesso em 15 março 2022

O ART. 139, IV DO CPC/15: APLICAÇÃO DAS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS PARA A SATISFAÇÃO INTEGRAL DA TUTELA JURISDICIONAL

ED GLEISON PINTO DE SOUSA:

Graduando em Direito pela Universidade São Judas Tadeu. Assistente Jurídico do Escritório Moraes e Leal Advogados. Atuante no Direito Civil, Consumidor, Imobiliário e Empresarial.

CARLOS HENRIQUE RAGUZA

(orientador)

RESUMO: O presente projeto de monografia pretende abordar a finalidade precípua do processo de execução, uma vez que a tutela satisfativa, por vezes, revela-se ineficaz ao detentor do direito reconhecido judicialmente, bem como apresentar as temáticas das medidas executórias atípicas, sob fundamento legal do art. 139, inciso IV do CPC/15. Oportuno mencionar que a disposição desta norma processual trata-se de um poder-dever do magistrado na condução da tutela jurisdicional, com escopo de tornar a atuação do Poder Judiciário célere e eficaz, conforme dispõe a Lei Maior (art. 5º, inciso LXXVII), tanto na execução quanto no cumprimento de sentença, sobretudo na obrigações prestacionais de natureza pecuniária. Assim, com abordagem pormenorizada, a análise contemplará, sobretudo, a jurisprudência pátria, com exposição das decisões e análise das motivações que advogam pelas medidas executivas atípicas, além de contemplação da doutrina e suas diretrizes para aplicação das medidas atípicas e, precipuamente, a efetividade e eficácia que a atipicidade poderá proporcionar à tutela executória.

Palavras-Chave: Processo Civil. Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional. Código de Processo Civil. Tutela de Execução. Cumprimento de Sentença. Medidas Executivas Atípicas. Art. 139, IV. Direito do Credor. Direito do Devedor. Satisfação do Direito Material.

ABSTRACT: The present monograph project intends to address the main purpose of the execution process, since satisfactory protection, at times, proves ineffective to the holder of the legally recognized right, as well as presenting the themes of atypical enforcement measures, based on the legal basis of the law 139, IV, CPC/15. It is worth mentioning that the provision of this procedural rule is a power-duty of the magistrate in conducting jurisdictional protection, with the scope of making the performance of the Judiciary Power swift and effective, as provided by the Constitution (5º, LXXVII), both in the execution and in the enforcement of the sentence, especially in the provision of obligations of a pecuniary nature. Thus, with a detailed approach, the analysis will include, above all, the domestic

jurisprudence, with exposure of the decisions and analysis of the motivations that they advocate for the atypical executive measures, in addition to contemplation of the doctrine and its guidelines for the application of the atypical measures and, above all, the effectiveness that atypicality can provide for enforceable tutelage

Keywords: Civil Procedure. Fundamental Right to Jurisdictional Guardianship. Code of Civil Procedure. Execution tutelage. Compliance with judgment. Atypical Executive Measures. Art. 139, IV. Creditor's right. Debtor's Right. Satisfaction of Material Law.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DIREITO PROCESSUAL COMO MEIO DE EFETIVIDADE DO DIREITO. 3. TUTELA JURISDICIONAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL: PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. 3.1. Razoável Duração do Processo. 3.2. Princípio Da Tutela Adequada, Efetiva E Integral. 4. TUTELA EXECUTIVA: CONCEITUAÇÃO, ATOS EXECUTIVOS E ASPECTOS CORRELATOS. 5. CÓDIGOS PROCESSUAIS CIVIS E AS TIPICIDADES DOS ATOS EXECUTIVOS: BREVE HISTÓRICO. 6. A CLÁUSULA GERAL DO ART. 139, IV DO CPC/15: ANÁLISE DA REDAÇÃO LEGISLATIVA, ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTÓRIOS E A PREVISÃO DE INCIDÊNCIA NAS OBRIGAÇÕES PECUNIÁRIAS. 6.1. Superação Definitiva do Princípio da Atipicidade na Execução. 6.2. O Artigo 139, inciso IV como Cláusula Geral Executiva no CPC/15. 6.3. A Completude da Tutela Executiva a o Art. 139, IV do CPC Como Fundamento Para o Poder Geral de Coerção e Adoção de Medidas Atípicas. 6.4. A Redação Final do Art. 139, IV do CPC/15. 6.5. Princípio da Responsabilidade Patrimonial na Execução e os Meios Executórios Atípicos. 7. OS CRITÉRIOS PARA APLICABILIDADE DO ART. 139, INCISO IV COMO FUNDAMENTO PARA ADOÇÃO DE MEDIDA EXECUTÓRIA ATÍPICA: DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA. 7.1. Título Executivo Judicial Definitivo. 7.2. Subsidiariedade: Controvérsias. 7.3. A Necessidade do Contraditório. 7.4. Requerimento das partes quanto a aplicação de uma medida executiva atípica: necessidade? 7.5. Fundamentação do magistrado para aplicação da medida atípica. 8. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS EM ESPÉCIE. 8.1. Apreensão de Passaporte. 8.2. Apreensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH). 8.3. Proibição de Frequentar Local / Evento. 8.4. Bloqueio de Cartões de Crédito. 8.5. Proibição de Contratar com o Poder Público. 8.6. A Questão do Bitcoin e Outros Criptoativos. 9. CONCLUSÃO. 10. BIBLIOGRAFIA.

[...] A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. (Ruy Barbosa, 1920).

[...] não haverá justiça forte enquanto houver demora no julgamento, na execução e no cumprimento da decisão judicial. Não adiantará facilitar o acesso, se a conclusão do julgamento não for totalmente facilitada, por mais independente que a justiça seja. A justiça forte é aquela no qual o povo acredita. Agora, se o

cidadão acredita que vai ganhar seu dinheiro daqui há dez anos, ele, com certeza, não confiará na justiça (Sydney Sanches, 2001).

1. INTRODUÇÃO

Na experiência forense, note-se que o processo de conhecimento tem por objetivo declarar a improcedência ou procedência do pleito material, isto é, buscar a pronúncia da Justiça sobre o direito. Neste sentido, para concreta efetivação deste direito no mundo empírico, o ordenamento jurídico prevê dois procedimentos distintos, quais sejam, o cumprimento de sentença e a tutela de execução, esta fundada em título executivo extrajudicial.

Todavia, o devedor por vezes constitui diversos óbices para cumprir voluntariamente com sua obrigação, seja de qual natureza for, que, por conseguinte, frustra o direito do credor. Portanto, diante da dificuldade para satisfação do direito, importante torna-se o papel do Estado-juiz, sobretudo para o resguardo da norma, com a aplicação das medidas executivas de cumprimento forçado da obrigação, sobretudo, as denominadas medidas atípicas ou inominadas. Estas, consagradas no recente Código de Processo Civil, em seu art. 139, inciso IV, traz novas perspectivas para o processo executório para alcance do seu precípua objetivo, qual seja, a satisfação concreta do direito.

No que pese o antigo código processual civil de 1973 trazer previsão das medidas atípicas na execução, cumpre ressaltar que a disposição se referia tão somente as obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, de modo que o novo código processual atribuiu à obrigação pecuniária a incidência das medidas inominadas.

Por último, tem-se a obra enfoque à importância da atipicidade das medidas executórias para atingir a satisfação do direito do credor, principalmente, voltado à obrigação pecuniária, passando por questões relacionadas ao artigo 139, IV, bem como a concepção constitucional do tema, além das noções principiológicas de garantias e direitos fundamentais, a jurisprudência dos tribunais superiores e a visão doutrinária.

2. DIREITO PROCESSUAL COMO MEIO DE EFETIVIDADE DO DIREITO

O direito, comumente relacionado à norma do dever-ser, em suma, são regras comportamentais de convivência em sociedade. Em outras palavras, utilizando-se da premissa *ubi societas ibi ius*, considerando que a existência de pessoas e o inter-relacionamento entre elas acarretam, inegavelmente, demasiados conflitos, perfazendo necessário a regulamentação deste fenômeno, denominado de relação jurídica material ou substancial por meio das normas de direito material.

No entanto, diferentemente do que consta no senso comum, não basta apenas ter o direito em seu sentido material, isto é, de nada adianta ser legitimado de determinado direito positivado na lei sem, de fato, tê-lo efetivado no mundo empírico de modo que se possa usufruí-lo. Se assim fosse, de nada adiantaria regular as relações sociais e o controle social não seria efetivo, pelo menos, por meio da lei. Neste sentido, importante torna-se a função do Direito Processual.

Inicialmente, antes de adentrar nos pormenores do tema do tema, o qual reveste-se de riquíssimo debate no campo processual civil bem como sua função e limites constitucionais, cumpre conceituar o Direito Processual Civil que, nas palavras de Fabrício Castagna Lunardi:

(...) pode ser compreendido como o conjunto de padrões normativos relativos ao processo civil. Por padrões normativos, deve-se entender não somente as regras e os princípios positivados no ordenamento jurídico, mas tudo aquilo que pode ter normatividade, ou seja, tudo que compõe o sistema jurídico processual civil, como os princípios gerais do direito, a jurisprudência, os precedentes e as súmulas (CASTAGNA, 2019).

Assim, o processo civil engloba não apenas a lei propriamente dita (*stricto sensu*), mas vários outros institutos normativos que, de certo modo, possa regular a relação jurídica processual para alcance do seu objetivo precípua na sistemática processual, qual seja, a efetividade do direito material.

Portanto, percebe-se importante relação de dependência entre o direito material em relação ao direito processual, no que tange o uso deste para efetividade daquele. Nesta toada, o mestre Fredie Didier Jr. sintetiza brilhantemente a correlação, ora abordada, do direito substancial para com o processual com os seguintes ensinamentos:

Ao processo cabe a realização dos projetos do direito material, em uma relação de complementaridade que se assemelha àquela que se estabelece entre o engenheiro e o arquiteto. O direito material sonha, projeta; ao direito processual cabe a concretização tão perfeita quanto possível desse sonho. A instrumentalidade do processo pauta-se na premissa de que o direito material coloca-se como o valor que deve presidir a criação, a interpretação e a aplicação das regras processuais (DIDIER, 2019).

No cotidiano dos operadores do direito, principalmente dos nobres causídicos que muito colaboraram para o atual *Códex* Processual pátrio, a percepção deste contraste

jurídico é notória quando o advogado, por exemplo, elabora uma Petição Inicial, pois, necessariamente e em conjunto, abordará questão processual e material.

Não obstante, consoante ao explicitado, cumpre ressaltar que o Processo Civil, atualmente, encontra-se em seu estágio instrumental, superando a fase sincretista e autonomista, preconizando o processo como instrumento para efetivar o direito material, isto é, o indivíduo ter em mãos aquilo que lhe é determinado por norma, de modo que a lei não seja tão somente uma letra morta.

3. TUTELA JURISDICIONAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL: PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Para compreender a importância da tutela jurisdicional e seus desdobramentos, além do próprio alcance aos jurisdicionados, de rigor uma abordagem no que tange o devido processo legal (*due process of law*) consagrado no inciso LIV da Constituição Federal de 1988, elevado à nível principiológico no ordenamento jurídico, de modo que, inegavelmente, constitui a espinha dorsal do direito processual civil.

Notoriamente, a influência advém da Constituição Estadunidense, em vislumbre das emendas V57 e XIV58 que, por sua vez, têm gênese inglesa por meio da *Statute of Westminster of the Liberties of London*, durante o reinado de Eduardo III, estando presente o instituto jurídico do devido processo legal nas mais diversas Constituições ocidentais, bem como positivado em ilustres pactos internacionais de Direitos Humanos, como na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948).

No que pese aspiração deste acadêmico para formular um conceito, não cabe intentar definir o que seja o princípio do devido processo legal, pois, certamente, sequer lograríamos êxito considerando a mutabilidade histórica do instituto, considerando as civilizações passadas e seu caráter de cláusula geral, como leciona Eduardo Arruda Alvim, Daniel Willian Granado e Eduardo Aranha Ferreira dizendo que:

A ideia do que seja devido processo legal, há aspectos absolutamente indiscutíveis, enquanto há outros de abrangência acentuadamente elástica, a respeito dos quais paira alguma discussão – daí e que, historicamente, não tem sido objeto de definições propriamente delimitadoras do que significa (ARRUDA, GRANADO E FERREIRA, 2019).

57 "V. No person shall be (...) deprived of life, liberty, or property, without due process of law"

58 "XIV. nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law"

Semelhante à cláusula geral, a qual também guarda, juridicamente, as medidas coercitivas processuais no Código de Processo Civil vigente, o princípio do Devido Processo Legal tem por escopo abarcar variadas situações com fulcro em não deixar desamparado o operador do Direito e principalmente aquele que buscou a tutela jurisdicional.

Daí decorre seu espectro de direito fundamental e, por corolário, norma fundamental do sistema processual civil⁵⁹. Portanto, não fora auxese do momento que, no início deste tópico, referia-se ao Devido Processo Legal como espinha dorsal do Direito Processual Civil, mormente dele torna-se possível auferir outros relevantes princípios constituições e processuais tais como a ampla defesa e o contraditório, vedação à prova ilícita, duração razoável do processo e efetividade da tutela jurisdicional. Tanto que, nesta monografia, não se deixará de citar o grande mestre - Humberto Theodoro Júnior - que batizou o *due process of law* de "Superprincípio"⁶⁰.

Feito este introito, necessário trazer à explanação algumas noções e princípios decorrentes do devido processo legal que, em muito, intervém e prestigia as medidas satisfativas atípicas nas obrigações processuais, seja como pilar jurídico para sustento da matéria, sobretudo sua constitucionalidade, hermenêutica processual, parâmetro de aplicabilidade por parte do magistrado, argumento de fundamentação de decisões ou pedidos ao órgão jurisdicional.

3.1 Razoável Duração do Processo

Oportuno destacar o princípio constitucional e norma fundamental do processo consagrado como "razoável duração do processo". Atribui-se a nomenclatura de princípio, pois a Emenda Constitucional nº 45/2004 positivou na Lei Suprema, no inciso LXXVII do art. 5º, o seguinte texto: *"a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação"*. E, por outro lado, reiterado importante princípio processual temos a norma fundamental do art. 4º do CPC/15, nos seguintes termos: *"As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa"*.

Portanto, tem-se um princípio primordial a ser observado para o devido processo legal. Aliás, com sua precisão e didática, utiliza-se, nesta monografia, a frase "Processo Devido é, pois, processo com duração razoável" (DIDIER, 2019, p. 124). A expressão significa que de um princípio surge outro, norteando todo o Processo Civil e, conseqüentemente, influenciando os atos processuais como, por exemplo, a adoção de medidas atípicas.

59 JR., Nelson Nery. *Princípios do Direito Processual na Constituição Federal*. Cit., pág. 60.

60 JR., Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual*. Vol. 1. Cit. 29.

Em verdade, no âmbito da vivência forense de qualquer operador do direito militante, a duração razoável é - lamentavelmente - transgredida pelo Estado, sendo vítima de burocracia e ausência de infraestrutura. Ou seja, a noção do jurisdicionado em ter justiça em tempo justo e necessário vai de encontro com morosidade dos órgãos revestidos de jurisdição, de modo que se trata de fatos que, por enquanto, não cabe exposição das justificativas em razão do tema desta monografia.

Todavia, no mundo abstrato, formalmente, a razoabilidade da duração de um processo e a celeridade de seus atos constituem princípio da Justiça os quais devem ser atendidos durante o processo, visando manter a confiabilidade e efetividade à tutela jurisdicional prestado pelo Estado.

Olvida-se que a crítica não incide tão somente ao Judicial, ao passo que a minha dissertação se volta ao Estado *lato sensu*, incluindo a seara administrativa, pois, parece-me que o processo, inegavelmente, sofre doses de gestão administrativa.

A duração razoável do processo é cláusula geral a qual não permite conceituação restritiva porquanto engloba algumas noções implícitas. De acordo com os ensinamentos de Ingo Sarlet, Luiz Marigoni e Daniel Mitidiero⁶¹, seu conteúdo mínimo tem por foco (I) o legislador, que elaborará técnicas processuais para adequação prestação jurisdicional, (II) administrador judiciário, que viabilizará o fluxo de atos processuais e organizar toda estrutura do Poder Judiciário e, por fim, (III) ao juiz, que conduzirá o processo.

A Corte Europeia de Direito do Homem dispôs alguns parâmetros os quais podem ser perfeitamente aplicados no processo pátrio, quais sejam, (I) complexidade do assunto, (II) comportamento dos litigantes e seus procuradores e (III) atuação do magistrado. Por óbvio, assim como qualquer coisa no Direito, os critérios não são absolutos sendo necessária avaliação do caso concreto. Não obstante, no Brasil, a duração razoável do processo ser algo longínquo a ser alcançar integralmente, é dificultoso auferir o cumprimento na prática.

Ainda, merece atenção a dicção da parte final da redação constitucional (LXXVII do art. 5º da CF/88), a qual assevera que o princípio se aplica, inclusive, na tutela satisfativa. É claro a sua aplicabilidade na execução, mas parece que não é de conhecimento de alguns órgãos jurisdicionais que, muitas vezes, não atende o comando axiológico deixado o detentor do direito à mercê da demora que, por vezes, acarretará prejuízos para obtenção fático do seu direito. Ora, é direito fundamental prestação da tutela jurisdicional de modo célere, integral e adequada, pois não pode o jurisdicionado ficar de mãos vazias por

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. Cit, p. 1120. 2019.

incompetência estatal, sendo que a Constituição Federal precisa ser cumprida uma vez que prevê efetividade do Judiciário.

Observa-se que o princípio consagra a prestação razoável e adequada, num determinado lapso temporal que a demanda exija. Assim, o processo, considerando o princípio maior do devido processo legal, obrigatoriamente passará por todas as suas fases e atos processuais os quais, notoriamente, tomará tempo.

Não se defende resolução rápida do conflito sem adequada e integral satisfação do direito, pelo contrário, ressalte-se apenas que, para a efetividade da jurisdição por parte do Estado, é de rigor observância da razoabilidade temporal do processo e, por consectário, que o órgão jurisdicional não se abstenha, seja qual for o motivo, de suas funções de julgar e proporcionar o Direito, isto é, proporcionar os efeitos jurídicos no mundo dos fatos.

3.2 Princípio Da Tutela Adequada, Efetiva E Integral

O inciso XXXV, art. 5º, da Constituição Federal prevê que "*lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*", consagrou-se assim o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Refere-se ao direito fundamental da tutela adequada, efetiva e integral do direito processual, tratando-se de mais um princípio e direito fundamental que abrange a seara Processual Civil, advindo do Devido Processo Legal. Ainda, em reforço ao fundamental princípio em comento, o legislador processual consagrou redação semelhante no art. 3º do CPC/15.

Seguramente, o constituinte e o legislador infraconstitucional objetivaram firmar compromisso do Poder Judiciário para com seu jurisdicionado no que tange, de fato, receber amparo jurídico e prestar a resolução de sua lide, ou seja, efetivamente resolver o problema manifestado pelo cidadão no momento que procurar o Estado, uma vez que detém o monopólio da jurisdição ("*juris dictio*").

Dessa forma, a tutela jurisdicional pode ser analisada sob alguns aspectos: (I) acesso à justiça, (II) adequação da tutela e (III) efetividade da tutela. No entanto, considerando que o intuito da obra é no sentido abordar as medidas coercitivas atípicas no Processo Civil (Art. 139, IV), bem como sua contribuição à efetividade jurisdicional, imperiosamente abordará os dois últimos critérios e pretende-se trançar paralelos com a matéria.

Primeiramente, sob o prisma da adequação, como a própria denominação sugere, o processo tem de ser capaz de promover a tutela do direito, de modo que o meio precisa ser idôneo para chegar ao seu fim, tendo por escopo o alcance concreto do direito material.

Nesta toada, observa-se relevância da adequação voltada à técnica executiva atípica, de modo que o sistema processual civil atual adotou.

Sobre o tema e correlação do princípio com as medidas extraordinárias processuais, oportuno transcrever as lições de Ingo Sarlet, Luiz Marigoni e Daniel Mitidiero que aduzem:

(...) a atipicidade da técnica executiva, que mais interessa para prestação de tutela jurisdicional adequada aos direitos, tem a sua maior expressão no art. 139, IV do CPC de 2015. Para além da possibilidade de imposição de astreintes (art. 537 do CPC de 2015), todas as posições jurídicas podem ser tuteladas a partir das medidas necessárias – busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial, são apenas exemplos. Nada obsta ao juiz, desde que justificadamente e com emprego da proporcionalidade, que determine outras medidas, uma vez que promovam o fim, seja o menos restritivas possíveis e prestigiem o direito constitucionalmente mais relevante (MARIGONI E MITIDIERO, 2019).

As medidas necessárias com fulcro, sempre, na adequação e considerando o direito material a ser tutelado, podem ser a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação, retenção do passaporte e vedação de participação em certames públicos, sendo estas as medidas atípicas mais vistas (e reivindicadas pelos credores) nos tribunais pátrios.

A tutela jurisdicional deve revestir-se de eficiência, posto que o direito (Lei) tão somente positivado não possui efeitos práticos, bem como um processo civil sem resultado concreto coloca em xeque até mesmo a segurança jurídica. E, neste ponto, guarda-se estrita relação com o processo de execução, pois esta tutela jurídica precisa necessariamente ser capaz de satisfazer o direito de quem o busca.

Sintetizando o exposto, o Prof. Marcelo de Lima Guerra ressalta que a tutela executiva para alcançar o seu objetivo principal e atender ao princípio da eficiência precisa da atuação ativa do magistrado, no que tange interpretação da norma executiva para buscar maior efetividade possível, o poder-dever do magistrado em não aplicar norma que imponha restrição à meio executivo sem que um direito fundamental não estiver em jogo

e, por fim, adotar-se meios executivos (atípicos, inclusive) para prestação integral da tutela jurisdicional⁶².

Portanto, tem-se que a “eficiência” e a “adequação” como princípios oriundos da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 4 do CPC/15 e art. 5º, inciso XXXV da CF/88) sendo, por conseguinte, norteadores à aplicação das medidas coercitivas atípicas e, portanto, tendo estas proteções dos princípios e direitos fundamentais.

Mas não somente, pois, como visto, os princípios do Devido Processo Legal e seus corolários, tal como duração razoável do processo e prestação integral da tutela jurisdicional constituem direitos fundamentais do jurisdicionado e, principalmente, do merecedor da tutela executiva que detém um título judicial líquido, certo e exigível.

Neste sentido, emerge as medidas atípicas como meios coercitivos para atendimento destes princípios constitucionais e processuais, objetivando a satisfação e entrega concreta do direito material o qual, frisa-se e não podemos esquecer, é direito fundamental expressamente previsto na Lei Maior de 1988, de modo que o órgão jurisdicional não pode esquecer ao exercer sua função, sob pena de abalar a confiabilidade do meio social na Justiça do nosso país.

4. TUTELA EXECUTIVA: CONCEITUAÇÃO, ATOS EXECUTIVOS E ASPECTOS CORRELATOS

O procedimento comum, comumente sendo antecedente à execução quando esta é fundada em título judicial, não se trata, precipuamente, de concretização da tutela jurisdicional, porquanto dispõe de regras relativas ao conhecimento, pelo Estado-juiz, de quem faz jus à proteção jurisdicional sobre seu direito.

Todavia, a fase satisfativa da jurisdição pressupõe, necessariamente, uma prestação jurídica devida a outrem em virtude do reconhecimento de título executivo judicial ou extrajudicial. Assim, alguém (credor) tem o poder jurídico de exigir uma determinada conduta de uma pessoa (devedor), no que tange obrigação de fazer, não fazer, dar e, também, pagar (pecuniária). Neste sentido, caso não haja cumprimento dessa prestação, tem-se a lesão ou inadimplemento⁶³, de modo que se torna legítimo o titular do direito recorrer ao Poder Judiciário com escopo de valer seu crédito, isto é, emerge a tutela executiva jurisdicional para que o direito tenha efeito no mundo real, considerando que a autotutela, em regra, é vedada pelo ordenamento jurídico.

⁶² GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção ao credor na execução civil*, cit., pág. 103/104.

⁶³ Tanto que o art. 786 do CPC/15 tem a seguinte redação: *A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível consubstanciada em título executivo.*

Portanto, conforme preceitua Fredie Didier Jr., em síntese:

(...) Executar é satisfazer uma prestação devida. A execução pode ser espontânea, quando o devedor cumpre voluntariamente a prestação, ou forçada, quando o cumprimento de prestação é obtido por meio de prática de atos executivos do Estado (DIDIER, 2017).

Não obstante, o processo de execução não tinha protagonismo normativo como atualmente detém, elevado à Direito Fundamental como exposto em tópico anterior. Rennan Thamay aborda este aspecto da processualística pátria ressaltando:

(...) foi-se o tempo em que, antes da realidade do credor que deve receber a prestação afirmada na prestação jurisdicional, valorizava-se o processo e a execução como sede de fértil debate dogmático pouco preocupado com a efetividade do processo. Cremos que, em verdade, vencemos esse estágio retrógado da processualística (THAMAY, 2019).

Logo, com o advento da Constituição de 1988 e a incidência de alta carga axiológica no que tange a integral prestação jurisdicional bem como Novo Código de Processo Civil (art. 4º), a Tutela Executiva passa a ser fase primordial para concretização do direito material, sendo merecedora de tanta atenção quanto a cognição exauriente do procedimento comum.

Por sua vez, a execução civil engloba os atos executivos que são “medidas que a lei permite aos órgãos jurisdicionais pôr em prática para o fim de obter que o credor logre praticamente o bem que tem direito” (CHIOVENDA, 2000, p. 348) 64.

Importante salientar que o bem de vida pretendido (direito material) na fase satisfativa, imperiosamente, há de ser considerado para que o Estado promova adequadamente (princípio da adequação) com a tutela executiva. Em suma, o bem que o exequente busca resume-se em corpóreo, determinada conduta (omissiva ou comissiva) ou pecúnia (dinheiro) do executado. Este último o mais comum na prática forense e, logo, a presente monografia abordará ele com maior ênfase.

Portanto, o ato executivo cabível tem relação estrita com o direito material a ser alcançado. Deste modo, a doutrina especializada, geralmente, concebe dois grandes grupos de técnica que envolvem os atos executivos, quais sejam, a sub-rogação e coerção.

64 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual*. Trad. Paolo Capitanio. 2. Ed. Campinas: Bookseller, 2000. Pág. 348.

A sub-rogação o Estado-juiz substitui a atividade do executado, afastando qualquer elemento volitivo deste, de modo que se realiza diretamente o direito do exequente⁶⁵. Evidentemente, torna-se uma técnica de penetração do patrimônio do devedor, por meio de (I) desapossamento, retirando de sua posse coisa móvel ou imóvel, (II) transformação, respondendo o patrimônio por obrigações de fazer, não fazer ou entregar e, por fim, (III) por expropriação, técnica mais utilizada no cotidiano forense, quando priva o devedor de parcela do seu patrimônio, em bens ou pecúnia, correspondente ao valor da dívida⁶⁶.

No entanto, temos as técnicas executivas de coerção – o que de fato nos interessa aqui. Inicialmente, conceitua-se estas como aquelas que “não prescindem da vontade do executado, pois atuam diretamente sobre ela, com função coercitiva de pressão psicológica, como se fosse um estimulante positivo no cumprimento da obrigação adimplida” (ABELHA, 2019, p. 42). O cerne deste ato executivo indireto consiste em persuadir o inadimplente, impondo-lhe situações onerosas e inconvenientes, respeitando sempre o devido processo legal e a dignidade da pessoa humana, no sentido de que é mais vantajoso cumprir com a prestação devida do que não a adimplir ou protelar com seu dever⁶⁷. Cite-se, como exemplos desta técnica executiva, as multas diárias prevista no art. 537 do CPC/15, prisão civil nas ações alimentícias (art. 528 e ss. do CPC/15) e protesto judicial (art. 517 do CPC/15).

Porém, de rigor tecer alguns esclarecimentos, por mais que sejam notórios, no que tange medidas coercitivas típicas e atípicas. Aquelas estão expressamente positivadas no *Códex* Processual Civil vigente, vide os exemplos expostos no final do parágrafo anterior, ao passo que estas são aquelas não tipificadas – inominadas - tendo por fundamento normativo o art. 139, IV do CPC/15. O dispositivo legal, constante no capítulo de “poderes-deveres” do magistrado, será o grande protagonista desta monografia, após realização de todo introito até o momento.

5. CÓDIGOS PROCESSUAIS CIVIS E AS TIPICIDADES DOS ATOS EXECUTIVOS: BREVE HISTÓRICO

De todo modo, é possível depreender, pela exposição dos tópicos anteriores, que atualmente a sistemática processual civil, no que tange os atos executórios, encontra-se numa fase de mitigação envolvendo a tipicidade e a atipicidade dos meios de execução. No entanto, nem toda legislação unificada processualista brasileira fora deste modo,

65 ABELHA, Marcelo. *Manual da Execução Civil*. 7. Ed. Cit, pág. 42. 2019.

66 BORGES, Marcus Motter. *Medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias*. 2. Ed. Cit, pág. 38.

67 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Pág. 47. São Paulo: Malheiros. 2004.

considerando os códigos de 1939 – principalmente – e 1973, além das reformas promovidas neste último.

Em 1939, por meio do Decreto-lei n. 1.608, durante o governo de Getúlio Vargas, promulgou-se o primeiro Código de Processo Civil nacional unificado. O contexto social era de tensão e incertezas, mormente a segunda guerra mundial, cenários emergentes de ditaduras e afronta ao liberalismo.

A tutela de execução visava apenas as sentenças judiciais, ao passo que para os títulos executivos extrajudiciais previa-se a ação executiva (art. 298). A formação de novos autos para execução de sentença era somente para a de caráter provisório (art. 890), porquanto a sentença definitiva instaurava-se por mandado (art. 889)⁶⁸.

No que se refere aos meios executórios, sob ótica das obrigações de pagar, seriam utilizados para créditos alimentares o “desconto” (art. 919) e de coerção pessoal (art. 920). Para os demais créditos, estava tipicamente previsto a adjudicação e a arrematação (art. 963). Ainda, para as obrigações de entrega, os atos executivos positivados eram o desapossamento (art. 993) e de transformação (art. 994, §2º).

O prof. Marcus Vinicius Borges identifica, no CPC/39, alguns traços de atipicidade que são relevantes para pontuação⁶⁹. Por exemplo, o art. 302 do Diploma Processual previa a ação cominatória para prestação de fato ou abstenção de ato, de modo que o Autor na Petição Inicial deveria pleitear que o réu prestasse o fato ou se omitisse em prestá-lo, a depender do caso, sob pena contratual, ou a pedida pelo Autor, se nenhuma tiver sido convencionada (art. 303)⁷⁰. Perceba-se que a expressão “*ou a pedida pelo Autor*” denota direito subjetivo ao credor, atribuindo liberdade para pedido de penalidade, na ausência de tipificação.

Verifica-se certo grau de atipicidade, ainda, na tutela cautelar, tendo por instituto as denominadas medidas preventivas, no CPC/39, possibilitando ao juiz determinar providências para acautelar o interesse das partes nos casos previstos no art. 675, incisos I, II e III⁷¹. Tem-se, portanto, um poder geral de cautela do juiz, mesmo que limitado aos

⁶⁸ Art. 889. A execução da sentença, sendo líquida a condenação, instaurar-se-á por mandado em que será transcrita a sentença exequenda.

⁶⁹ BORGES, Marcus Motter. *Medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias*. 2. Ed. Cit, pág. 52.

⁷⁰ Art. 303 do CPC/39. *O autor, na petição inicial, pedirá a citação do réu para prestar o fato ou abster-se do ato, sob a pena contratual, ou a pedida pelo autor, si nenhuma tiver sido convencionada.*

⁷¹ Art. 675 do CPC/39. *Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes.*

incisos do dispositivo legal. Deste modo, observa-se que não há previsão no CPC/39 sobre medidas executórias atípicas, mas somente procedimentos expressos conforme o tipo de obrigação exequenda.

Por conseguinte, em razão de forte procedimentalismo presente no CPC/3972, houve discussões e debates acerca de um novo *códex* processual, emergindo, portanto, o Código de Processo Civil de 1973, por meio da Lei 5.869. No que tange propriamente a tutela de execução, eliminou-se a ação executiva para títulos extrajudiciais, uma vez que estes, assim como a sentença, estavam abrangidos pelo processo de execução.

Quanto aos meios executórios, a princípio, o CPC/1973 não trouxe grandes novidades no que concerne a atipicidade. No mais, as medidas executivas variavam de acordo com o direito material tutelado, prevendo, à título exemplificativo, desapossamento (Art. 625), expropriação (art. 646 e ss.) e desconto (art. 734) para prestações alimentares. Aliás, neste sentido, importante trazer os comentários do prof. Edilson Vitorelli, dizendo que:

(...) no sistema processual delineado em 1973, sob forte influência da tradicional doutrina italiana, o cumprimento das obrigações de fazer, não fazer e dar coisa seguia uma moldura típica claramente definida (VITORELLI, 2018).

Todavia, surgindo um leve traço de atipicidade, tendo sua gênese ainda no CPC de 1939, tem-se a tutela cautelar. O legislador, para assegurar um direito, não poderia prever todas as situações possíveis, de modo que o art. 798 tinha a seguinte redação: "*Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação*". Trata-se, novamente, de um poder geral de cautela do magistrado, mas que, logo, poderíamos auferir relevante início dos atos de atipicidade no *Códex* Processual de 1973, ao menos, no seu início de vigência.

Notadamente, o CPC/73 sofreu diversas alterações legislativas, denominadas reformas parciais, acarretando significativas mudanças nos textos normativos. Em 1994,

I – *quando do estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes,*

II – *quando, antes da decisão, fôr provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, no direito de uma das partes,*

III – *quando, no processo, a uma das partes fôr impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa.*

72 GOMES, Fábio e SILVA, Ovídio Baptista. *Teoria Geral do Processo*. 2. Ed. cit, pág. 31.

modificou-se a redação dos artigos 273 e 461/73, de modo que aquele previa regime de tutela antecipada e este a possibilidade de antecipação para obrigação de fazer ou não fazer. O *caput* do art. 461 mostrava-se abrangente em razão do juiz, facultativamente, determinar medidas que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento.

No entanto, disposição peculiar para os meios executórios era o §5º do art. 461 que indicava hipóteses de poderes do magistrado com a expressão “medidas necessárias”⁷⁴ para efetivação da tutela específica. Em certo grau, a redação parecia voltada apenas à tutela antecipada, mas verifica-se que o CPC/73 passava, naquele momento, a adotar atipicidade como meio de efetivação das decisões judiciais e início da positivação de cláusula gerais.

Sobre o assunto, o Prof. Marinoni sintetiza as previsões legais do CPC/73 dizendo que:

(...) o art. 461 conferiu ao juiz, por meio de uma norma de caráter aberto, poder para utilizar a modalidade executiva adequada ao caso concreto, eliminando a necessidade da sua expressa previsão legal e assim quebrando o princípio da tipicidade (...) Mas ao lado dessas formas de exercício do Poder Executivo, conservou-se, para a obrigação de pagar quantia, a técnica da execução por expropriação, mantendo-se, com ela, o juiz preso aos meios de execução previstos na lei (MARIGONI, 2007).

Prosseguindo, a maior reforma experimentada pelo CPC/73 veio no ano de 2005, por meio das Leis 11.232 e 11.382, trazendo diversas modificações no âmbito da tutela de execução. De início, houve extinção do processo de execução de sentença o qual fizera ser substituído pelo cumprimento de sentença no bojo da tutela de conhecimento (art. 475-I e art. 475-R). Ainda, importante salientar inovação com o art. 475-J, prevendo multa de 10% sobre o valor executado no caso de não pagamento voluntário, pelo devedor, após

73 Art. 461 do CPC/73, pós novação legal, dizia que “*Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento*”. A redação teve influência do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, sendo diploma vigente desde 1990.

74 §5º, art. 461 do CPC/73. *Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.*

decurso do prazo. Além disso, o art. 475-R positivou a subsidiariedade das regras do cumprimento de sentença à execução de título executivo extrajudicial.

A lei 11.382 trouxe algumas alterações no remedado CPC/73, a destacar no âmbito da execução civil: possibilidade de averbação premonitória em caso de obrigação de pagar (art. 615-A) e alienação por iniciativa particular como modalidade de expropriação (art. 647, inciso III).

O Código de Processo Civil de 1973, certamente, estava destoante da redação normativa original desde o início da sua vigência, de modo que houve avanços das atipicidades dos atos executivos relativos às obrigações de fazer ou não fazer. Todavia, no que pese novações legais, percebe-se que houve carência sobre atipicidade para obrigações pecuniárias, além de verdadeira miscelânea no processo civil, conforme aduz o Prof. Marcus Vinicius Borges:

(...) A praxe forense (...) constatou que – em que pese notórios benefícios trazidos à sistemática processual da execução civil – a reforma executiva não logrou os resultados esperados. A execução pecuniária, com base em título judicial ou extrajudicial, continuou sendo o gargalo do processo civil (BORGES, 2019).

6.A CLÁUSULA GERAL DO ART. 139, IV DO CPC/15: ANÁLISE DA REDAÇÃO LEGISLATIVA, ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTÓRIOS E A PREVISÃO DE INCIDÊNCIA NAS OBRIGAÇÕES PECUNIÁRIAS

6.1 Superação Definitiva do Princípio da Atipicidade na Execução

A noção de tipicidade referente aos meios executórios adotados para determinada obrigação jurídica constituía única regra na sistemática processual dada influência do liberalismo e a tradição jurídica fundada na legalidade. Como visto, era possível auferir isoladas regras de atipicidade incidentes na tutela executiva, seja uma norma cuja hermenêutica levava a tal conclusão, seja por reformas como aquelas promovidas no Código Processual de 1973. Este demonstrava não ser mais adequado para regulamentar o processo judicial, de modo que, ante necessidade de concretizar o direito do indivíduo que busca a Justiça, além de outros aspectos de altíssima relevância, mas que fogem do objeto traçado pela monografia, houvera a elaboração do atual Código Processual Civil, promulgado em 2015.

No novo Diploma Processual Civil, consagrou-se definitivamente o sistema misto dos meios executórios, isto é, a partir da vigência do CPC/15, expressamente, tem-se a convivência legislativa da tipicidade e atipicidade das medidas executórias em função do art. 139, inciso IV, sendo o cerne legal do tema tratado nesta obra. Além disso, o dispositivo

processual trouxe, na redação final, atipicidade dos meios executórias às obrigações pecuniárias, o que, até o momento, carecia de previsão expressa, representando umas das maiores inovações do sistema processual brasileiro.

Neste sentido, preleciona o Prof. Olavo de Oliveira Neto que:

(...) esta evolução quanto a maneira de se prestar tutela executiva, fundada na necessidade técnica e no clamor social de se conferir maior efetividade à execução forçada, acentuou-se ainda mais com a entrada em vigor do Código atual, que sepultou de vez o princípio da tipicidade dos meios executivos. Agora, por força do que está disposto na regra geral constante no art. 139, IV do CPC, assim como se dava no caso do poder geral de cautela conferido ao magistrado na vigência do CPC de 1973, o juiz recebeu da lei o poder geral de coerção (OLIVEIRA NETO, 2019).

6.2 O Artigo 139, inciso IV como Cláusula Geral Executiva no CPC/15

O art, 139, *caput*, do CPC/15 dispõe que incumbe ao juiz "*determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais e sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto a prestação pecuniária*". *Ab initio*, em dicção do dispositivo processual, pode-se auferir inequivocamente que se trata de cláusula geral ou aberta.

As cláusulas gerais, em vislumbre da dinâmica vivenciado não somente no meio coletivo, mas, de igual modo, na sistemática processual, foram pensadas para prestar maior adequabilidade à situação fática, por meio de uma valoração por parte do órgão jurisdicional. Na definição de Fredie Didier, tem-se que:

(..) a cláusula geral consiste em uma espécie de texto normativo cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógico-normativo" (DIDIER, 2010).

Deste modo, percebe-se que a *mens legis* de uma norma classificada como cláusula geral reveste-se, precipuamente, em abranger situações não previstas especificamente pelo legislador, de modo a não deixar desamparado o jurisdicionado bem como o próprio aplicador da lei, pois "a existência de cláusula geral reforça o poder criativo da atividade jurisdicional" BRAGA, 2017, p. 231).

Não obstante, cumpre ressaltar que a cláusula geral não significa plena liberdade para o órgão jurisdicional interpretar a norma como bem entender, ou que poderá realizar inúmeras interpretações jurídicas, tampouco decidir sem considerar a norma casuística ao caso, além de, obrigatoriamente, possuir o dever constitucional de fundamentação de suas decisões (art. 93, IX da CF/88 e art. 11 do CPC/15) e observar a proporcionalidade e razoabilidade (art. 8º do CPC/15).

No âmbito processual, além do próprio art. 139, IV, tem-se exemplos de outras cláusulas gerais aplicáveis e presentes no CPC/15. Logo, imagina-se a boa-fé processual (art. 5º) e o dever de cooperação (art. 6º), prevendo comportamentos dos indivíduos ou assumindo perfis próprios voltado à satisfação da tutela jurisdicional⁷⁵, a exemplo dos arts. 267 e 536.

Especificamente, no que tange o processo de execução civil, como defendido por Marcelo Lima Guerra, a cláusula geral executiva funda-se no direito que o exequente detém de ter aplicado ao seu caso o meio executório mais adequado e eficiente para obtenção do resultado pretendido⁷⁶, isto é, ter em mãos o direito reconhecido.

Portanto, o art. 139, IV, uma vez que detém a expressão “todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais e sub-rogoratórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial”, reveste-se em cláusula geral executiva, mormente ausência de predeterminação dos efeitos jurídicos que serão gerados e aplicabilidade, desta vez, às obrigações de pagar.

Logo, dentre as funções das cláusulas gerais, entende-se que o art. 139, IV tem por finalidade conjuntamente (I) possibilidade a criação de norma com alcance geral pelo juiz face caso concreto, (II) assegurar a flexibilidade externa do sistema jurídico e, por fim, (III) propiciar integração do sistema com doutrina e jurisprudência.

6.3 A Completude da Tutela Executiva a o Art. 139, IV do CPC Como Fundamento Para o Poder Geral de Coerção e Adoção de Medidas Atípicas

A expressão “Poder Geral de Coerção” é proposta, sendo inclusive nome de sua obra referente às medidas executivas atípicas, pelo desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo e Professor Olavo de Oliveira Neto. O autor realiza análise tendo por enfoque o art. 139, IV do CPC/15 o qual é a cláusula fundante e geral da sistemática processual sobre as medidas atípicas e a coerção como instrumento de satisfação do direito substancial reconhecido.

⁷⁵ BORGES, Marcus Motter. *Medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias*. cit, p. 61.

⁷⁶ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. cit, p. 100-101.

No que pese retomar, em certo grau, o exposto quando tratou-se dos princípios fundamentais que atinge a tutela de execução, é importante abordar a fase satisfativa do processo com os conceitos trazidos pelo Prof. Olavo de Oliveira sobre a completude da tutela executiva consubstanciando no direito comparado.

Não podendo ser diferente, explicitando uma crítica a qual este acadêmico concorda na integralidade, com bojo em Italo Andolina⁷⁷, o Autor aduz problemática ao credor do momento que não obtém, por parte do devedor, sua pretensão reconhecida em juízo, pois, deste modo, será necessário uma nova via processual para satisfação do direito, o que acarreta prejuízo ao jurisdicionado, nem que seja limitado à esfera privada⁷⁸, colocando-o em desvantagem em relação a outrem, emergindo a expressão *dano marginal do processo*⁷⁹.

O Prof. Olavo de Oliveira propõe, conforme preceitua José Carlos Barbosa Moreira, determinados enfoques os quais devem obrigatoriamente serem atendidos para auferir se a tutela satisfativa cumpre com a sua precípua função. O doutrinador compara tais parâmetros de resultado com a efetividade do processo de execução dizendo:

(...) se o sistema responde de forma conveniente a tais exigências, será ele um sistema executivo próximo àquilo que pode ser denominado ideal ou completo, estando equipado para que se alcance uma efetividade real da atividade jurisdicional, nunca se olvidando que a perfeição não é coisa que se possa alcançar no campo humano (OLIVEIRA NETO, 2019).

Logo, ante a fase executiva ser, fundamentalmente, elaborada e conduzida por seres humanos – magistrado, auxiliares da justiça e litigantes – não é possível alcançar a perfeição, notadamente, mas tem-se um sistema executivo tendente à completude, segundo Olavo Neto, quando (I) maior se apresentar a existência de remédios processuais aptos a tutelar todas as modalidades de prestação não adimplidas, (II) quando esses instrumentos podem ser utilizados por quem detenha interesse jurídico em fazê-lo e (III) quando a tutela confere total e exata satisfação do que não foi adimplido, num prazo adequado ao caso concreto e com um volume reduzido de atos processuais.

77 ANDOLINA, Italo. *Cognizione ed esecuzione nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milano: Giuffrè, 1983. Cit, pág. 16-17.

78 NETO, Olavo de Oliveira. *O poder geral de coerção*. Cit, pág. 219. 2019.

79 Inclusive, a expressão tem por autor o prof. Italiano Italo Andolina, utilizada em sua obra supracitado no item de rodapé 35.

Não obstante, a premissa elementar das completudes à execução reside no desejo de prestar efetividade ao adimplemento da obrigação que abrange direito fundamental da integral, adequada e efetiva tutela jurisdicional, como abordada anteriormente. Note-se, em certo momento, que o Prof. Olavo (2019, p. 221) propõe alcance à completude na execução quando "*se der uma ampliação das modalidades e da eficácia das vias executivas, isso por intermédio da atribuição de maiores poderes e de maior liberdade ao juiz para que se aplique a tutela coercitiva*"⁸⁰.

Portanto, é forçoso endossar o processo de execução como instrumento de alcance do direito material, isto é, ter no mundo empírico incidência do direito abstrato, pois a lei, *data vênia*, não raramente, estar-se revelando tão somente escrita sem eficácia em virtude da defasagem da fase executiva.

Por dedução lógica, as consequências são nefastas tanto ao jurisdicionado que não obtém seu direito em juízo - frustrando-se - quanto ao próprio Poder Judiciário, mormente a configuração como imagem da justiça, perante a sociedade, revela-se cediço e, portanto, gravemente prejudicada.

Como exaustivamente sintetizada nesta monografia, o direito à obtenção da tutela jurisdicional é fundamental, sobretudo sob égide de um Estado Democrático de Direito, pois, frisa-se, processo efetivo é processo devido. Se assim não fosse, restava-se a autotutela e, assim, regressão a natureza selvagem do homem.

Deste modo, a incansável busca pela integralidade da tutela jurisdicional deve ser balizada, segundo o Prof. Olavo, nas completudes da execução, de modo que estas devem prever ou, ao menos, permitir a incidência de meios aptos a satisfação do direito e cumprimento da prestação obrigacional, em menor espaço de tempo possível e tornar ausentes os atos desnecessários.

6.4 A Redação Final do Art. 139, IV do CPC/15

O art. 139, IV do Código de Processo Civil de 2015, como transcrito nesta obra, obteve uma redação final aludindo aplicação das medidas indutivas, coercitivas, mandamentais e sub-rogatórias para cumprimento de ordem judicial. No entanto, nem sempre a norma teve essa redação, porquanto a Câmara dos Deputados, durante tramitação do novo código processual civil, elaborou, mantendo o *caput* do art. 139, o seguinte texto do inciso IV: "determinar, de ofício ou a requerimento, todas as medidas coercitivas ou sub-rogatórias para assegurar a efetivação da ordem judicial e a obtenção da tutela do direito".

⁸⁰ NETO, Olavo de Oliveira. *Poder geral de coerção*. 2. Triagem. Pág. 221. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019

Porém, percebe-se que, infelizmente, esta não fora a redação adotada do momento de promulgação do novo código processual, pois o Senado acabou por decidir manter o texto original. O termo *infelizmente* empregado por este acadêmico tem por fundamentos tanto a expressão “de ofício ou a requerimento”, sugerida pelos Deputados, quanto a ignorada melhor técnica presente na redação formulada.

No que tange aplicação das medidas coercitivas atípicas - de ofício - pelo órgão jurisdicional, por ser tema que merece melhor destaque em razão da ampla divergência doutrinária, por enquanto não se abordará. Porém, perfaz necessário analisar as quatro modalidades expostas pelo legislador na redação do dispositivo processual, quais sejam, mandamentais, coercitivas, indutivas e sub-rogatórias.

A doutrina moderna, em maioria, detém visão crítica quanto a redação do art. 139, IV considerando a disposição dessas quatro medidas, mormente na tutela executiva tem-se tão somente classificação de duas medidas executórias, quais sejam, sub-rogatória e coercitiva. Neste sentido, o Prof. Marcus Borges sintetiza a ausência de tecnicidade na redação final do artigo:

(...) Verifica-se maior precisão técnica na redação da Câmara dos Deputados no tocante à descrição dessas medidas porque, enquanto a versão final se alonga, a versão da Câmara era mais suscita (...) E não só pelo fato de ser mais suscinta, mas, sobretudo, porque o dispositivo dispunha precipuamente sobre os meios executórios, os quais são coercitivos e sub-rogatórios. Desnecessário, portanto, classificar as medidas em quatro modalidades ou espécies, quando, em verdade, existem apenas duas (BORGES, 2019).

De fato, rigorosamente, sob égide da técnica processual, observa-se que a medida executória de coerção contempla, igualmente, a medida indutiva. Isto porque, ambas almejam convencer o devedor a cumprir com a decisão judicial, isto é, realizar o adimplemento da sua obrigação, seja pela aplicação de sanção, tal como a multa diária, seja por algum benefício concedido. Logo, independentemente se medida acarreta castigo e a outra é uma vantagem, tem-se que os atos executórios por indução, em verdade, são coercitivos.

Ainda, referente às medidas mandamentais, verifica-se que sequer pode-se atribuir a mesma como uma medida executória pois, segundo doutrina majoritária, trata-se essencialmente de eficácia da ordem judicial, como ressalta Guilherme Sarri Carreira (2018, p. 245) “*no que se refere às medidas mandamentais, houve clara impropriedade técnica do legislador, uma vez que não se trata de uma medida, mas sim de um efeito típico*”

decorrentes das ordens judiciais, que, por sua vez, pode veicular medidas indutivas ou subrogatórias”⁸¹.

Em suma, no que pese alguns desvios *atécnicos* na redação do art. 139, IV do CPC, não se olvida negar que o legislador procurou atribuir efetividade à tutela jurisdicional, assegurando o direito material concreto ao jurisdicionado e, portanto, esta é a premissa que, imperiosamente, deve nortear a hermenêutica, bem como aplicação da norma processual em questão.

6.5 Princípio da Responsabilidade Patrimonial na Execução e os Meios Executórios Atípicos

Atualmente, mostra-se importante o debate, no âmbito da execução civil, acerca da aparente dicotomia entre o princípio da responsabilidade patrimonial em relação aos meios executórios atípicos. Inicialmente, desde logo, cumpre esclarecer que, neste tópico, defenderá a ausência de qualquer incongruência entre ambos os institutos, posto que, em verdade, são distintos.

O princípio da responsabilidade patrimonial estar esculpido no art. 789⁸² do CPC/15, além do art. 391⁸³ do Código Civil, preconizando que o devedor responde, pelas suas obrigações, com todos os seus bens. Isto significa dizer, com respaldo nas lições de Eduardo Arruda Alvim, Daniel Willian Granado e Eduardo Aranha Ferreira, que:

(...) a obrigação é de determinada pessoa, mas quem responde pelo seu cumprimento é o seu patrimônio e não ela própria, em si. Não se admite, pois, que a execução forçada da obrigação atinja o próprio devedor, obrigando-o a realizar trabalhos, por exemplo (2019, p 1.414).

Com efeito, o conceito transcrito melhor encaixa-se às obrigações pecuniárias ao passo que estas são comuns na prática forense. No entanto, cabe salientar que, por exemplo, em processo de execução que busque cumprimento específico de obrigação de fazer infungível, inicialmente, a responsabilidade não recairá no patrimônio do devedor propriamente, mas na vontade deste.

81 CARREIRA, Guilherme Sarri. *Grandes temas do novo CPC – atipicidade dos meios executivos*. Coord. MINAMI, marcos; TALAMINI, Eduardo (Org.). Salvador: Juspodivm, pág. 245. 2018.

82 Art. 789 do CPC/15. *O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.*

83 Art. 391 do CC/02. *Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.*

Não obstante, o princípio da responsabilidade patrimonial não é absoluto na tutela executiva. Isto porque, notadamente, restou-se mitigado pela expressa disposição de prisão civil do devedor de alimentos, conforme art. 528, §3º do CPC/1584.

Porém, mesmo que assim seja, o meio coercitivo não possui condão de elidir a obrigação devido perante o alimentado, de modo que ainda o patrimônio do alimentante deve responder pelas obrigações inadimplidas, utilizando-se o juízo, desta forma, da tradicional expropriação (art. 528, §5º do CPC/15).

Em suma, como ensina precisamente o Prof. Cândido Dinamarco, a responsabilidade patrimonial acarreta *sujeitabilidade* do patrimônio de alguém aos meios executivos, sejam típicos ou atípicos, considerando que a jurisdição estatal detém poder de impor tais atos, bem como o credor possui direito subjetivo de requerê-los, de acordo com o ordenamento jurídico⁸⁵.

De qualquer forma, o princípio da responsabilidade patrimonial emerge no Direito Processual, com demasiada influência do direito romano, como limite à execução por dívida, seja pela questão do procedimento recair sobre o corpo do devedor (prisão, castigos ou morte), seja por elemento quantitativo, sendo vedado a expropriação de valor patrimonial acima da importância devida. Conclui-se, portanto, que o art. 139, IV do CPC/15 não detém objetivo de violar tais premissas e tampouco traz consequências que ensejam transgressão dessas situações⁸⁶, pois não resta autorizada prisão do devedor e, muito menos, o credor se apropriar de todo patrimônio para satisfação do débito.

Logo, a aplicação de uma medida coercitiva atípica não significa violação ao princípio da *patrimonialidade* da execução, pois esta contrapõe-se à *personalidade* do direito antigo, de modo que a *coercibilidade* poderá conviver plenamente na execução civil, respeitando a vida, dignidade e integridade física do devedor.

Em verdade, adotando meio executivo atípico ou coercitivo, a consequência vai ao encontro da patrimonialidade da execução, pois o devedor irá efetuar quitação do débito, considerando que não quer experimentar situação desfavorável imposta pela medida coercitiva, ou, até mesmo, indicará bens à penhora. Neste sentido, dispõe o Prof. Vinicius Silva Lemos:

84 Art. 528. §3º do CPC/15. *Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.*

85 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. cit, pág. 248-256. 2002.

86 BORGES, Marcus Vinicius. *Medidas Executivas Atípicas nas Obrigações Pecuniárias*. cit, pág. 190. 2019.

As medidas atípicas não proporcionarão o exato inadimplemento, mas, como o próprio dispositivo conjuga, farão a coerção, indução, mandamento ou sub-rogação, para que o executado cumpra a execução, com o devido adimplemento. É, diante dessa visão, um reforço ao princípio da responsabilidade patrimonial (LEMOS, 2018).

Portanto, não me parece que há conflito entre o princípio da responsabilidade patrimonial da execução e adoção de medidas executivas atípicas, mormente, ambas visam satisfação do crédito voltado ao patrimônio do devedor, de modo que, em certo, verifica-se uma complementação dos institutos jurídicos com fulcro na efetivação da tutela jurisdicional.

Por fim, esclarece-se que a medida executória atípica será cessada em relação ao devedor, via de regra, quando este cumprir a obrigação ou justificar a impossibilidade de manutenção da medida, alegando, por exemplo, que a apreensão da sua CNH impedirá o exercício do seu labor, considerando que é motorista de aplicativo.

Logo, finda o argumento de que seja uma força de “pena” (sanção) ao devedor, de modo que detém natureza tão somente coercitiva, respeitando os limites constitucionais e infralegais.

7. OS CRITÉRIOS PARA APLICABILIDADE DO ART. 139, INCISO IV COMO FUNDAMENTO PARA ADOÇÃO DE MEDIDA EXECUTÓRIA ATÍPICA: DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Sob enfoque deste capítulo será exposto um dos temas mais relevantes no que tange o objeto desta monografia, pois, por ser cláusula geral – como abordado anteriormente – o art. 139, inciso IV do CPC/15 ocasionou demasiados debates no mundo jurídico, sobretudo na doutrina processual, a respeito dos critérios, requisitos ou parâmetros como fundamento jurídico para aplicação dos meios executórios atípicos na fase satisfativa da tutela jurisdicional.

Inicialmente, para melhor compreensão do tema, pretendeu-se expor o teor jurídico-constitucional das medidas executórias atípicas, tendo por essência o direito fundamental à integral satisfação da tutela jurisdicional, observando tanto a cognição exauriente no processo de conhecimento quanto o processo de execução.

Posteriormente, em breves exposições, verificou-se o histórico das medidas executórias típicas e atípicas, de modo que esta sofreu morosidade para ingresso no sistema processual, uma vez que a tipicidade constituía princípio para desenvolvimento dos meios satisfativos, mas, gradativamente, por meio de alterações legislativas pertinentes

e concepções jurídicas voltadas à integral prestação da justiça, o processo civil incorporou o sistema misto dos atos executórios.

Prosseguindo discussão acerca do objeto, o art. 139, IV passou por dicção jurídica como cláusula geral, necessitando, imperiosamente, de atividade valorativa pelo órgão jurisdicional, e inegavelmente sendo o marco legal maior, no Código de Processo Civil de 2015, para aplicação das medidas atípicas, inclusive para obrigações pecuniárias.

Neste sentido, coube à doutrina processual estabelecer parâmetros ou critérios para que, em termos práticos, o magistrado pudesse se valer do art. 139, IV para ordenar determinado meio executório atípico e este tivesse eficiência para obtenção do direito reconhecido.

Indubitavelmente, este é um dos temas que a doutrina mais diverge. Portanto, considerando que a presente monografia não tem por finalidade, essencialmente, prestar defesa de tese, este acadêmico adotará o método de estudo utilizado pelo Prof. Marcus Borges e abordará todos os parâmetros expostos pelas maiores autoridades da processualística civil pátria⁸⁷.

7.1 Título Executivo Judicial Definitivo

A questão a ser dissertada neste tópico, no que pese não haver grande divergência jurisprudencial e doutrinária, refere-se à aplicabilidade das medidas executivas atípicas, com fulcro no art. 139, IV do CPC/15, em tutelas satisfativas de título judicial bem como naquelas alicerçada em título extrajudicial.

Adianta-se que, majoritariamente, o entendimento jurídico-processual que prevalece é no sentido de que as medidas inominadas executivas possuem espaço, isto é, aplicação tanto no cumprimento de sentença quanto na execução por título lastreada em documento particular.

No entanto, verifica-se alguns autores que vislumbram incidência do art. 139, IV tão somente no procedimento de cumprimento de sentença, considerando, sobretudo, a proteção ao devedor ante ausência de manifestação jurisdicional antecedente. Neste sentido, o Prof. Guilherme Marinoni (2016, p. 783) aduz que "*é razoável que se limitem as técnicas postas à disposição do credor, a fim de evitar injustas incursões sobre a esfera do executado*".

⁸⁷ BORGES, Marcus Motter. *Medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias*. Cit, pág. 72. 2019

Como dito, trata-se de posição minoritária, ao passo que maior parcela de autores do processo civil entende que se aplica o art. 139, IV com finalidade de coerção e, por consectário, efetivação do direito fundamental de tutela jurisdicional. O entendimento prevalecente firma-se, principalmente, no tratamento isonômico entre os credores que possuem títulos judiciais lastreados em diferentes espécies, de modo que não cabe inutilização das medidas executivas atípicas em um ou outro procedimento⁸⁸.

Essencialmente, o ponto diferenciador dos procedimentos judiciais fundados em título judicial ou extrajudicial encontra-se nos limites da matéria de defesa por parte do devedor. Na execução fundada em título judicial a exceção do executado restringe-se às matérias de ordem pública (art. 525, §1º do CPC/15), acarretando nulidade, ao passo que satisfação de direito por documento extrajudicial a defesa é plena, ou seja, pode-se arguir qualquer matéria de fato e direito (art. 917 do CPC/15).

Contudo, quanto às medidas expropriatórias e, posteriormente, a penhora bem como uso de medidas atípicas nada se diferenciam se estiver diante do cumprimento de sentença ou execução judicial. Em suma, "*os atos de invasão patrimonial se equivalem em linhas gerais, tanto no cumprimento de sentença quanto na execução de título extrajudicial que tenha por objeto a prestação pecuniária*" (ROQUE, 2018. p. 745) de modo que, conseqüentemente, conclui-se que as medidas executivas atípicas podem ser aplicadas em quaisquer procedimentos judiciais pois, notadamente, visam coagir o devedor a realizar pagamento da prestação judicial devida.

Importante salientar, por fim, que o Enunciado 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis trata justamente desse tema com a seguinte manifestação: *A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, §1º, I e II.*

7.2 Subsidiariedade: Controvérsias

A subsidiariedade ou não das medidas atípicas a serem adotadas pelo magistrado trata-se de umas das mais debatidas divergências entre a doutrina processual civil. A discussão reside no fato de que, antes de tomar uma medida executiva de coerção, por exemplo, o juiz deveria esgotar todos os atos ex-proprietários típicos ou, inversamente, poderia determinar um ato atípico antes de intentar outro previsto no código processual civil.

⁸⁸ BORGES, Marcus Motter. *Medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias*. Cit, pág. 222. 2019

Inicialmente, cabe trazer o posicionamento daqueles que defendem a utilização prévia das medidas executórias atípicas, ainda que não se tenha usado todos os meios positivados para expropriação. O principal argumento encontra-se, justamente, na consagração da atipicidade dos meios de execução no atual código de processo civil, em seu art. 134, IV⁸⁹. Não obstante, em dicção de sua redação, Araken de Assis (2018, p. 130) sintetiza “Ora, não há nada no art. 139, IV, que indique caráter subsidiário”.

Neste sentido, a atipicidade na execução passaria ter a mesma importância em relação à tipicidade de modo que, de acordo com o caso concreto a buscar a satisfação do direito, o juiz poderia adotar tanto uma medida expropriatória quanto atípica. Logo, percebe-se que, inequivocamente, a finalidade é a satisfação e garantia do direito fundamental do credor à tutela jurisdicional integral prestada pelo Estado-juiz.

Inegavelmente, o processo de execução pertence ao credor no que tange a pretensão que se busca a satisfazer. Desta premissa, extrai-se que o devedor não possui direito de ter um meio de execução - exato, assegurado, intocável - para responder pela sua obrigação⁹⁰, ao contrário.

Assim, mediante avaliação do caso concreto pelo magistrado, não existe óbice a fim de prejudicar a técnica atípica de execução quando ainda não esgotados todos os meios de expropriação, desde que respeitados, por outro lado, todos os direitos e garantias inerentes ao devedor, tais como dignidade da pessoa humana.

Aliás, impor ao credor, necessariamente, obrigação de pleitear e executar todos os meios típicos presente no código processual para que, uma vez que infrutíferos, fosse iniciar os meios atípicos, significa onerá-lo no que tange morosidade processual e desgaste ao seu íntimo bem como, eventualmente, colocar em risco o seu direito de crédito e satisfação.

Observa-se o que aborda Ricardo de Alexandre da Silva (2016, 564-565) ao asseverar que “o credor não precisará se submeter a um procedimento de execução forçada inexitosa para somente então requerer ao juiz o emprego de mecanismos coercitivos”.

Desta forma, não apenas o caráter subsidiário da medida atípica executória não possui fundamento legal, mas também implica em onerosidade ao credor que poderia ser

⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. V. 2. Cit, pág. 783.

⁹⁰ Exceto se as partes celebraram um negócio jurídico processual para determinar os atos executivos a serem empregados bem como a ordem para realizá-los, nos termos do art. 190 do CPC/15.

evitada com adoção de medida mais efetiva de coerção, por exemplo, ou até mesmo buscas de outros créditos auferíveis economicamente. O Prof. Flávio Luiz Yarshell (2018, p. 75) contribui com a mesma conclusão de que para o “Estado, que não precisa empreender o logo e custoso caminho dos atos de sub-rogação; e para o credor, que do mesmo modo pode obter a satisfação de forma abreviada e menos onerosa”.

No entanto, a incidência da subsidiariedade para aplicação das medidas executivas atípicas possui grande relevância para os doutrinadores e jurisprudência. A corrente argui alguns argumentos para defesa desta posição, sendo os principais (I) previsão legal para os meios de expropriatórios para obrigações pecuniárias, (II) legislação detalhada para cada forma de expropriação e (III) ausência de clareza, no código de processo civil, quanto a possibilidade de aplicação direta de um ato atípico de execução.

Neste sentido, pode-se trazer posição do professor Leonardo Greco que aduz pela dicção da excepcionalidade e necessidade para aplicação de uma medida atípica, defendendo, portanto, sua subsidiariedade para Greco (2018, p. 412) “Não se pode falar, portanto, especialmente na execução pecuniária, de modo irrestrito, em atipicidade dos meios executórios, mas em relativa atipicidade subsidiária e excepcional desses meios”.

A jurisprudência, consolidada principalmente pelo STJ, mostra-se sólida quanto a aplicação das medidas executórias atípicas de forma subsidiária em relação ao demais meios executórios típicos, conforme ilustrado pelo REsp 1782418/RJ91 de relatoria da Ministra Nancy Andrighi.

7.3 A Necessidade do Contraditório

O contraditório é princípio processual-constitucional positivado na nossa Lei Maior, em seu art. 5º, inciso LIV, bem como CPC/15, no art. 7º, que advém sobretudo do princípio fundador do devido processo legal e, por conseguinte, guarda-se relação irrestrita com o Estado Democrático de Direito.

Na fase satisfativa do processo, o contraditório em determinado período auferiu certa restrição, recaindo principalmente ao devedor, posto que, segundo entendimento desta corrente, na execução não existe equilíbrio entre as partes, considerando a condenação de uma e, portanto, a posição de credora da outra a qual detém título executivo.

Notadamente, o entendimento, no que pese merecedor de respeito, não cabe no ordenamento jurídico brasileiro com fulcro na Constituição Cidadã de 1988. O processo,

91 Acesso ao teor integral da decisão:
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201803135957&dt_publicacao=26/04/2019. Acesso em 09/06/2021 às 00:40.

independente da fase que se encontre, jamais poderá ser de exclusivo instrumento participativo de uma parte, de modo que apenas ela tenha voz. Reconheça-se que o processo de execução pertence ao credor, uma vez que busca concretização de seu direito com fundamento no título executivo, mas tal fato não significa que o executado permanecerá inerte durante a relação jurídica processual, sendo vedado sua manifestação, pois se assim fosse estaria contrariando preceito constitucional. Todavia, a principal controvérsia atual refere-se a obrigatoriedade do contraditório prévio, ou não, antes do magistrado deferir uma medida executiva atípica.

Parte da doutrina advoga pelo entendimento de que não é necessário contraditório prévio para deferimento e aplicação de uma medida executória atípica, haja vista que o executado poderia frustrar a finalidade do ato atípico caso tomasse conhecimento prévio⁹². Assim, a manifestação do devedor poderia ser postergada para após a aplicação da medida em observância à efetividade.

Por outro lado, outra corrente ganha mais força no sentido da necessidade de contraditório prévio para adoção de uma medida executiva atípica. Isto em razão de alguns fundamentos, como, por exemplo, o próprio objetivo da coerção que se trata de uma ameaça a piora da situação de devedor e não aplicação da sanção propriamente. Assim, a consequência de uma ameaça ao devedor, restringindo seus direitos, seja o cumprimento da sua obrigação processual, pois para Camargo (2017, p. 394-395) "*simples perspectiva de acolhimento, por parte do juiz, de uma medida atípica de coerção já é capaz de influir na vontade do devedor de cumprir a obrigação*".

Outro fundamento é a valorização da garantia constitucional do contraditório, sendo que o próprio código processual civil prevê o contraditório substancial e a vedação à decisão-surpresa, em seu art. 10. Neste sentido, arguem os defensores deste posicionamento que nem mesmo a tutela de urgência escapa do contraditório e, portanto, mais ainda uma medida executiva atípica.

7.4 Requerimento das partes quanto a aplicação de uma medida executiva atípica: necessidade?

A divergência que ora se apresenta neste tópico, quanto aos fundamentos e balizadores para aplicação de uma medida executiva atípica, revela-se no fato da necessidade, ou ausência desta, de requerimento do credor. Ou seja, mostra-se possível o juiz *ex officio* aplicar uma medida coercitiva atípica em desfavor do devedor sem que haja provocação da outra parte? Notadamente, há corrente doutrinária que defende ambos os

⁹² BRAGA, Paula Sarno. *Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1º, CPC*. Revista de Processo, São Paulo, v. 267. 2017. Pág. 247/248.

posicionamentos, de modo que este acadêmico intenta esclarecer os principais argumentos acerca da matéria.

Inicialmente, oportuno trazer o entendimento que advoga para a dispensa quanto a necessidade de requerimento ao magistrado para aplicação de uma medida atípica, capitaneando pela dicção sobre o princípio da inércia. O art. 2º93 do CPC/15 ressalta que o processo se desenvolve por impulso oficial e, ao final, assevera que a Lei excepcionará o princípio. Neste sentido, tem-se que a Lei requer pedido do credor para colocar o nome do executado no rol de inadimplentes ou realizar busca de ativos *online*. No entanto, tal requerimento não é possível notar na íntegra do art. 139, IV do CPC/15, sendo assim inapropriada uma interpretação restritiva.

Não obstante, invoca-se outro argumento que defende a aplicação, de ofício, das medidas atípicas de execução, qual seja, o poder-dever processual do juiz. Perceba-se, diante da análise do *caput* do art. 139, que o verbo “dirigirá” estar no imperativo, tratando-se, portanto, de uma faculdade do magistrado em comandar o processo de execução da melhor forma, segundo juízo próprio de acordo com os limites impostos pelo devido processo legal e efetividade da tutela jurisdicional, com fulcro na satisfação do direito. Além disso, a localização topográfica do art. 139, IV denota esta conclusão, visto que estar dentro do rol de poderes-deveres do magistrado.

Ainda, é possível verificar outra base argumentativa para aqueles que defendem a aplicação, sem prévio requerimento da parte, da medida atípica na execução que é a não adstrição do juiz ao pedido formulado em relação ao provimento executivo. Ora, pensar em sentido diverso significa dizer que o juiz é limitado ao pedido elaborada pela parte, de modo que diante de um pedido absolutamente ineficaz ou ausência de pedido, não poderia recusá-lo, o que denota lei como letra morta⁹⁴.

Por outro lado, não se pode deixar de lado os ricos argumentos que defendem a obrigatoriedade de requerimento para aplicação de medidas executivas atípicas. O primeiro, outrora abordado nessa monografia, refere-se à subsidiariedade que reveste a atipicidade da medida executiva. Portanto, após todos os meios expropriatórios estiverem sidos esgotados e ineficazes, emerge o direito petitório para aplicação da atipicidade.

Inclusive, defendem os autores que o credor deve apresentar razões para afastar a regra geral da tipicidades dos meio executivos com fundamentações expressas, conforme leciona Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 338) aduzindo que “*a formulação do pedido,*

93 Assim, tem-se a redação na íntegra do artigo: O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

94 ARENHART, Paulo Sarno. *Diretrizes para concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1º, CPC*. Cit., p. 249. 2017.

assim delineado, constitui ônus do exequente, caracterizando-se como requisito para que o juiz possa desencadear as medidas integrantes da sanção executiva".

A segunda justificativa que fundamenta a vedação da aplicação de medidas em estudo de ofício aborda a princípio da iniciativa que se vislumbra na execução. Isto porque os artigos 798 e 799 do CPC/15 traz uma série de incumbências ao exequente do momento de iniciar a execução, tais como colacionar documentos e prestar informações ao Juízo, que na análise de Marcus Vinicius Borges "*vê-se que o legislador do código de processo civil em vigor imputou ao credor um comportamento bastante ativo para o ato de instauração da execução*" (2019, p. 252).

O art. 141 do CPC/15 sustenta o próximo argumento que advoga para a impossibilidade de concessão *ex officio* da atipicidade na execução, sendo que a defesa consiste na adstrição do juízo ao meio executório requerido. A atipicidade do meio executório encontra-se respaldo apenas nas execuções da obrigação de fazer (art. 536 do CPC/15), ao passo que nas satisfações das obrigações pecuniárias o exequente só poderá formular pedido expropriatório e a coerção típica. Portanto, se até mesmo a tipicidade prescinde de requerimento, a mesma lógica incide para os atos executórios atípicos.

Em última análise em desfavor da atividade oficiosa do magistrado quanto às medidas executivas atípicas, tem-se a hipótese da execução impetrada ser injusta. Neste sentido, emerge-se os danos patrimoniais e morais experimentadas pelo devedor de uma execução injusta, mormente tenha sofrido expropriações, coerções típicas e atípicas.

Deste modo, concluindo-se pela inexistência de direito do exequente e o devedor sofrido dano, aplica-se os artigos 776 e 520, inciso II95 do CPC/15, caracterizando sua responsabilidade independente de culpa, a qual poderá ser considerada para fins de quantificação.

7.5 Fundamentação do magistrado para aplicação da medida atípica

A motivação das decisões judiciais tornou-se obrigatório, sobretudo, quando da formação do Estado Democrático de Direito. O Código de Processo Civil de 1939, no seu art. 118, parágrafo único, asseverava que o juiz indicará na sentença os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento. Não obstante, no CPC de 1973, a

95 Observa-se a íntegra da redação dos respectivos artigos: **Art. 776.** *O exequente ressarcirá ao executado os danos que este sofreu, quando a sentença, transitada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação que ensejou a execução* e **art. 520. II.** *fica sem efeito, sobrevindo decisão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidando-se eventuais prejuízos nos mesmos autos.*

fundamentação também possuía respaldo normativo, nos termos do art. 458, inciso II, além dos artigos 131 e 165.

No que pese existência de inúmeras previsões do princípio da fundamentação das decisões judiciais em legislações infraconstitucionais, a Constituição de 1988 elevou a obrigatoriedade das motivações à nível de garantia fundamental, na forma do art. 93, inciso IX96, sendo que a não observância pelo juiz acarreta nulidade da decisão judicial. Portanto, a fundamentação significa requisito de validade da decisão e exercício da plena prestação da tutela jurisdicional, tal como o princípio da vedação à decisão surpresa sendo norma fundamental do CPC/15.

No âmbito de aplicação de uma medida executiva atípica, a essencialidade do princípio da fundamentação torna-se mais evidente, conforme ressalta Leonardo Greco ao dizer que a motivação serve para evitar:

(...) que o poder discricionário na sua aplicação e na escolha dos meios se transforme em arbitrariedade (...) fundamentação não limitar-se ao exame dos aspectos jurídicos da questão, mas avaliar o seu impacto econômico e social, assim como todo o substrato ético e democrático que deve inspirar o próprio processo judicial” (2018. p. 417).

Daniel Amorim Assumpção Neves (2017, p. 150), em relação às medidas atípicas na execução, defende que a fundamentação judicial deve ser completa e exauriente, cabendo ao juiz “revelar porque entende que as medidas são adequadas e suficientes, atendendo no caso concreto os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade”.

Portanto, destaca-se que a doutrina é, em certo grau, unanime quanto a necessidade de fundamentação para deferimento ou indeferimento de uma medida coercitiva atípica, sendo um dos fundamentos que detém raiz constitucional, e angaria noções a respeito da proporcionalidade e razoabilidade. Logo, tem a adequação no sentido de adotar aquela medida atípica para atingimento do fim almejado e, nesta toada, a necessidade de aplicar determinada medida em detrimento de outras.

Na jurisprudência, a solidez do tema também emerge quando da análise de alguns julgados, oriundo inclusive do Superior Tribunal de Justiça, exemplificado pelo Recurso em Habeas Corpus 2018/0104023-6.

96 Destaca-se a integral do artigo: **Art. 98. IX.** *todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.*

No Tribunal de Justiça de São Paulo, julgou-se um caso peculiar, no Agravo de Instrumento 2025805-57.2019.8.26.0000, interposto por um devedor que estava sofrendo incidência das medidas executórias atípicas. No juízo de origem, o magistrado deferiu, ao todo, trezes medidas executórias atípicas, de ofício, entre apreensão de passaporte e suspensão de cartões de crédito, indagando no início da fundamentação de sua decisão: *"A presente decisão há de começar por uma reflexão: Qual a sociedade que queremos? Aquela que privilegia o direito do credor ou aquela que privilegia a figura do devedor? Digo isso, porque, em uma sociedade evoluída do ponto de vista da cidadania, a simples inércia em cumprir voluntariamente uma obrigação reconhecida em título judicial ou extrajudicial, já deveria ser suficiente para admitir-se medidas de restrição sobre a pessoa do devedor"*.

Em segundo grau, houve anulação da referida decisão, pois, segundo voto do MM. Relator, houve ofensa ao princípio da motivação das decisões judiciais, uma vez que a fundamentação do magistrado era *padronizado* e não observava o caso concreto, apesar de ter elogiado a tese exposto pelo juízo singular acerca das medidas executórias atípicas⁹⁷.

8. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS EM ESPÉCIE

8.1 Apreensão de Passaporte

Quando estamos diante do estudo das medidas coercitivas atípicas, inevitavelmente, emerge a hipótese da apreensão de passaporte do devedor. Trata-se de uma das medidas mais comuns no dia a dia forense, tendo por efeito o impedimento do destinatário desta ordem em realizar viagens internacionais, com fulcro na satisfação da obrigação.

No Brasil, a apreensão do passaporte é alvo de inúmeras críticas por parte da doutrina processualista e constitucional. Isto porque alguns especialistas asseveram que a adoção desta medida viola, essencialmente, o direito fundamental de liberdade, consagrado no art. 5º da Lei Maior, além da própria dignidade da pessoa humana, sendo este último argumento abrangente usado para contrapor as demais medidas coercitivas atípicas.

Consoante ao exposto, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal indeferiu apreensão do passaporte considerando inobservância aos ditames constitucionais, conforme depreende-se do seguinte trecho: *"6. A suspensão da licença de dirigir dos devedores, bem como o recolhimento de seus passaportes, a despeito da recalcitrância*

⁹⁷ Agravo de Instrumento n. 2025805-57.2019.8.26.0000. Data de Julgamento: 16/03/2019.

*destes em adimplir o débito, viola os princípios constitucionais da razoabilidade, da proporcionalidade e da eficiência, porquanto tais medidas são inadequadas ao propósito do credor e têm potencial de comprometer o direito de ir e vir da parte o viola o princípio da dignidade da pessoa humana*⁹⁸.

Por outro lado, parcela da doutrina advoga pela legalidade da apreensão do passaporte como medida executiva coercitiva para satisfação da dívida, de modo que a sua aplicação não confronta a Constituição Federal e tampouco uma lei infraconstitucional. O principal argumento suscitado é que não se trata de transgressão à liberdade do devedor, mas tão somente limitação à livre circulação que, notadamente, já ocorre por imposição do próprio Judiciário e órgãos administrativos.

Neste sentido, o desembargador do Tribunal Paulista e doutrinador Olavo de Oliveira Neto sistematiza o entendimento aduzindo que:

(...) Assim não fosse a restrição à livre circulação que decorre do direito de propriedade, vedando a invasão de domicílio, seria infraconstitucional, uma vez que o direito fundamental à liberdade normalmente prevalece sobre o direito fundamental à propriedade. Mais. O Estado não poderia proibir crianças e adolescentes de frequentar quaisquer espetáculos públicos, com ou sem seus pais ou responsáveis, pois isso representaria uma ofensa a sua liberdade (2019, p. 284).

Não obstante, ainda que o direito de liberdade fosse um óbice para apreensão do passaporte, oportuno olvidar que nenhum direito é absoluto e, portanto, poderá sofrer restrições com finalidade de assegurar, aparado pela avaliação do caso em concreto, outro direito fundamental que, neste caso, é o direito à prestação da tutela jurisdicional de forma adequada e integral.

Destaca-se que, em um país emerge como o Brasil, a grande maioria da população ainda não realiza viagens para o exterior, de modo que a apreensão do passaporte fica limitada para devedores que possuam esta faculdade e, ainda, dolosamente e de má-fé, não quitam suas dívidas.

Portanto, tem-se como corriqueira medida executiva atípica, pleiteada nos Tribunais Pátrios e objeto de controvérsia doutrinária, a apreensão de passaporte, sobretudo, voltada aos devedores contumazes que esbanjam patrimônio e realizam viagens de alto custo, mas não honram com a obrigação inadimplida perante seu credor.

⁹⁸ Agravo de Instrumento n. 0727013-63.2020.8.07.0000. Data de Julgamento: 04/11/2020.

8.2 Apreensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH)

A apreensão da CNH do devedor, conjuntamente com a abordada anteriormente, é outra medida coercitiva atípica comumente presente na petição do patrono do credor, bem como nas fundamentações das decisões dos juízes, desde a primeira instância até os tribunais superiores. Naturalmente, esta medida executória específica divide opiniões acerca da sua (im)possibilidade e (i)legalidade na seara processualista e constitucional.

Inicialmente, há quem defenda a vedação à adoção deste tipo de ato executivo indireto, considerando, precipuamente, os fundamentos constitucionais da liberdade, nos termos ressaltado em tópico passado, e o princípio da dignidade da pessoa humana, alegando ser uma medida descabida em relação ao próprio procedimento executivo e que visa, apenas, atingir o devedor, e não satisfazer o débito perseguido.

Inclusive, a matéria é alvo de questionamento no Supremo Tribunal Federal, por meio da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 594199, de modo que o arrazoado principal que se depreende da Inicial é, justamente, a suposta ofensa da medida em face ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

No que tange o núcleo essencial dos direitos fundamentais, mostra-se oportuno trazer o didático voto do Ministro Marco Aurélio, proferido no HC 82.959, que aduziu: “Os adeptos da chamada teoria absoluta (“absolute Theorie”) entendem o núcleo essencial dos direitos fundamentais (Wesensgehalt) como unidade substancial autônoma (substantieller Wesenskern) que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual decisão legislativa. (...) haveria um espaço que seria suscetível de limitação por parte do legislador; outro seria insuscetível de limitação. (...) (2) Os sectários da chamada teoria relativa (“relative Theorie”) entendem que o núcleo essencial há de ser definido para cada caso, (...) mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins (Zweck-Mittel-Prüfung), com base no princípio da proporcionalidade. O núcleo essencial seria aquele mínimo insuscetível de restrição ou redução com base nesse processo de ponderação”¹⁰⁰.

⁹⁹ É possível acessar a íntegra do processo da ADIN 5941 por meio do link hospedado no sítio eletrônico do próprio STF:

<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5458217>. Acesso em 16/05/2021 às 18:11.

¹⁰⁰ O voto do MM. Ministro, em sua integralidade, poderá ser acesso por meio do link <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em 16.05/2021 às 18:34.

Perceba-se, portanto, apelo à proteção ao direito fundamental de quem é destinatário da medida indireta de apreensão da CNH, sendo o direito de ir e vir, consoante a visão exposta, considerado integrante do núcleo essencial dos direitos fundamentais insuscetível de redução pelo legislador. Ademais, a matéria pendente de análise pela Corte Suprema e, desde outubro de 2020, encontra-se na mesa do Ministro Luiz Fux.

No entanto, notadamente, levantam-se os doutrinadores, bem como as decisões judiciais, que denotam a possibilidade de apreensão da CNH do devedor, como coerção para quitação do débito devido, sem que haja violações ao direito de liberdade e tampouco ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Observa-se, assim, a síntese elaborada pelo professor Daniel Amorim Assumpção Neves ao analisar o art. 134, IV do CPC/15 e as medidas coercitivas atípicas em sede de execução:

O art. 139 do Novo CPC trata dos poderes do juiz, prevento em seu inciso IV ser um deles a determinação de todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária. (...) Seriam assim admitidas medidas executivas que nunca foram aplicadas na vigência do CPC/1973 e que não estão previstas expressamente no novo diploma legal. Interessantes exemplos são dados pela melhor doutrina: suspensão do direito do devedor de conduzir veículo automotor, inclusive com a apreensão física da CNH, em caso de não pagamento de dívida oriunda de multas de trânsito (incluindo as indenizações por acidentes ocorridos no trânsito)" (2016, p. 986-987).

Em outra abordagem, o professor Fernando Gajardoni estabelece interessante paralelo entre a retirada da CNH do executado e o direito assegurado que se busca concretização:

"Ilustrativamente, não efetuado o pagamento de dívida oriunda de multas de trânsito, e superados os expedientes tradicionais de adimplemento (penhora de dinheiro e bens), seria lícito o estabelecimento da medida coercitiva/indutiva de suspensão do direito

Página 8 de 37 a conduzir veículo automotor até pagamento

do débito (inclusive com apreensão da CNH do devedor)” (GAJARDONI, 2016)101.

Não obstante, verifica-se que a aplicação das referidas medidas de coerção deve observar, em certo grau, os parâmetros de aplicação outrora abordado nesta monografia.

Posto isto, fato é que por vezes o devedor não arca com sua obrigação pecuniária, por exemplo, pelo simples fato de antever a ação do credor conjuntamente com o Judiciário, promovendo desfalque patrimonial ou desviando para terceiros seus bens. Não se trata dos devedores que, por insuficiência econômica, não quita o seu débito até mesmo porque, caso quisesse, não poderia fazê-lo. A medida executiva atípica em questão mostra-se útil, sobretudo, para aqueles que ostentam notório patrimônio, mas que, nos autos do processo, alega pobreza.

O professor e desembargador do Tribunal Paulista Olavo de Oliveira Neto objetivamente explicita os destinatários da apreensão da CNH, sustentando que:

(...) são aqueles que colocam o patrimônio em nome de terceiros, aqueles que ocultam os valores que têm colocando dinheiro na conta bancária de familiares ou em contas ocultas no exterior e aqueles que camuflam toda a sua renda para fugir do pagamento de impostos e dos credores, agindo em evidente ofensa ao princípio da boa-fé e aos valores que devem orientar a evolução de uma sociedade civilizada (NETO, 2019).

Em vislumbre do ordenamento jurídico, a apreensão da CNH estar presente em outros ramos do direito, tal como penal e legislação de trânsito, de modo que não se questiona a legalidade de aplicação da medida quanto a sua constitucionalidade. De igual modo, não tem-se violação à sua dignidade, pois não se deduz um direito fundamental de dirigir e, muito menos, de violação à liberdade e à locomoção, mormente não avilta ao próprio ser humano proibir o uso de automóvel para locação, pois se assim fosse o brasileiro que não tivesse um veículo estaria sendo ofendido a todo momento.

Ainda, em suma, o devedor que sofre a medida de apreensão da Habilitação poderá, por obvio, se locomover, mas apenas não podendo dirigir. Destaca-se que esta

101 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A revolução silenciosa da execução por quantia*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia-24082015>. Acesso em 16/05/2021 às 19:02.

espécie de medida atípica é voltada, fundamentalmente, para os devedores inescrupulosos que atentam contra a própria Justiça.

A jurisprudência mostra-se dividida, asseverando pela excepcionalidade da apreensão da CNH, mas acena pela legalidade e possibilidade em sede de Execução. Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no Agravo de Instrumento 0712758 37.2019.8.07.0000, sintetizou da seguinte forma: “A medida executiva atípica de suspensão da carteira nacional de habilitação pode ser aplicada após o esgotamento dos meios convencionais da execução e representa tentativa de persuadir o inadimplente a cumprir a obrigação. A referida medida atípica não é capaz de ferir o direito de ir e vir do executado, uma vez que não o impede de se locomover por outros meios de transporte diversos do veículo automotor particular”¹⁰².

Ainda, oportuno mencionar uma decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que, mediante inércia do devedor e observando o direito do credor em obter efetiva e integral tutela jurisdicional, deferiu a suspensão de CNH do executado, conforme excerto da ementa: “Suspensão da habilitação. Cabimento. Necessidade de se atingir um ponto de real equilíbrio entre a satisfação do crédito e a garantia dos direitos fundamentais do devedor. Direitos fundamentais que devem ser prestigiados tanto quanto à garantia da eficácia das decisões judiciais aos jurisdicionados. Cumprimento de sentença que deve se dar no interesse do credor (art. 797 do CPC). Inércia do executado que autoriza o juiz, fundado no art. 139, IV, do CPC, servir-se de medidas atípicas como a proibição de dirigir (utilização da CNH), para retirar o devedor da sua cômoda zona de conforto e compeli-lo ao cumprimento da obrigação, sob pena de descrédito do Poder Judiciário”¹⁰³.

Em outra recente jurisprudência, por meio da 31ª Câmara de Direito Privado, o Tribunal Paulista asseverou a possibilidade de suspensão da CNH, posto que “além da notícia da inexistência de bens penhoráveis, constata-se que a conduta dos executados é marcada pelo propósito inequívoco de frustrar a atividade executória, o que justifica a adoção de medidas coercitivas (...) que encontra pleno respaldo legal e não fere qualquer preceito constitucional”¹⁰⁴.

Por fim, o tema fora apreciado pela Corte Superior, no HC n. 97876 de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, o qual reconheceu a possibilidade da medida indireta de

102 AI 0712758-37.2019.8.07.0000. Rel: Esdras Esteves. Data de Julgamento em 09/10/2019.

103 AI 2203937-39.2019.8.26.0000. Rel: L. G. Costa Wagner. Data do Julgamento: 06/04/2020.

104 AI 2096609-79.2021.8.26.0000. Rel. Antonio Rigolin. Data de Julgamento 18/05/2021.

apreensão da CNH sem, portanto, infringir qualquer direito fundamental do devedor, isto é, sem transgressão ao seu direito de ir e vir¹⁰⁵.

Ainda, oportuno mencionar que o executado, notadamente, poderá requerer a revogação da medida caso, de alguma forma, haja prejuízo excessivo e irreparável, tal como utilização do documento de habilitação para exercício da profissão ou levar determinado parente para tratamento médico semanalmente. Desta feita, cabe ao executado o ônus de provar a impossibilidade de manutenção da medida coercitiva.

8.3 Proibição de Frequentar Local / Evento

A coerção destinada ao devedor poderá incidir, notadamente, sobre vários aspectos do seu cotidiano. E assim não poderia ser diferente, haja vista que o efeito de determinada medida inominada visa forçar o cumprimento da obrigação. Neste sentido, uma das medidas executivas atípicas mais promissoras, atualmente, é a vedação de frequentar de determinado local ou evento. Trata-se de alternativa - não tão difusa nos tribunais como as apresentadas anteriormente - de modo que se tem pouca experiência prática de sua aplicação.

O magistrado, de acordo com as peculiares do caso, poderá impor vedação à frequência de certos lugares ou até mesmo participar de eventos, os quais são prezados pelo devedor, caso este mostre indícios de que tenha condição de satisfazer sua dívida, mas assim não faz.

A medida é rotineiramente aplicada em âmbito criminal e administrativo, de modo que não se vislumbra razões para que o processo de execução renegue a mesma medida que se trata, com efeito, de uma limitação de circulação, semelhante as apreensões de CNH e Passaporte.

O Professor Olavo de Oliveira Neto suscita observação quanto a necessidade de fiscalização desta medida, posto que é naturalmente difícil de assegurar seu cumprimento. Por exemplo, como garantir que o devedor não frequentará o clube de tiro que adora ir aos finais de semana após vedação do Juízo? Logo, o doutrinador aduz que "*não sendo possível exercer de modo eficaz essa aferição a medida decretada perde toda a sua carga de coerção e, em consequência, deve ser revogada*" (OLIVEIRA NETO, 2019, p. 286).

¹⁰⁵ A íntegra do voto do Ministro Luís Felipe Salomão poderá ser visualizada pelo link: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=8381574.2&num_registro=201801040236&data=20180809&tipo=91&formato=PDF. Acesso em 21.05/2021 às 23:32.

Ademais, esse ônus poderá ficar a cargo do próprio exequente, vez que o mesmo tenha pleiteado a medida coercitiva atípica.

8.4 Bloqueio de Cartões de Crédito

A medida executiva atípica que visa o bloqueio de cartões de crédito do devedor tornou-se, conjuntamente com a suspensão de CNH, uma das mais reivindicadas nos tribunais pátrios. Notadamente, a coerção nestes casos é empregada mediante cessação do uso de crédito, outrora obtido pelo devedor, junto às instituições financeiras.

Aliás, mostra-se até mesmo compatível com a obrigação pecuniária na execução, vez que o crédito relaciona-se estritamente com o dinheiro, considerando que posteriormente o devedor terá que arcar com o custo das compras realizadas por meio destes cartões. Logo, o bloqueio do cartão de crédito servirá de indução para que o executado pague a dívida judicializada, invés de continuar endividando-se e, assim, optando pelo débito que convém quitar.

Em recente decisão oriunda da 2ª Câmara Reservada do Direito Empresarial, do Tribunal de Justiça de São Paulo, o desembargador Sérgio Shimura, em caso de sua relatoria, assim fundamentou seu brilhante voto no que tange a matéria: “A partir do momento em que a liberdade do devedor, de gastar com outras coisas - via cartão de crédito, se mostre limitada, tal restrição tende a fazer com que se lembre de que tem dívida vencida a pagar!! Na medida em que o devedor paga as faturas do cartão de crédito, pode estar desviando recursos para saldar as dívidas pretéritas, vencidas e judicializadas”¹⁰⁶.

A medida mostra-se interessante em vários aspectos, sobretudo, no que tange as críticas de sua adoção. Pode-se arguir garantias e direitos fundamentais outorgados pela Lei Maior, bem como princípios processuais, mas dificilmente se vislumbra situações em que atinja a dignidade da pessoa humana o “*não uso*” do crédito, tal como um “*direito fundamental*” ao crédito. Perceba-se, portanto, que a determinação poderá surtir efeitos positivos à demanda, consoante integral prestação da tutela jurisdicional, sem lesionar ou colidir com direitos constitucionais do devedor, ao menos, em análise inicial.

Em outro julgado, oriundo do Tribunal de Justiça de Goiás, o julgador ressaltou a possibilidade pela suspensão dos cartões de crédito do devedor, haja vista que este

106 AI 2191101-97.2020.8.26.0000. Rel. Sérgio Shimura. Data de Julgamento: 05/04/2021.

ostentava alto padrão de vida nas redes sociais e, portanto, incompatível com o não pagamento da dívida em execução que tramitava desde 2016107.

Não obstante, destaca-se a aplicação de medidas indiretas na execução deve contemplar os requisitos de aplicação (capítulo 07), bem como as peculiaridades do caso concreto, observando a razoabilidade e proporcionalidade, olvidando-se que o executado pode e deve manifestar-se nos autos quando a medida trazer onerosidade excessiva e prejuízo irreparável, de modo que não conseguirá arcar de forma alguma com o débito.

8.5 Proibição de Contratar com o Poder Público

As medidas executivas atípicas não se restringem, quanto a sua aplicação, apenas aos devedores pessoas físicas. Notadamente, uma medida inominada poderá atingir empresas, apesar de que a concepção de uma medida coercitiva contra sociedade (pessoa jurídica) tornar-se difícil em primeiro momento. No entanto, as sociedades podem ser alvo de medidas atípicas, principalmente, aquelas que contratam com o Poder Público.

O Prof. Olavo de Oliveira Neto, quanto a possibilidade, assevera que a medida:

“apresenta um grande grau de coercibilidade, já que costuma atingir de forma ampla a atividade econômica daqueles que pretendem firmar tal tipo de avença, cujos valores geralmente são bastantes significativos. Além disso, a flexibilidade inerente a tal tipo de medida, já que os contratos com a administração são muito variados, indo desde um pequeno fornecimento de água mineral até a construção de usina hidroelétrica, permite uma maior aderência as necessidades do caso concreto, potencializando o tónus da efetividade da tutela executiva (2019, p. 304).

O cabimento desta medida executiva atípica é asseverado também pelo professor e desembargador Alexandre Freitas Câmaras que, em abordagem sobre os poderes do magistrado, aduziu que, considerando o art. 139, IV do CPC/15, “torna-se possível o emprego de meios outros (...) para compelir o devedor a cumprir obrigações pecuniárias reconhecidas em decisão judicial. Alguns exemplos podem aqui ser imaginados: pense-se em uma pessoa jurídica que, não tendo cumprido a decisão judicial

107 Agravo de Instrumento 0436441-71.2018.8.09.0000. Rel. Sandra Regina Teodoro Reis. Data do Julgamento: 06/02/2019.

que reconheceu uma obrigação pecuniária, seja proibida de participar de licitações até que a dívida esteja quitada”¹⁰⁸.

Destaca-se que a vedação de contratar com o Poder Público é medida prevista, como forma de sanção, na Lei de Improbidade Administrativa (art. 12 da Lei 8.429/92), de modo que não se vislumbra óbice para sua aplicação em âmbito processual, sob natureza de coerção para cumprimento de uma obrigação, principalmente de natureza pecuniária. Saliente-se que, caso a empresa cumpra com a determinação judicial, a medida coercitiva deverá cessar de imediato, ante ausência sancionatória.

8.6 A Questão do Bitcoin e Outros Criptoativos

O Poder Judiciário, conjuntamente com outros órgãos do Estado, fornece ao credor, que não obteve o seu pagamento voluntário, alguns recursos e sistemas para realização de pesquisa patrimonial em nome do devedor com escopo de satisfação do crédito e em observância da celeridade processual. O sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça¹⁰⁹ aborda cada um dos sistemas disponíveis ao Juízo, de modo que se afigure existência de imóveis¹¹⁰ (SREI), dinheiro (SISBAJUD), automóveis (RENAJUD), entre outros, em nome do executado, além de visualizar a declaração de imposto de renda (INFOJUD) e a possibilidade de negativação da dívida (SERASAJUD).

Notadamente, na tutela de execução, o requerimento de penhora de ativos online é o primeiro a ser feito pelo credor quando da busca pela quitação do débito, sendo medida efetivada pelo SISBAJUD (antigo BACENJUD). O referido sistema “*interliga a Justiça ao Banco Central e às instituições financeiras, para agilizar a solicitação de informações e o envio de ordens judiciais ao Sistema Financeiro Nacional, via internet*”¹¹¹.

O SISBAJUD, em relação ao seu sistema antecessor, detém algumas funções que aprimoraram a possibilidade de constrição de ativos financeiros. No âmbito da execução cível, uma das mais importantes alterações é o alcance às denominadas intermediadoras de pagamento ou *fintechs*¹¹². Isto porque, uma vez que estas empresas não são

¹⁰⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Novo CPC ampliou sobremaneira os poderes do juiz*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-jun-23/alexandre-freitas-camara-cpc-ampliou-poderes-juiz>. Acesso em 22/05/2021 às 01:10.

¹⁰⁹ O endereço eletrônico do CNJ é <https://www.cnj.jus.br/>.

¹¹⁰ No Estado de São Paulo, utiliza-se o sistema/sítio eletrônico ARISP: <https://www.registradores.org.br/>.

¹¹¹ Mais informações disponíveis em <https://www.cnj.jus.br/sistemas/sisbajud/>. Acesso em 22/05/2021 às 19:45.

¹¹² Possível verificar mais informações em <https://www.megajuridico.com/o-que-muda-com-o-sisbajud-funcoes-e-perspectivas/>. Acesso em 22/05/2021 às 20:02.

consideradas entidades bancárias¹¹³, os devedores as utilizavam para não ter seu patrimônio penhorado. Atualmente, não é mais possível o executado acobertar seu patrimônio por meio, por exemplo, do Mercado Pago, PicPay, PagSeguro etc.

Outra função implementada pelo SISBAJUD, recentemente, refere-se à “*Teimosinha*”¹¹⁴. A nomenclatura, no que pese incomum, é sugestiva à sua função, considerando que a tentativa de penhora online de ativos do devedor se fará automaticamente por até 30 dias, de acordo com o critério adotado pelo magistrado. Trata-se de mudança salutar no âmbito da execução, pois, anteriormente, o juiz emitia tão somente uma ordem de constrição, de modo que o credor contava com a sorte de “*pescar*” algum patrimônio em conta do devedor naquele dia. Neste sentido, caso a pesquisa restasse negativa, era preciso o credor pleitear nova pesquisa patrimonial o que, geralmente, era indeferida pelo magistrado.

O breve introito perfaz necessário para adentrar em novos ativos que emergiram no mercado e são gradativamente utilizados pelo coletivo. A referência se faz em relação às criptomoedas ou moedas digitais, tendo notoriedade, nos últimos anos, pelo crescimento do Bitcoin.

O Bitcoin trata-se, para JERRY e ANDREA (2013, p. 3-5) de uma:

(...) Moeda criptografada, um sistema de pagamento on-line baseado em protocolo de código aberto que é independente de qualquer autoridade central. É característico por ser o primeiro sistema de pagamento digital completamente descentralizado do mundo. Um bitcoin pode ser transferido por um computador ou smartphone sem recurso a uma instituição financeira intermediária. Para tanto, é necessário que a cada utilizador sejam atribuídas duas “chaves”: uma chave privada que é mantida em segredo como uma senha, e uma chave pública que pode ser compartilhada com o mundo. A transferência de propriedade dos bitcoins é gravada em uma “cadeia de blocos” (blockchain), de forma que a criptografia da chave pública assegura que todos os computadores na rede tenham um registro constantemente atualizado e verificado de todas as

113 Art. 6º, §2º da Lei 12.865/2013: É vedada às instituições de pagamento a realização de atividades privativas de instituições financeiras, sem prejuízo do desempenho das atividades previstas no inciso III do caput.

114 Mais informações disponíveis em <https://www.conjur.com.br/2021-abr-09/justica-amplia-bloqueio-valores-quietar-dividas>. Acesso em 22/05/2021 às 20:13.

operações dentro da rede bitcoin, o que impede duplo gastos e fraude”¹¹⁵.

Ou seja, note-se que o Bitcoin (assim como as moedas digitais) são ativos totalmente descentralizados, ou seja, não possui uma autoridade central reguladora e emissora desta moeda, como o Banco Central. Por conseguinte, naturalmente, não haveria meios para pesquisar este ativo em nome de devedores.

De fato, ainda não há, uma vez que as negociações do Bitcoin podem ser *peer-to-peer*, isto é, de uma pessoa para outra, com utilização de chave privada das *wallet* (carteira), de modo que o Estado não tem poder de intervenção e controle.

Todavia, destaca-se que o processo de transação do Bitcoin - pessoa pra pessoa - acarreta custos elevados e, ainda, exige alto desempenho computacional¹¹⁶. Neste sentido, surgem as corretoras ou *exchanges* de criptoativos que atuam no mercado, uma vez regularizadas, como qualquer outra corretora de investimentos no país.

Em suma, ante descentralização, este tipo de ativo causa agitação aos credores, órgãos reguladores e Judiciário. Assim, quanto ao SISBAJUD, mostra-se interessante a promessa feita pelos seus desenvolvedores de que, em determinado tempo de adaptação, justamente, o sistema poderia atingir os criptoativos que tivessem registros junto às *exchanges* sediadas no Brasil, a fim de evitar ocultação por parte do devedor de seu patrimônio. Ocorre que, até o momento, a medida não fora implementada com sucesso.

Ainda, oportuno destacar que o CNJ, em nota, alerta pela dificuldade de eventual penhora do criptoativo, mesmo que haja constrição da moeda digital: “*As moedas virtuais, a exemplo do Bitcoin e Ethereum, não tem sua emissão regulada e controlada pelo Banco Central e não são operadas pelas instituições financeiras que compõe o Sistema Financeiro Nacional. Ainda não temos dados precisos do movimento financeiro*

115 JERRY Brito, ANDREA Castillo. *Bitcoin: a primer for policymakers*. Arlington: Mercatus Center at George Mason University, 2013. p. 3-5.

116 Neste sentido, o Prof. Fernando Ulrich sintetiza “*o processo de transferência do bitcoin e a necessidade da figura do minerador que, em suma, é um prestador de serviço aos usuários: Bitcoin é uma rede peer-to-peer, não há uma autoridade central encarregada nem de criar unidades monetárias nem de verificar as transações. Essa rede depende dos usuários que proveem a força computacional para realizar os registros e as reconciliações das transações. Esses usuários são chamados de “mineradores”, porque são recompensados pelo seu trabalho com bitcoins recém--criados. Bitcoins são criados, ou “minerados”, à medida que milhares de computadores dispersos resolvem problemas matemáticos complexos que verificam as transações no blockchain. Como um analista afirmou, a real mineração de bitcoins é puramente um processo matemático*”. (ULRICH, Fernando. *Bitcoin: a moeda na era digital*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014. p. 17-20).

envolvendo as moedas virtuais, porque, pela sua própria natureza, elas não ficam depositadas nas exchanges, dificultando sua localização para fins de penhora"¹¹⁷.

A Receita Federal do Brasil, por meio da Instrução Normativa 1.888/2019¹¹⁸, determinou que as transações de criptoativos, realizadas por meio das corretoras especializadas, deverão ser informadas pelas empresas. Desta feita, caso o devedor utilize-se de *Exchange* para realizar compras de criptoativos, uma alternativa ao credor é solicitar envio de ofício, pelo juiz, à Receita Federal que, a princípio, teria todas informações necessárias para proceder ao bloqueio e penhora deste ativo digital.

O Tribunal de Justiça do Paraná, em julgamento do Agravo de Instrumento n. 0026506-94.2020.8.16.0000, determinou o bloqueio e liquidação do Bitcoin – o qual estava em custódia da corretora – para moeda corrente e, por conseguinte, depositar em Juízo o valor, conforme voto do relator Rafael Vieira de Vasconcellos Pedroso: "*Dois dos maiores problemas dos bitcoins estão em sua extrema volatilidade e falta de regulação, de onde decorre o não preenchimento de uma das funções primordiais da moeda, precisamente a ser uma reserva de valor. E sua breve história tem apresentado ciclos de alta e baixa descontrolados. Ao contrário de outros ativos financeiros, as criptomoedas estão sujeitas ao risco de intensas desvalorizações em curtos espaços de tempo. Tal circunstância recomenda que as frações de criptoativos eventualmente bloqueados sejam previamente liquidados pela exchange que detém a sua custódia, em aplicação analógica do art. 852, I do CPC. Em seguida, a quantia em moeda corrente derivada da liquidação deve ser depositada em conta bancária à disposição do juízo, na qual deve permanecer até que sobrevenha decisão definitiva a respeito*"¹¹⁹.

Em verdade, vislumbra-se essa a única modalidade possível, em tese, de penhora do criptoativo pelo Judiciário, tratando-se de medida executiva atípica, pois, no entendimento deste acadêmico, não se encontra respaldo na sistemática de execução típica, exceto pelo art. 139, IV o qual se mostra aliado do Juízo para a busca da plena satisfação da tutela executiva como direito fundamental do jurisdicionado.

¹¹⁷ Em complemento ao exposto: <https://www.migalhas.com.br/depeso/332876/sisbajud--sistema-de-penhora-traz-novas-discussoes-juridicas>. Acesso em 22/05/2021 às 22:06.

¹¹⁸ A instrução normativa da RFB poderá ser visualizada na íntegra por meio do endereço <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=100592>. Acesso em 22/05/2021 às 21:48.

¹¹⁹ Acesso integral ao acórdão no sítio eletrônico https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000013742271/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0026506-94.2020.8.16.0000#integra_4100000013742271. Acesso em 22/05/2021 às 23:06.

9.CONCLUSÃO

Inicialmente, destaca-se a importância da tutela de conhecimento como sendo o processo exauriente, onde as partes trazem elementos com intento de influir na convicção do julgador e, portanto, obter uma sentença favorável. Trata-se, inequivocamente, de parcial atendimento do acesso à justiça, adequada e integral prestação da tutela jurisdicional.

Diga-se *parcial*, pois, como visto, o processo não cessa tão somente com o reconhecimento do direito sob fundamento de um título judicial. Olvida-se que o processo é o instrumento para o alcance do direito – lei abstrata - no plano concreto, produzindo efeitos no mundo empírico. Logo, emerge-se as tutelas executivas (execução e cumprimento de sentença).

Os ditames constitucionais do processo, sobretudo, o devido processo legal e seus derivados, tal como efetiva tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV da CF/88) somente são observados, em plenitude, no momento que o jurisdicionado detém em suas mãos o direito efetivado, pois, se assim não for, tem-se no ordenamento jurídico somente letra morta – inútil.

Neste sentido, note-se a precaução estabelecida pelo Código de Processo Civil de 2015 quanto a satisfação efetiva e integral do direito, sobretudo, em dicção das normas fundamentais (art. 3º e 4º). Além disso, ampliou-se significativamente o poder-dever do magistrado o qual, nos limites da Lei e em análise do caso *sub judice*, poderá *determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária*, sob a égide do art. 139, IV do *códex* processual civil.

Em outras palavras, o art. 139, IV significa que, além das diligências previstas no código processual para fins de cumprimento da ordem judicial, o juiz poderá determinar outros atos que julgar necessário e que, conjuntamente, trará maior efetividade e celeridade ao processo, de modo que consiga atingir o seu precípuo objetivo, qual seja, assegurar o direito e entregá-lo a quem legitimamente o detém. Trata-se da aplicação das medidas coercitivas atípicas ou também batizadas de medidas inominadas/indiretas que, inclusive, foram positivados expressamente para a hipótese das obrigações pecuniárias, cessando indefinições acerca do cabimento nesta modalidade.

O Art. 139, IV do CPC/15 reveste-se de cláusula geral normativa que, necessariamente, receberá juízo valorativo do magistrado para que tenha incidência no processo. Saliente-se que, justamente em observância de que cada caso possui suas particularidades, o legislador redigiu a redação do Art. 139, IV visando, principalmente, à satisfação da obrigação e eficácia do Judiciário.

Verificou-se que o referido dispositivo, sendo norma que obriga o exercício hermenêutico e a valoração pelo julgador, a doutrina especializada, bem como a melhor jurisprudência, sobretudo C. Superior Tribunal de Justiça, estabeleceu parâmetros de aplicabilidade, quais sejam, A) Título Executivo Judicial, B) Subsidiariedade, C) Contraditório Prévio, D) Requerimento e, por fim, E) Fundamentação. Não obstante, destaca-se que os requisitos apresentados possuem divergências doutrinárias e, notadamente, críticas por parte de processualistas, de modo que se expôs as mais variadas concepções. Em síntese, a exposição destes parâmetros pode ser visualizada na recente decisão do STJ, no REsp 1.864.190, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi.

Por fim, verifica-se que algumas medidas atípicas - propriamente ditas - são as mais presentes nos Juízos e Tribunais Pátrios sendo requeridas pelo credor em busca da satisfação do seu crédito. Notadamente, o deferimento, ou não, passará por análise criteriosa do julgador, considerando as particularidades e andamento da execução.

De todo modo, verifica-se que as medidas indiretas de execução se tornam uma ferramenta alternativa para a busca da satisfação integral da tutela, preenchendo a função essencial do processo e, assim, efetivando o direito ao jurisdicionado. A discussão acerca da constitucionalidade do art. 139, IV não merece melhor análise, posto que o dispositivo traz instituto consolidado na sistemática processual, claramente recepcionado pela Lei Maior, tendo por aplicação necessária para, não somente concretizar a justiça, mas elevar a credibilidade do Judiciário, vez que este encontra-se descrente perante o coletivo.

10 BIBLIOGRAFIA

ABELHA, Marcelo. **Manual da Execução Civil**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ALVIM, Eduardo Arruda, WILLIAN, Daniel, FERREIRA, Eduardo Aranha. **Direito Processual Civil**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ANDOLINA, Italo. **Cognizione ed esecuzione nel sistema dela tutela giurisdizionale**. Milano: Giuffrè, 1983.

ASSIS, Araken de. **Grandes temas do novo CPC – atipicidade dos meios executivos**. Coord. MINAMI, marcos; TALAMINI, Eduardo (Org.). Salvador: Juspodivm, 2018.

BORGES, Marcus Motter. **Medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BRAGA, Paulo Sarno. **Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1º, CPC**. São Paulo: Revista de Processo, v. 268, 2017.

CARMAGO, Luiz Henrique Volpe. **O art. 139, IV do CPC e os instrumentos de defesa do executado**. Florianópolis: Empório do Direito. 2017.

CARREIRA, Guilherme Sarri. **Grandes temas do novo CPC – atipicidade dos meios executivos**. Coord. MINAMI, marcos; TALAMINI, Eduardo (Org.). Salvador: Juspodivm, 2018.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual**. Trad. Paolo Capitanio. 2. Ed. Campinas: Bookseller, 2000.

DIDIER JR., Freddie. **Cláusulas Gerais Processuais**. São Paulo: Revista de Processo, v. 187, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2004.

GOMES, Fábio, SILVA, Ovídio Baptista. **Teoria Geral do Processo**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRECO, Leonardo. **Atipicidade dos meios executórios na efetivação das decisões que reconheçam o dever de pagar quantia certa no novo CPC**. Salvador: JusPodivm, 2016.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos Fundamentais e a Proteção ao credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Jerry Brito, Andrea Castillo. **Bitcoin: a primer for policymakers**. Arlington: Mercatus Center at George Mason University, 2013.

JR., Fredie Didier. **Direito Processual Civil: Parte Geral e de Conhecimento**. 21. Ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

JR., Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual**. Vol. I. 59. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

JR., Nelson Nerry. **Princípios do Direito Processual na Constituição Federal**. 13. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

JÚNIOR, Fredie Didier *et al.* **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. 7. Ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

JÚNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 21. Ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

LEMOS, Vinícius Silva. **A concessão de medidas atípicas de efetividade de ordem judicial e o necessário diálogo com as normas fundamentais do CPC/15. Grandes Temas do Novo CPC/15.** Salvador: Juspodivm, 2018.

LUNARDI, Fabrício Castagna. **Curso de Direito Processual Civil.** 3. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARINONI, Guilherme, MITIDIERO, Daniel, ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Classificação das sentenças que dependem de execução. Temas Atuais da Execução Civil.** São Paulo: Saraiva, 2007.

NETO, Olavo de Oliveira. **Poder Geral de Coerção.** 2. Triagem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil.** Volume único. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do novo CPC.** São Paulo: Revista de Processo, v. 265, 2017.

ROQUE, André Vasconcelos. **Grandes temas do novo CPC – atipicidade dos meios executivos.** Coord. MINAMI, Marcos; TALAMINI, Eduardo (Org.). Salvador: Juspodivm, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 7. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2017.

SILVA, Ricardo Alexandre da. **Atipicidade dos meios executórios na efetivação das decisões que reconheçam o dever de pagar quantia certa no novo CPC.** Salvador: JusPodivm, 2016.

THAMAY, Rennan Faria. **Manual de Direito Processual Civil.** 2. Ed. E-book. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

VITORELLI, Edilson. **Atipicidade dos meios de execução no processo coletivo: busca de resultados sociais significativos.** Salvador: Juspodivm, 2018.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Brevíssimas considerações sobre as medidas indutivas e coercitivas nas obrigações de pagamento de quantia.** Florianópolis: Empório Direito, 2018.

ADIN 5941, Supremo Tribunal Federal, Relator(a): Ministro Luiz Fux.

Agravo de Instrumento 0712758-37.2019.8.07.0000, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Relator(a): Esdras Esteves, disponibilizado em 16/12/2019.

Agravo de Instrumento 0727013-63.2020.8.07.0000, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Relator(a): Sandoval Oliveira, disponibilizado em: 17/11/2020.

Agravo de Instrumento 2025805-57.2019.8.26.0000, Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator(a): Adilson de Araújo, data de disponibilização: 16/03/2019.

Agravo de Instrumento 2096609-79.2021.8.26.0000, Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator(a): Antonio Rigolin, data de disponibilização: 18/05/2021.

Agravo de Instrumento 2191101-97.2020.8.26.0000, Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator(a). Sérgio Shimura, data de disponibilização: 05/04/2021.

Agravo de Instrumento 2203937-39.2019.8.26.0000, Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator(a): L. G. Costa Wagner, data de disponibilização: 17/05/2020.

Agravo de Instrumento 0436441-71.2018.8.09.0000, Tribunal de Justiça de Goiás, Relator(a): Sandra Regina Teodoro Reis, data de disponibilização: 06/02/2019.

REsp 1.788.950/MT, Superior Tribunal de Justiça, Relator(a): Nancy Andrichi, disponibilizado em: 26/04/2019.

REsp 1.864.190/SP, Superior Tribunal de Justiça, Relator(a): Nancy Andrichi, disponibilizado em: 19/06/2020.

RHC 97.876/SP, Superior Tribunal de Justiça, Relator(a): Luis Felipe Salomão, disponibilizado em: 09/08/2018.

CAPACIDADE POLÍTICA E O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

BEATRIZ MACHADO GAMELEIRA: Pós-graduada em Direito Processual pela Universidade Tiradentes de Alagoas. Pós-graduada em Direito Tributário pela Damásio. Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes de Alagoas.

RESUMO: O presente artigo propõe analisar a mudança de paradigma da capacidade política de acordo com o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Isto porque a incapacidade civil absoluta, tratada constitucionalmente como hipótese de perda ou suspensão dos direitos políticos, não se estende as pessoas com deficiência. O Estatuto da Pessoa com Deficiência assegura a capacidade política plena a todas as pessoas com deficiência.

Palavras-chave: Capacidade Eleitora; Mudança de paradigma; Estatuto da Pessoa com Deficiência;

ABSTRACT: This article proposes to analyze the paradigm shift in police capacity according to the Statute of Persons with Disabilities. This is because absolute civil incapacity, constitutionally treated as a hypothesis of loss or suspension of political rights, does not extend to people with disabilities. The Statute of Persons with Disabilities ensures full political capacity for all persons with disabilities.

Keywords: Voting Capacity; Paradigm change; Statute of Persons with Disabilities.

INTRODUÇÃO

Os direitos políticos compõem a base do sistema democrático e asseguram a participação popular no processo político. Tais direitos incluem o direito de sufrágio universal que é exercido pelo voto livre, direto e de igual valor para todos.

Nesse trilhar, os direitos políticos compreendem não apenas o direito de votar como também o direito de ser votado. Tais direitos expressamente previstos na Constituição Federal, jamais podem ser cassados, mas podem ser objeto de perda ou suspensão.

Antes da entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, as pessoas com deficiência, a depender do grau da deficiência, poderiam ser enquadradas como absolutamente incapazes, e a partir daí poderiam perder ou ter seus direitos políticos suspensos conforme regra do inciso II do artigo 15 da Constituição Federal.

O presente artigo pretender analisar a mudança de paradigma da capacidade eleitoral introduzida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que assegura a capacidade civil e eleitoral plena às pessoas com deficiência.

1. SISTEMAS ELEITORAIS

A democracia no Brasil é exercida principalmente através do voto. Contudo, existem diversas formas de exercício da democracia a depender do método utilizado pelo Estado para escolha de seus representantes.

Nesse trilhar, necessário esclarecer que apesar de prevalecer a característica da representatividade, o sistema eleitoral brasileiro não considerado é exclusivamente representativo, pois o ordenamento jurídico dispõe de alguns instrumentos que demandam participação direta do cidadão na tomada de decisões políticas. Destacam-se entre eles o plebiscito, o referendo, o projeto de lei de iniciativa popular e a própria ação popular.

Vejamos o que dispõe o *caput* e incisos do artigo 14 da Constituição Federal:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.

A democracia brasileira é exercida pelo voto, que possui igual valor para todos, de forma que o sistema eleitoral assegura a representação das minorias. Fato é que a verdadeira democracia deve representar até mesmo as forças opositoras da gestão vitoriosa.

2. ENTENDENDO AS ELEIÇÕES MAJORITÁRIAS E PROPORCIONAIS

As eleições no Brasil são divididas em majoritária simples ou absoluta, proporcional de listas aberta ou fechada e distrital simples ou mista. As eleições majoritárias se caracterizam pela eleição do candidato mais votado. Já as eleições proporcionais leva em consideração o quociente partidário, enquanto que as eleições distritais são aplicadas na divisão do estado ou município em distritos.

A eleição majoritária é utilizada para escolha do presidente da república, do governador de estado ou Distrito Federal e dos prefeitos dos municípios com mais de 200

mil eleitores. Nesses casos, a eleição majoritária é absoluta, pois exige a votação de mais de 50 % dos votos válidos (excluindo-se os brancos e nulos) para eleger o candidato. Nos casos em que nenhum candidato obtenha mais de 50% dos votos válidos, o sistema majoritário absoluto dispõe sobre o segundo turno.

No sistema majoritário relativo vence o candidato que conquistar a maior quantidade de votos sem necessidade de alcançar o percentual de 50% dos votos válidos. Tal sistema é adotado para eleições de prefeitos em municípios com menos de 200 mil eleitores e também na eleição dos senadores.

As eleições proporcionais são adotadas para escolha de deputados federais, deputados estaduais, deputados distritais e vereadores que são eleitos de acordo com o sistema proporcional em lista aberta.

Aqui, os eleitores escolhem livremente seu candidato, que será eleito na medida em que o partido vá atingindo o quociente eleitoral (consideram-se os votos válidos que são divididos pela quantidade de vagas em disputa). Nesse sistema, não vence necessariamente aquele que alcançar sozinho maior número de votos, pois depende do quociente do partido.

O Brasil não adota o sistema proporcional de listas fechadas em que o responsável pela ordenação dos nomes dos candidatos é o próprio partido político.

Finalmente, no sistema distrital o estado ou município é dividido em distritos, elegendo-se os mais votados por distrito ou ainda o distrital misto em que uns são eleitos pelo distrito e outros pela lista geral.

Entendido brevemente o exercício da democracia no sistema eleitoral brasileiro, necessário esclarecer a participação das pessoas com deficiência no sistema democrático principalmente após os direitos assegurados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

3. CAPACIDADE POLÍTICA

A capacidade política é entendida como a aptidão de participar e integrar o poder, conferida pelo ordenamento jurídico ao indivíduo, para o exercício da cidadania. Desta forma, a aquisição da capacidade política possibilita o exercício dos direitos políticos pelo cidadão, englobando os direitos ao sufrágio universal de votar e também o direito de ser votado.

A Constituição Federal brasileira confere ao cidadão, em gozo dos direitos políticos por meio do alistamento eleitoral, a capacidade política. Tal capacidade possibilita que o

cidadão participe das eleições e confere legitimidade para propor ação popular, ingressar com projeto de iniciativa de lei e ser nomeado para cargo público ou entidade sindical.

O inciso I do parágrafo 1º do artigo 14 da Constituição estabelece que o alistamento eleitoral é obrigatório para os maiores de 18 anos. Já o inciso II do artigo 15 veda a cassação dos direitos políticos, mas permite a declaração da perda ou da suspensão de tais direitos para os absolutamente incapazes.

Nesse cenário, o Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou o regramento do Código Civil sobre a capacidade. Tal alteração impossibilita se falar em incapacidade da pessoas com deficiência, seja ela relativa ou absoluta, fato que interfere diretamente no estudo da capacidade política das pessoas com deficiência.

4. CAPACIDADE ELETORAL DE ACORDO COM O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O Estatuto da Pessoa com Deficiência é considerado um marco de grandes transformações sobre o tema da capacidade civil das pessoas. Tal norma, originária de um tratado internacional de Direitos Humanos, foi internalizada no ordenamento jurídico brasileiro de acordo com a regra do parágrafo 3º do art. 5º da Constituição Federal. Assim, possui *status* de emenda constitucional.

Antes da vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, as pessoas com deficiência estavam sujeitas ao instituto da interdição simplesmente pela sua condição, ficando impedidos de exercer plenamente os atos da vida civil. Tais pessoas eram consideradas absolutamente incapazes e, conforme previsão constitucional no art. 15, II, poderiam até perder ou ter seus direitos políticos suspensos.

O artigo 114 do Estatuto alterou o Código Civil para considerar como absolutamente incapazes apenas os menores de 16 anos e reconhecendo expressamente todos os direitos políticos da pessoa com deficiência nos termos do artigo.

Nesse sentido o Tribunal Superior Eleitoral, esclarece que de fato as urnas eletrônicas são preparadas para atender o deficiente visual ou a pessoa com deficiência auditiva.

Todas as urnas eletrônicas são preparadas para atender pessoas com deficiência visual. Além do sistema braile e da identificação da tecla número cinco nos teclados, os tribunais eleitorais disponibilizam fones de ouvido nas seções com acessibilidade e naquelas onde houver solicitação específica, para que o eleitor cego ou com deficiência visual receba sinais sonoros com indicação do número escolhido e retorno do nome do candidato em voz sintetizada. Antes

disso, é possível utilizar o alfabeto comum ou o braile para assinar o caderno de votação, ou assinalar as cédulas, se for o caso. Também é assegurado o uso de qualquer instrumento mecânico que portar ou lhe for fornecido pela mesa receptora de votos.¹²⁰

Mas e quando a pessoa com deficiência tem plena consciência política, exprime o desejo de votar, mas por questões de incapacidade física ou motora não tem condições de exercer tal direito?

Aí surge um conflito de normas, pois em que pese a Constituição Federal estabelecer no inciso II do parágrafo 4º do artigo 60 a impossibilidade de deliberação de proposta emenda tendente a abolir o voto direto, secreto, universal e periódico, o Estatuto da pessoa com deficiência preconizar a inclusão dos deficientes, para garantir todos os direitos políticos, prevendo, quando necessário o auxílio de outrem para exercício do direito ao voto conforme artigo 76, §1º, IV do Estatuto.

Art. 76. O poder público deve garantir à pessoa com deficiência todos os direitos políticos e a oportunidade de exercê-los em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º À pessoa com deficiência será assegurado o direito de votar e de ser votada, inclusive por meio das seguintes ações:

I - garantia de que os procedimentos, as instalações, os materiais e os equipamentos para votação sejam apropriados, acessíveis a todas as pessoas e de fácil compreensão e uso, sendo vedada a instalação de seções eleitorais exclusivas para a pessoa com deficiência;

II - incentivo à pessoa com deficiência a candidatar-se e a desempenhar quaisquer funções públicas em todos os níveis de governo, inclusive por meio do uso de novas tecnologias assistivas, quando apropriado;

III - garantia de que os pronunciamentos oficiais, a propaganda eleitoral obrigatória e os debates transmitidos pelas emissoras de televisão possuam, pelo menos, os recursos elencados no art. 67 desta Lei;

¹²⁰ Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: < <https://www.tse.jus.br/eleicoes/processo-eleitoral-brasileiro/votacao/acessibilidade-nas-eleicoes>>

IV - garantia do livre exercício do direito ao voto e, para tanto, sempre que necessário e a seu pedido, permissão para que a pessoa com deficiência seja auxiliada na votação por pessoa de sua escolha.

§ 2º O poder público promoverá a participação da pessoa com deficiência, inclusive quando institucionalizada, na condução das questões públicas, sem discriminação e em igualdade de oportunidades, observado o seguinte:

I - participação em organizações não governamentais relacionadas à vida pública e à política do País e em atividades e administração de partidos políticos;

II - formação de organizações para representar a pessoa com deficiência em todos os níveis;

III - participação da pessoa com deficiência em organizações que a representem. (grifo nosso)

Nesse contexto, questiona-se se seria possível o auxílio de terceiro para garantir o exercício dos direitos políticos aos deficientes. Poderia o auxiliador ou o curador acompanhar a pessoa com deficiência no momento do voto, ou, além disso, poderia o auxiliar votar pelo apoiado ou curatelado, nas hipóteses em que a pessoa tenha uma doença que de alguma forma a limite?

De acordo com o Tribunal Superior do Trabalho, o eleitor com deficiência pode sim contar com o auxílio de uma pessoa de sua confiança para até mesmo digitar os números da urna, desde que seja uma presença imprescindível de pessoa que não esteja a serviço da justiça eleitoral, de partido ou coligação.

O eleitor pode também contar com a ajuda de uma pessoa de sua confiança, a qual, caso seja autorizada pelo presidente da mesa receptora de votos, poderá acompanhá-lo, ingressando na cabina de votação e até mesmo digitar os números na urna. A condição é que a presença do acompanhante seja imprescindível para que a votação ocorra e que o escolhido não esteja a serviço da Justiça Eleitoral, de partido político ou de coligação.¹²¹

¹²¹ Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: < <https://www.tse.jus.br/eleicoes/processo-eleitoral-brasileiro/votacao/acessibilidade-nas-eleicoes> >

Lado outro, muito se questiona sobre a capacidade cognitiva de alguns deficientes, especialmente das pessoas com possuem patologias mentais graves, se estas teriam condições de efetivamente exercer seus direitos políticos.

Isto porque, apesar da revogação do inciso II do art. 1.767 do Código Civil, as pessoas com deficiência ainda podem ser interditados pelas regras dos incisos I, III e V e permaneceriam obrigadas a votar.

Reforça-se que o voto é, em regra, obrigatório para todas as pessoas maiores de 18 anos, incluindo até mesmo para as pessoas com deficiência mental grave. Nesse caso, o depender do grau de dificuldade no cumprimento da obrigação eleitoral, poderá a pessoa com deficiência requer a dispensa do voto que depende do deferimento do juiz.

O alistamento eleitoral e o voto são obrigatórios para todos eleitores com deficiência. Entretanto, o eleitor que possuir deficiência que torne impossível ou demasiadamente oneroso o cumprimento das obrigações eleitorais, poderá requerer ao juiz eleitoral a expedição de quitação eleitoral com prazo de validade indeterminado. Esse documento o isentará de multas e outras sanções aplicáveis ao eleitor que deixar de votar nas eleições oficiais. O requerimento dirigido ao juiz eleitoral deverá ser acompanhado de documentação comprobatória da deficiência, e poderá ser apresentado por representante legal ou procurador devidamente constituído. O pedido será analisado pelo Juiz e, apenas se deferida, abona a obrigatoriedade do voto para o solicitante e, por consequência, o isenta de multas e outras sanções aplicáveis ao eleitor que deixar de votar.¹²²

Essa dispensa, inclusive, pode ser concedida por tempo indeterminado, com a emissão da respectiva certidão de quitação eleitoral.

Concessão excepcional da dispensa de alistamento eleitoral e/ou do voto, por tempo indeterminado, a pessoas cuja deficiência impossibilite ou torne oneroso o cumprimento das obrigações

¹²² Tribunal Regional Eleitoral – MT. Disponível em: <<https://www.tre-mt.jus.br/eleitor/servicos-ao-eleitor/eleitor-com-deficiencia>>.

eleitorais, com a consequente emissão de certidão de quitação por tempo indeterminado.¹²³

Portanto, necessário ter em mente a finalidade constitucional para garantir que aqueles que não tiverem condições de exercer o voto diretamente e secretamente em razão da deficiência e que por conta disso não poderiam exercer o sufrágio universal já que o voto é direto e secreto (art. 14, CF), possam exercer amplamente seus direitos políticos.

CONCLUSÃO

As pessoas com deficiência possuem capacidade política tanto para votar como para serem votadas. As alterações jurídicas sobre a capacidade civil das pessoas com deficiência introduzidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência impactaram também no estudo dos direitos políticos.

A hipótese constitucional de perda ou suspensão dos direitos políticos em razão da incapacidade civil absoluta não mais se estende as pessoas com deficiência, pois atualmente o ordenamento prevê apenas uma causa de incapacidade civil absoluta para os menores de 16 anos.

Entretanto, algumas pessoas com deficiência necessitam de auxílio para exercerem atividades cotidianas. Nesse contexto, a norma constitucional que dispõe sobre o voto direto e secreto entraria em colisão com o direito ao auxílio da pessoa com deficiência.

Assim, necessário realizar uma interpretação conforme Constituição para assegurar que aqueles que não tiverem condições de exercer o voto diretamente e secretamente possam exercer amplamente seus direitos políticos e se for necessário que lhes seja concedido o auxílio para permitir o efetivo exercício da cidadania.

REFERÊNCIAS

Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: < <https://www.tse.jus.br/eleicoes/processo-eleitoral-brasileiro/votacao/acessibilidade-nas-eleicoes> >

Tribunal Regional Eleitoral – BA. Disponível em: <<https://www.tre-ba.jus.br/eleitor/cartas-de-servicos-ao-cidadao/primeiro-grau/pessoas-com-deficiencia>>

Tribunal Regional Eleitoral – MT. Disponível em: <<https://www.tre-mt.jus.br/eleitor/servicos-ao-eleitor/eleitor-com-deficiencia>>.

¹²³ Tribunal Regional Eleitoral – BA. Disponível em: <<https://www.tre-ba.jus.br/eleitor/cartas-de-servicos-ao-cidadao/primeiro-grau/pessoas-com-deficiencia>>

BREVE ANÁLISE DO PRAGMATISMO JURÍDICO E OS JULGAMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA AUTONOMIA DAS ENTIDADES DESPORTIVAS

ANDRÉ GALDEANO SIMÕES: Advogado atuando desde 2010 como Gerente Jurídico de Futebol do C.R. Flamengo, Mestrando em Direito Desportivo pela PUC/SP. Pós-Graduado em Direito Desportivo – Centro Universitário da Cidade/RJ e em Gestão Esportiva pelo Programa FGV/FIFA/CIES. Membro da Comissão de Direito Desportivo da OAB/RJ. Árbitro Desportivo do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA).

MARIANA BRAGA DIAS

(coautora)

FLÁVIA DE ALMEIDA DE OLIVEIRA ZANINI

(orientadora)

RESUMO: O pragmatismo norte-americano, como escola filosófica, no final do século XIX, surgiu como um método para encerrar intermináveis discussões metafísicas, com o objetivo de esclarecer conceitos e ideias. Essa corrente filosófica influenciou o nascimento do pragmatismo jurídico, apesar de não se confundirem. O pragmatismo jurídico, conforme Richard Posner, é apresentado como um método que pode ser adotado por juristas para alcançar o melhor resultado em um litígio, caracterizado pelo antifundacionalismo, contextualismo e consequencialismo. Por sua vez, o melhor resultado, na concepção da Análise Econômica do Direito, é aquela decisão mais eficiente de acordo com a lógica dos fundamentos da economia. A Constituição Federal da República de 1988, no artigo 217, assentou a autonomia das entidades desportivas. Ocorre que a extensão dessa prerrogativa foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) em três ocasiões no STF. Analisa-se os votos proferidos pelos ministros para analisar a sua aproximação com o pragmatismo jurídico. Nesse cenário, o objeto da nossa pesquisa é analisar e contrapor o pragmatismo jurídico, sob viés de Richard Posner, e a fundamentação das decisões do STF acerca da autonomia das entidades desportivas, com o fim de compreender os efeitos e as consequências da aplicação do pragmatismo jurídico. Palavras-chave: Pragmatismo. Pragmatismo Jurídico. Richard Posner. Autonomia das Entidades Desportivas. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade.

1) INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo refletir sobre os julgamentos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade pelo STF a respeito da autonomia das entidades desportivas sob a perspectiva do pragmatismo jurídico de Richard Posner, bem como analisar as possíveis consequências da abordagem pragmática no tema.

Inicialmente, é abordado o surgimento do pragmatismo filosófico, como escola filosófica nos Estados Unidos, e o pensamento de seus precursores Charles Peirce e William James, com o fim de desenvolver o tema ao pragmatismo jurídico.

Devido o pragmatismo jurídico possuir pensadores com concepções diversas, o presente artigo trata do pragmatismo jurídico de Richard Posner e a Análise Econômica do Direito proposta pelo jurista.

2) INTRODUÇÃO AO PRAGMATISMO FILOSÓFICO

A palavra pragmatismo vem do grego “prámatiké” que significa “conjunto de regras ou fórmulas que regulam as cerimônias oficiais ou religiosas”¹. Nesse viés, a compreensão do pragmatismo filosófico, a princípio, deveria ser reputada como a investigação de questões filosóficas através de determinadas regras ou fórmulas reguladoras.

Em 1870, em Cambridge, Massachusetts, um grupo de pensadores reuniam-se para debater assuntos relacionados à filosofia. “O Clube Metafísico” (The Methaphysical Club), como denominado pelo seus integrantes, que, por ironia, inflamava debates sobre o pragmatismo como método de superação da metafísica. Os encontros contavam com a presença de filósofos, psicólogos, advogados inclinados à filosofia, entre eles, os precursores do pragmatismo: Charles Sanders Peirce, William James e Oliver Wendell Holmes jr.

Louis Menand, professor americano, autor do livro “The Methaphysical Club”, aponta que o grupo era composto por pessoas que possuíam uma única ideia, ou seja, uma ideia sobre as ideias. Para os integrantes do grupo, as ideias não são objetos externos, à espera de serem descobertos pelo indivíduo, mas são garfos, como ferramentas, que os indivíduos planejam para enfrentar o mundo que apresenta-se a eles.

Em sentido contrário àqueles que conceituam o pragmatismo como teoria, James e Peirce compreendiam o pragmatismo como um método capaz de esclarecer conceitos, hipóteses e oposições. Desde de seus ensaios primários, havia um ponto de convergência entre os autores acerca do caráter do método do pragmatismo. Apesar de terem nuances distintas em suas abordagens individuais sobre o pragmatismo, eles assentavam que o pragmatismo é, de fato, um método.

Nessa esteira, James afirmava que o método pragmático é, primariamente, um método de assentar disputas metafísicas que, de outro modo, se estendem

interminavelmente". Assim, o pragmatismo era apresentado como método, e não uma mera teoria restrita ao campo de ideias e discussões, com objetivo de esclarecer palavras, conceitos, pensamentos, ideias, hipóteses, encerrando discussões intermináveis e improdutivas.

Charles Peirce, por seu turno, compreendia o pragmatismo como um método apto a esclarecer o significado de conceitos obscuros por meio da análise de suas consequências na conduta humana. Dessa maneira, a finalidade do pragmatismo seria a de "estabelecer um método de determinação dos significados para acabar com as controvérsias filosóficas, nas quais os contendores sustentam suas idéias através do uso de palavras idênticas com sentidos distintos ou indefinidos."

O que se procura, portanto, é um método que determine o significado real de qualquer conceito, doutrina, proposição, palavra ou outro signo. [...] Mas o pragmatismo não se propõe a dizer no que consiste os significados de todos os signos, mas, simplesmente, a estabelecer um método de determinação dos significados dos conceitos intelectuais, isto é, daqueles, a partir dos quais podem resultar raciocínios. [...] Ora, esta espécie de consideração, a saber, a de que certas linhas de conduta acarretarão certas espécies de experiências inevitáveis, é aquilo que se chama consideração prática (Peirce, 1990b, p. 193-195).

Verifica-se, nas obras de Peirce e James, uma rejeição comum ao dogmatismo e ceticismo, a busca pela superação de contendas metafísicas e epistemológicas, e a consideração das consequências empíricas. Essas características também encontram-se presentes no pragmatismo jurídico de Oliver Wendell Holmes, que considerava a realidade empírica (fator social) essencial para a interpretação do fenômeno jurídico, e censurava generalizações abstratas.

Outros pontos de familiaridade podem ser identificados nos ensaios de Peirce e James, bem como nas obras de outros filósofos que investigaram o pragmatismo. Isto significa, por consequência lógica, que há diferentes abordagens ao pragmatismo, mas que todos compartilham determinadas características centrais. Merece destaque as seguintes familiaridades entre os pensadores pragmáticos, vejamos:

Apesar de podermos identificar tantos pragmatismos quantos filósofos pragmatistas, todos eles compartilham certa familiaridade (*aire de familia*). Entre essas características vagamente compartilhadas, poderíamos destacar: a) a rejeição a Filosofia Moderna, encarnada de modo prototípico na figura de Descarte; b) a negação dos dualismos

próprio da modernidade (sujeito/objeto, mente/matéria, meios/fins, indivíduo/comunidade, etc.) como dicotomias reais; c) o impacto do evolucionismo e a aceitação de um universo potencialmente indeterminado; d) a extensão do espírito científico a outras ordens da experimentação, tais como a ética e a política; e) o falibilismo e o meliorismo como atitudes opostas ao ceticismo e ao quietismo; f) o pluralismo epistemológico; g) a investigação científica como empresa cooperativa e social; h) o estilo democrático da vida; e i) a ação humana como conduta teleológica orientada a fins. (NUBIOLA, J.; REDONDO, 2010, p. 929-930)

Frisa-se, por oportuno, que apesar da presença de familiaridades nos ensaios pragmáticos, não existe um único pragmatismo homogêneo. Os pragmatistas tratam de questões em comum, como a oposição às filosofias especulativas; uma revisão do empirismo; a superação da filosofia contemplativa pela racionalidade científica; a objeção ao ceticismo, bem como a formulação de uma nova concepção de verdade (SHOOK, 2007), no entanto há peculiaridades na abordagem de cada proponente.

No que se refere ao surgimento do método pragmático, insta mencionar, que as ideias pragmáticas discutidas no Clube Metafísico não são originais, levando em consideração a história da filosofia. Desde a Antiguidade, encontram-se resquícios da adoção da sistematização do pragmatismo como método por filósofos. Não há como afirmar, conseqüentemente, que o pragmatismo norte-americano surgiu sem influência de pensadores anteriores.

No que se refere à origem do método pragmático, James afirmou que já havia "precursores do pragmatismo" anteriores ao pensador norte-americano Peirce, conhecido como pai do pragmatismo. Em sua declaração, James faz referência ao Pitágoras como precursor do pragmatismo, no século V a.C. Mais adiante, filósofos da Grécia Antiga também utilizaram o método pragmático, como Sócrates e Aristóteles, incluindo, filósofos mais recentes, como Locke, Berkeley e Hume.

Dessa maneira, embora Peirce seja reconhecido como o pai do pragmatismo, as ideias pragmáticas são encontradas na história da filosofia desde a Antiguidade, apontando a um surgimento remoto, anterior ao Clube Metafísico. Corroborando com essa linha de pensamento, James, inclusive, incluiu o subtítulo "um novo nome para antigas maneiras de pensar" em seu livro "Pragmatismo".

Assim como Peirce e James admitiam, o pragmatismo filosófico difundido por eles não era um novo sistema filosófico, mas, sim, uma nova abordagem que atualizou e revitalizou esta sistemática já utilizada por outros filósofos. Nesta nova abordagem, o

pragmatismo é concebido sem dogmas e doutrinas, com exceção do método apresentado através da máxima pragmática, defendido por Peirce.

Na concepção de James, a recepção positiva do pragmatismo e o seu reconhecimento como método decorreu da predominância do temperamento empírico, no início do século XX. A sociedade americana pós-guerra civil, na fase do capitalismo monopolista, era um cenário favorável para o surgimento do pragmatismo. Esse período foi marcado pela separação entre a Igreja e o Estado, e pelo desenvolvimento da ciência e tecnologia.

A máxima pragmática, originalmente presente no ensaio “Como tornar nossas ideias claras” escrita por Peirce, em 1878, foi elaborada como uma máxima para esclarecer termos conceituais. Em seu ensaio, Peirce expõe como esclarecer as nossas ideias a fim de eliminar confusões intelectuais de natureza puramente formal.

Considerem-se quais efeitos, que poderiam concebivelmente ter consequências práticas, concebemos que tenha o objeto de nossa concepção. Então, nossa concepção desses efeitos é o todo de nossa concepção do objeto” [W 3: 266, 1878].

A influência da máxima pragmática é presente nos ensaios de Peirce, que assevera que “para desenvolver clareza perfeita em nossos pensamentos de um objeto, então, precisamos apenas considerar quais efeitos de um tipo prático concebível o objeto pode envolver - que sensações devemos esperar dele e que reações devemos preparar” (James 1920: 411-12).

Conclui-se, portanto, que o pragmatismo deve ser compreendido como um método. O método pragmatista possui um sistema de investigação lógica capaz de alinhar teoria e prática.

Conforme assentado por James, é possível encontrar resquícios da utilização do pragmatismo como método desde o século V a.C. No entanto, a corrente filosófica pragmática, como escola de pensamento, foi originada e consolidada apenas por volta de 1870, nos Estados Unidos da América.

Embora as ideias centrais do pragmatismo filosófico, como discutidas no Clube Metafísico com o uso do termo pragmatismo, tenham sido publicadas em “How to Make Our Ideas Clear” (Como tornar as nossas ideias claras) por Peirce, em 1878, o pensador norte-americano decidiu não incluir o termo nessa ocasião. Apenas décadas após este ensaio que o filósofo vincula as suas ideias pragmáticas com o termo “pragmatismo”.

Inclusive, o termo “pragmatismo”, referente ao seu conceito filosófico e não de uso rotineiro da época, foi incluído pela primeira vez no ensaio “Philosophical Conceptions and Practical Results”, de William James, em 1898. Logo após essa publicação, no ano seguinte, Peirce inclui pela primeira vez o termo pragmatismo em uma publicação de sua autoria, apesar de já ter discutido o princípio da máxima pragmática década atrás.

A razão pela qual Peirce evitou a utilização do termo “pragmatismo”, a priori, foi devido ao significado vinculada à palavra no inglês cotidiano, que era diametralmente oposto ao pragmatismo filosófico concebido por ele. Nessa época, anterior à ascensão da escola pragmática, o termo era utilizado para denominar uma pessoa intrometida, “*busybody*”.

2.2) O PRAGMATISMO DE CHARLES PEIRCE E WILLIAM JAMES

Segundo Wall, na análise do pragmatismo filosófico de Peirce, verifica-se dois períodos distintos em seu trabalho. O primeiro período é marcado pelo desenvolvimento do seu ensaio intitulado “Como tornar clara as nossas ideias”, e o segundo período é vinculado aos ensaios atribuídos a “Exemplificação da lógica da ciência”.

Charles Peirce, por acreditar na necessidade de uma relação entre a ciência e filosofia, formula o método pragmático como um método científico para a filosofia, ou seja, apto a conferir significado às ideias filosóficas numa perspectiva experimental. Dessa forma, o método pragmático funde o caráter científico, na investigação das opiniões a fim de estabelecer-lhes a verdade, e o caráter do pragmatismo, pela observação experimental do significado das ideias ou conceitos intelectuais.

No início de sua carreira, Peirce elabora o princípio da máxima pragmatista, que se torna um princípio influente no pragmatismo. A partir da concepção desse princípio, Peirce introduz a ponderação dos efeitos práticos do objeto da concepção para determinar o seu sentido.

Segundo Peirce, “para determinar o sentido de uma concepção intelectual devem-se considerar as consequências práticas pensáveis como resultantes necessariamente da verdade da concepção; e a soma dessas consequências constituirá o sentido total da concepção”.

O posicionamento de Peirce é contrário ao conhecimento intuitivo, o critério de significação desenvolvido por Peirce, ou seja, “o princípio do pragmatismo”, como conhecido por alguns, é formulado para “considerar quais consequências práticas poderiam concebivelmente resultar, necessariamente, da verdade dessa concepção”. Na perspectiva de Peirce, a sua doutrina pragmática é concebida exclusivamente como um método de determinação do significado.

Em seu ensaio “What Pragmatism Is” (O que é pragmatismo), publicado em 1905, Peirce adota o termo *pragmaticismo* para nomear a sua doutrina, desvinculando o termo pragmatismo de seus ensaios. A decisão de Peirce ao adotar uma nova nomenclatura é decorrente do termo pragmatismo estar sendo utilizado para nomear versões de pragmatismo opostas a sua interpretação.

Como busca de distinguir a sua doutrina das outras versões da época, Peirce designa *pragmaticismo* como o termo referente a sua concepção peculiar de pragmatismo. Na perspectiva de Peirce, a generalização do termo primordial afetava o sentido estrito do pragmatismo, aquele no qual ele concebeu a sua doutrina, e conseqüentemente compromete o entendimento de seu trabalho.

Para Peirce, em conclusão, a máxima pragmática é um critério de significação, não um critério de verdade. Por sua vez, em sentido oposto de Peirce, William James compreende o pragmatismo como um método e, também, como uma teoria da verdade.

Em seus primeiros ensaios, James introduz a filosofia pragmática como uma opção intermediária entre as vias extremas do racionalismo e empirismo, como uma forma de conciliar posições distintas. Em seguida, James passa a introduzir o pragmatismo como método e, também, como teoria da verdade. O método pragmático, na perspectiva de James, é designado como:

“um método de assentar disputas metafísicas que, de outro modo, se estenderiam interminavelmente. (...) O método pragmático nesses casos é tentar interpretar cada noção traçando as suas conseqüências práticas respectivas. Que diferença prática haveria para alguém se essa noção, de preferência àquela outra, fosse verdadeira? Se não pode ser traçada nenhuma diferença prática qualquer, então as alternativas significam praticamente a mesma coisa, e toda disputa é vã (James, 1979, p. 18).”

Na concepção jamesiana, o significado de verdade sofre influência da doutrina humanista, sendo compreendida como o que é vantajoso ao pensamento ou àquilo que fornece uma experiência satisfatória com a realidade, de tal forma que a vantagem e a satisfação estejam vinculadas ao que é útil, ao prático.

Nessa esteira, James concebe uma idéia como verdadeira instrumentalmente a partir do momento que o seu desempenho se demonstra mais satisfatório do que o de outras idéias na função de relacionar as partes de nossa experiência.

James amplia o sentido original do método pragmático, formulado por Peirce, ao descrevê-lo não somente como um método capaz de assentar debates metafísicos, mas, também, como uma "atitude de orientação" para "olhar além das primeiras coisas, dos princípios, das 'categorias', das supostas necessidades; e de procurar pelas últimas coisas, frutos, conseqüências, fatos".

3) O PRAGMATISMO JURÍDICO DE RICHARD POSNER

O pragmatismo é uma concepção filosófica, assim como o realismo científico, existencialismo, utilitarismo, e positivismo.

A conexão estabelecida entre pragmatismo filosófico e jurídico é que "a tendência da maioria das especulações filosóficas é abalar os pressupostos de uma pessoa, de modo que se ela for um juiz ou advogado lendo filosofia, é provável que ela sinta os pressupostos que definem sua mudança de cultura profissional abaixo dele. A filosofia, especialmente a filosofia do pragmatismo, incita à dúvida, e a dúvida incita à investigação, tornando o juiz menos dogmático, mais de pragmático, adjudicador".

Outro ponto em comum, que pode ser estabelecido, é que tanto a filosofia, teologia e Direito possuem estruturas conceituais semelhantes, de tal forma que enfrentam desafios em comum. Na concepção de Posner, o pragmatismo "exerce seu papel como desafiador cético da filosofia ortodoxa, encorajando uma visão céptica dos fundamentos da lei ortodoxa."

Segundo Posner, o pragmatismo jurídico não se confunde com o pragmatismo filosófico. Frisa-se que este não dita o pragmatismo jurídico, nem qualquer outro posicionamento jurisprudencial na resolução de um caso. Resta para o pragmatismo filosófico, então, uma espécie de papel de facilitador na construção de teorias pragmáticas do Direito, e não de uma aplicação primária ou direta.

Pode-se dizer que existem vários "pragmatismos", uma vez que "pragmatismo é um termo vago". Na Suprema Corte Americana, inclusive, vários juristas se identificaram com o pragmatismo, como Holmes, Brandeis, Powell, Douglas, Jackson, Frankfurter, Stevens, White, entre outros, cada qual com suas peculiaridades na abordagem.

Na perspectiva de Posner, o pragmatismo jurídico é sustentado por três pilares, a saber:

"O antifundacionalismo (rejeição de qualquer critério ou fundamento último, estático e definitivo para qualquer teoria ou argumento), contextualismo (por enfatizar o papel da experiência humana, com suas crenças tradições e ideais no resultado de qualquer investigação científica ou filosófica) e consequencialismo (expresso na ideia de que

a escolha entre diversas interpretações e explicações de fenômenos deve ser feita a partir de suas respectivas consequências práticas – o que leva a uma atividade empiricista e experimentalista)”

O antifundamentalismo, característica presente no pragmatismo jurídico, demonstra-se no posicionamento do juiz pragmático que ele deve examinar todos os materiais e argumentos legais que podem ser levados em consideração no caso. De acordo com essa premissa, Posner conclui que “se o raciocínio jurídico for modestamente definido como raciocínio com referência a materiais jurídicos distintos, como estatutos e doutrinas legais e às preocupações tradicionais da lei, por exemplo (...) então ele deve ser um ingrediente de toda decisão jurídica.” (POSNER)

Observa Posner, no ponto de vista contextualista, que o juiz convencional não questiona as suas premissas ou convicções. Por consequência disso, o juiz convencional não investigará se o seu posicionamento jurídico é errôneo, pois não há um reconhecimento da possibilidade de estar errado. A abordagem pragmática vai em desencontro com crenças, uma vez que “a dúvida é uma disposição que o pragmatismo encoraja, precisamente para estimular a investigação.”

No que tange o antifundamentalismo, a diferença entre um juiz pragmático e um juiz positivista está presente no fato deste acreditar que o sistema jurídico é apenas um sistema de regras construídos pelos legisladores, e o seu papel fundamental é meramente aplicá-las; enquanto o juiz pragmatista, leva em consideração a decisão que produzirá melhor resultado no futuro, esteja na lei ou não, conforme Posner explana:

“Primeiro está centralmente preocupado em assegurar a consistência com promulgações passadas, enquanto o segundo está preocupado em assegurar a consistência com o passado apenas na medida em que tal consistência possa acontecer para produzir os melhores resultados para o futuro”.

Sob o entendimento de Posner, o “positivista judicial” é caracterizado por crer que a lei positivada é descritivamente exata, ou seja, o significado da lei se esgota no direito positivo, assim como este também parte da premissa que o direito positivo é fundamento imperioso na tomada de decisões judiciais. Nesse sentido, o juiz positivista não reconheceria direitos ou obrigações que não fossem previstas no direito positivo.

Durante a atividade de julgador, o positivista judicial começaria a analisar um caso segundo as leis positivadas, estatuto, regulamentos administrativos, disposições constitucionais, e terminaria o ofício na mesma fonte. Assim como sugerido por Dworkin,

um juiz que não é pragmatista tem o dever de assegurar uma coerência lógica com o sistema de decisões legais passadas.

Em sentido oposto, o juiz pragmático não tem como prioridade na resolução de litígio manter uma coerência com precedentes passados. Para o juiz pragmático, portanto, a prioridade é alcançar a melhor decisão tendo em vista as necessidades presentes e futuras. Os precedentes passados não são um fim em si mesmo para o juiz pragmático, mas, sim, como uma das fontes disponíveis para chegar ao melhor resultado no caso presente.

Um exemplo citado pelo Posner para elucidar a diferença entre a abordagem pragmática e positivista em julgamentos retoma a quando o petróleo e gás se tornaram comercialmente valiosos; surgindo discussões legais se eles deveriam ser tratados como os outros recursos móveis, como animais selvagens, os quais os direitos estavam subordinados ao indivíduo tê-los como propriedade, ou como "terra", cuja a propriedade pode ser obtida através de um registro público, sem necessidade da posse física.

Posner aponta¹²⁴ e explica a diferença de abordagem de julgamento nesse caso, da seguinte forma:

Um positivista judicial que foi questionado se apenas os direitos de posse deveriam ser reconhecidos em petróleo e gás provavelmente começaria com os casos sobre direitos de propriedade em animais selvagens e consideraria se petróleo e gás são suficientes "como" para justificar a subsunção destes minerais sob o conceito legal de *ferae naturae*, significando que apenas os direitos de propriedade obtidos pela posse seriam aplicados. O juiz pragmático estaria mais inclinado a começar com os ensinamentos dos economistas de recursos naturais e engenheiros de petróleo e gás, a usar seus conselhos especializados para decidir qual regime de direitos de propriedade (posse ou título) produziria os melhores resultados quando aplicado ao petróleo e gás, e só então examinar os casos de animais selvagens e outros vínculos de autor para ver se eles poderiam bloquear, por operação da doutrina do *stare decisis*, a decisão que seria melhor para a exploração de petróleo e gás.

Nessas abordagens de julgamento antagonistas, verifica-se que os julgadores darão maior peso para figuras distintas. Enquanto o positivista tem como maior relevância às autoridades para a sua elaboração de argumentos jurídicos e tomada de decisão, o

124

https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2818&context=journal_articles

pragmático inicia e termina a sua atividade decisória dando maior importância aos fatos. Uma crítica aos juízes pragmatistas é que eles exercem o papel de legislativo, o qual não cabe a eles. Posner explica que na realidade, os juízes pragmatistas são “um tipo de legislador diferente de um legislador”. Em um caso concreto, o juiz analisará se deve aplicar a lei positivada sem modificá-la, aplicar a lei positivada e modificá-la, ou criar e aplicar uma “nova regra”.

Durante o processo decisório, o juiz pragmático será guiado pelo objetivo de decidir o que produzirá os melhores resultados. Para alcançar a melhor escolha, ele terá que fazer mais do que consultar precedentes, constituição, regulamentos, tratados jurídicos, e outros materiais jurídicos ortodoxos.

Embora Posner defenda a abordagem do pragmatismo jurídico, o jurista norte-americano não menospreza os perigos da abordagem. De fato, para ele, os indivíduos podem se sentir confiantemente certos sobre um tópico, e estarem errados. Um juiz considerado sábio por Posner é aquele que “tentará verificar suas convicções contra as de alguma comunidade de opinião mais ampla”.

Portanto, os pragmáticos não compartilham do mesmo pensamento dos positivistas e formalistas de que o Direito é adstrito a leis. Nota-se que os juízes pragmáticos possuem um ponto de convergência, entretanto, como mencionado acima, não possuem um estilo de julgamento único.

Dentro do pragmatismo jurídico, há diferentes traços no processo de julgamento de cada um, conforme Posner elucida¹²⁵:

Um juiz pragmático, portanto, não precisa ser reconhecido por um estilo distinto de julgamento. O que seria distintivo seria que o estilo (de pensar - ele poderia decidir encapsular seus pensamentos em retórica positivista ou formalista) não devia nada a idéias sobre a natureza da lei ou o dever moral de obedecer a decisões passadas ou algum outro fundamento não-pragmático de atitudes judiciais. Da mesma forma, deixo em aberto os critérios para os “melhores resultados” pelos quais o juiz pragmático está se esforçando. Eles não são o melhor para o caso particular sem considerar as implicações para outros casos. O pragmatismo não nos dirá o que é melhor, mas, desde que haja um justo grau de consenso de valor entre os juízes, como eu

125

https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2818&context=journal_articles

acho que ainda existe neste país, ele pode ajudar os juízes a buscar os melhores resultados sem ser prejudicado por dúvidas filosóficas.

3.1) BREVE CONSIDERAÇÕES SOBRE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DE RICHARD POSNER

A análise econômica do Direito (AED) é um movimento que surgiu na Universidade de Chicago, entre 1940 e 1950, sob forte influência do economista Aaron Director, um defensor da liberdade e economia de livre mercado. Desempenhando seu papel de professor, Aaron oferecia insights em discussões legais ao aplicar os métodos científicos da economia, incluindo estatística e Teoria de Preços. Dentre os juristas influenciados pela AED, Richard Posner, juiz federal, se tornou um dos principais mentores do movimento.

Em 1973, Richard Posner publica o ensaio "Economic Analysis of Law" (Análise Econômica do Direito), que ganhou atenção geral da academia de Direito norte-americana. Na perspectiva doutrinária, o ensaio de Posner gerou controvérsia sobre a avaliação das normas jurídicas, devido a sua afirmação que a *common law* era e deveria ser eficiente.

No prefácio da segunda edição de seu livro, Posner destaca a aceitação do movimento pela academia, ao afirmar que "a literatura sobre a aplicação da economia ao direito cresceu substancialmente e como resultado, a primeira edição agora está desatualizada." Nesta edição, Posner incorpora a literatura mais recente de Direito com a economia, incluindo debates recentes sobre contratos, direito de propriedade, direito corporativo, direito de família, direito bancário, entre outros.

Na parte II do livro, Posner afirma que a *common law* pode ser compreendida "como um esforço para atribuir custos à violação de princípios morais - princípios que sugerimos operar para aumentar a eficiência do mercado econômico". Logo, é possível conciliar as interpretações econômicas e morais da *common law*.

Nessa esteira, quando o jurista norte-americano assevera ser possível extrair princípios jurídicos da teoria econômica, Posner justifica que a vantagem do uso da economia na educação jurídica é que ela desafia os estudantes de direito a estudarem a doutrina jurídica de forma mais analítica do que tradicionalmente feito nas faculdades de Direito. Além disso, a perspectiva econômica pode desempenhar um papel mais útil a doutrina jurídica, do que um estudo sem finalidade levando em consideração fragmentos históricos e casos relevantes.

Nessa obra, Posner utiliza a economia como base para formular uma teoria explicativa (descritiva) dos institutos jurídicos, a partir da premissa que institutos jurídicos podem ser explicados a partir de sua eficiência, equivalente a lógica da perseguição da maximização da riqueza da ciência econômica.

Posner também elabora uma teoria normativa, a qual compreende que as previsões legais e suas respectivas sanções afetam o comportamento dos indivíduos, devendo ser apontada a norma jurídica mais eficiente de acordo com os pressupostos econômicos.

Para compreender a metodologia desenvolvida pela Análise Econômica do Direito, é necessário entender os três fundamentos principais da economia que Posner selecionou como base para a teoria. Assim, o princípio fundamental da economia do qual surgem os três conceitos fundamentais é a premissa de que "o homem é um maximizador racional de seus objetivos na vida".

Os três principais fundamentos da economia, que sustentam a teoria da Análise Econômica do Direito, formulada pelo Richard Posner, são: 1) a lei da demanda (há uma relação inversa entre o preço cobrado e a quantidade demandada); 2) o conceito de custo (o custo para o economista é o 'custo de oportunidade', que pode ser compreendido como benefício sacrificado ao se empregar um recurso de maneira que não possa mais ser utilizado por outro indivíduo); 3) eficiência econômica (refere-se a tendência do recurso ser usado onde o seu "valor"¹ é considerado mais alto, o que traduz a eficiência).

Com base nos três princípios fundamentais supramencionados, Posner propõe uma teoria jurídica que utiliza a lógica econômica de operação de mercados livres como uma ferramenta para descritiva e normativa para facilitar a análise e investigação do ordenamento jurídico e suas instituições.

Na perspectiva de Posner, o mercado econômico opera de forma semelhante ao sistema legal. Assim como o mercado econômico, o sistema jurídico é visto como um processo competitivo em que a busca pelo interesse próprio proporciona a alocação de recursos de forma eficiente.

Portanto, a teoria proposta por Posner recomenda a utilização de teorias da economia, com base no pressuposto de maximização de riqueza, para ser alcançado o máximo de eficiência possível na escolha judicial, como critério objetivo para o julgador preencher a lacuna existente na margem de sua discricionariedade.

4. OS JULGAMENTOS DO STF A RESPEITO DA AUTONOMIA DAS ENTIDADES DESPORTIVAS

O constituinte originário estabeleceu no artigo 217 da CRFB/88 o dever estatal de fomento ao desporto. Em seu inciso I, em seguida, é assentado que este dever estatal deve ser efetivado com respeito à autonomia das entidades desportivas, in verbis:

Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:

I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;

O Supremo Tribunal Federal, órgão responsável pela “guarda da Constituição”, apreciou demandas envolvendo a autonomia das entidades desportivas, prevista no artigo 217 da CRFB/88, em Ações Diretas de Inconstitucionalidades, a saber: a ADI 3.0453 julgada em 2005, ADI 2.9374 , julgada em 2012, e a ADI 5.450, julgada em 2019.

4.1. O JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.045

A Corte Suprema apreciou pela primeira vez uma ADI acerca da autonomia das entidades desportivas em 2005. A ADI 3.045 sob a relatoria do ministro Celso de Mello é a primeira referência para o debate sobre o tema.

O Partido Democrático Trabalhista (PDT) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal para ser declarada inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do caput e do parágrafo primeiro (§1º) da Lei Federal nº 10.406/02, o Código Civil Brasileiro.

A fundamentação do autor da ação defende que a autonomia organizacional conferida pela Constituição da República afasta as disposições do Código Civil, que limitam o seu exercício de autonomia. O disposto no artigo 59, caput, e seu parágrafo único do Código Civil, ao conferir às assembleias gerais das associações a competência privativa para eleger e destituir administradores, bem como ao estabelecer um quorum para determinadas deliberações administrativas, afrontaria a norma constitucional que garante a autonomia organizacional e administrativa das entidades desportivas. O artigo impugnado pela ação traz a seguinte disposição:

Art. 59. Compete privativamente à assembléia geral:

I - eleger os administradores;

II - destituir os administradores;

III - aprovar as contas;

IV - alterar o estatuto.

Parágrafo único. Para as deliberações a que se referem os incisos II e IV é exigido o voto concorde de dois terços dos presentes à assembléia especialmente convocada para esse fim, não podendo ela

deliberar, em primeira convocação, sem a maioria absoluta dos associados, ou com menos de um terço nas convocações seguintes.

Segundo o proponente, o artigo 59 do Código Civil também violaria outras garantias constitucionais previstas, além do artigo 217. Em sua fundamentação, o autor aponta que o dispositivo do Código Civil esbarraria contra a garantia constitucional da liberdade de associação previsto nos incisos XVII e XXI, do artigo 5º, da Constituição Federal, a saber:

“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:

XVII - **é plena a liberdade de associação para fins lícitos**, vedada a de caráter paramilitar;

XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;”(Grifou-se)

O posicionamento legal defendido pelo PDT, na ação direta, foi ressaltado também pela REBRAJ (Rede Brasileira de Entidades Assistenciais Filantrópicas), que ingressou na demanda através da figura de Amicus curiae. Nesse sentido, a Rede defendeu que o artigo 59 do Código Civil Brasileiro “transgredir o postulado constitucional que assegura a liberdade de associação e que protege as associações de ingerência estatal”.

No julgamento da referida ADI, sob a relatoria do ministro Celso de Mello, foi discutida a extensão da autonomia constitucional conferida às entidades desportivas. Em seu voto, o ministro relator julgou improcedente a ADI, ratificando a constitucionalidade total do artigo do Código Civil impugnado na ação. No que pese a autonomia constitucional conferida pela constituição às entidades desportivas, segundo o ministro Celso de Mello, esta não é absoluta, não se confundindo com soberania. Desta forma, as entidades autônomas, incluindo às entidades desportivas, devem se submeter às cláusulas gerais estatais.

“O legislador constituinte brasileiro, por isso mesmo – pretendendo assegurar e incentivar a participação efetiva das referidas associações no âmbito do desporto nacional – conferiu-lhes um grau de autonomia que propicia, a tais entes, especial prerrogativa jurídica consistente no prevalecimento de sua própria vontade, em tema de definição de sua estrutura organizacional e de seu interno

funcionamento, embora tais entidades estejam sujeitas às normas gerais fundadas na legislação emanada do Estado, eis que a noção de autonomia, ainda que de extração constitucional, não se revela absoluta, nem tem a extensão e o conteúdo inerentes ao conceito de soberania e de independência.”

Frisa-se que o Código Civil ao legislar sobre matéria concernente às associações, estabelece uma regra geral para todos os tipos de associações. Nas palavras do Ministro Celso de Mello, “a autonomia prevista no inciso I do artigo 217 do texto constitucional não confere às associações desportivas o livre arbítrio de impor suas próprias regras primárias, cada qual à sua maneira, possibilitando, até mesmo, a criação de tipos associativos amórficos.”.

Neste sentido, o artigo 59 do Código Civil é considerado uma regra-matriz definida pelo Poder Público, mediante legislação específica, para estabelecer parâmetros no exercício da autonomia associativa, ou seja, essa regra elucida “em que medida, em quem extensão e sob quais condições a prerrogativa jurídica da autonomia poderá ser validamente exercida.”

No que tange a alegação das normas previstas no Código Civil ferirem o princípio da liberdade de associação, no artigo 5º, XVII e XXI, da Constituição Federal, o ministro esclarece que esse “não é um valor absoluto em si mesmo”, não possuindo condão de afastar o poder regulatório geral do Estado. Conforme o ministro relator, “tal postulado, na verdade, não conferiu às associações a prerrogativa de agir à revelia dos princípios jurídicos inscritos nas leis e, especialmente, na própria Constituição da República. O grau de autonomia concedido ao ente associativo sequer priva o Estado de exercer as competências que o ordenamento constitucional lhe outorgou.”

Em seguida, o julgamento da ADI foi interrompido, devido ao requerimento pela vista dos autos, pelo ministro Gilmar Mendes, após o voto do ministro relator. Com o pedido de vista dos autos, o julgamento foi interrompido por volta de seis meses, a partir de 15 de dezembro de 2004, retomando em 10 de agosto do ano seguinte. Nesse ínterim de intervalo do julgamento da ADI, a Lei Federal nº 11.127, decorrente de Medida Provisória, foi aprovada pelo Congresso Nacional. O conteúdo da Lei Federal nº 11.127 suscitou alteração de diversos artigos do Código Civil, alterando substancialmente, inclusive, o artigo 59, objeto da ADI 3.045. Destaca-se a modificação trazida pela lei federal no artigo 59, do Código Civil, abaixo:

“Art. 59. Compete privativamente à assembléia geral:

I - destituir os administradores;

II - alterar o estatuto.

Parágrafo único. Para as deliberações a que se referem os incisos I e II deste artigo é exigido deliberação da assembléia especialmente convocada para esse fim, **cujo quorum será o estabelecido no estatuto, bem como os critérios de eleição dos administradores” (Grifou-se)**

Verifica-se, comparando o artigo 59 do Código Civil antes e depois da alteração da Lei Federal nº 11.127/05, que o novo parágrafo confere autonomia para as associações deliberarem de acordo com o quórum e critérios estabelecidos em seu estatuto. Na previsão antecedente do artigo, era determinado o quórum mínimo e o modo de serem realizadas as deliberações pelas associações, o que fomentava discussões acerca de um conflito com o princípio da liberdade de associação prevista na Constituição Federal. (“Parágrafo único. Para as deliberações a que se referem os incisos II e IV é exigido o voto concorde de dois terços dos presentes à assembléia especialmente convocada para esse fim, não podendo ela deliberar, em primeira convocação, sem a maioria absoluta dos associados, ou com menos de um terço nas convocações seguintes.”).

Com a aprovação da Lei Federal nº 11.127/05, o conflito suscitado entre a previsão do Código Civil, que, segundo o autor da ação, atacava a autonomia das entidades desportivas, e a Constituição Federal, deixou de estar presente no ordenamento jurídico. Em virtude disso, na última sessão de julgamento, em dez de agosto de 2015, o ministro Gilmar Mendes, entendeu que houve a perda superveniente do objeto da ação, votando neste sentido. Os demais ministros acompanharam o voto do Gilmar Mendes, que entenderam também que julgaram prejudicada a ação, devido à ocorrência da perda do objeto.

4.2. O JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.937

O Partido Progressista (PP) propôs uma Ação Direta de Inconstitucionalidade em oposição à Lei Federal nº 10.671/03, o popular Estatuto do Torcedor, sob a relatoria do Ministro Cezar Peluso. Na ação ajuizada, o autor alega que os dispositivos impugnados da lei (artigos 8º, I, 9º, §5º, I e II e §4º, 11, caput e §§1º,2º,3º,4º,5º e 6º, 12, 19, 30, § único, 32, caput e §§ 1º e 2º, 33, § único, II e III e 37, caput, I e II, §1º e inc. II e §3º) contrariam preconceitos constitucionais, devendo ser declarados inconstitucionais por conta de sua incompatibilidade vertical com a Constituição Federal da República.

Em síntese, o Partido Progressista fundamentou o seu pedido sob os seguintes argumentos:

(1) Artigo 24, IX e §1º: A competência legislativa exclusiva da União no que diz respeito ao desporto nacional não seria ampla e restrita, pois essa competência é relativa à elaboração de “normas gerais” a respeito da temática. Verifica-se que a Lei Federal nº 10.671/03 ao determinar minúcias e pormenores teria ido em desencontro com a noção de “normas gerais”. Dessa forma, devido a caráter detalhista de dispositivos previstos na Lei do Torcedor, estes afrontam o artigo 24, IX e §1º da Constituição Federal;(3) Artigo 217, I: o referido artigo constitucional conferiria às entidades desportivas autonomia em seu “funcionamento e organização”, o que impediria a presença de leis que interferisse nessa autogestão; as entidades desportivas, como entes de direito privado, estariam sendo submetidas a um intervencionismo estatal indevido e inconstitucional. O relator do caso foi o Ministro Cezar Peluso, cujo voto foi acompanhado por todos os demais ministros e;

(2) Artigo 217, I: A autonomia desportiva, assegurada às associações e entidades desportivas dirigentes, garante autonomia em seu “funcionamento e organização”, de forma a afastar leis que reduzissem a sua autonomia em questões internas da administração esportiva. Nesse sentido, os dispositivos impugnados do estatuto do torcedor estariam limitando a autonomia, garantia constitucional e cláusulas pétreas, assegurada às entidades desportivas, configurando-se um intervencionismo estatal indevido e inconstitucional.

(3) Artigo 5º, XX, XVII, XVIII, LIV, LV, LVII, §2º: Há, ainda, segundo o autor, a previsão indevida de formas de dupla-sanção, nos artigos 19 e 37 do estatuto do torcedor. A Lei Federal nº 10.671/03 prevê uma penalidade vinculada à responsabilidade solidária em casos de prejuízo ao torcedor, e, também, a destituição ou suspensão do dirigente, caracterizando uma dupla pena por um mesmo ato. Além disso, a previsão do afastamento compulsório dos diferentes também são incompatíveis com as garantias constitucionais, uma vez que vislumbra-se uma clara afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório e presunção de inocência.

No julgamento realizado em 23 de fevereiro de 2012, o ministro Cezar Peluso, relator da ADI, proferiu o seu voto, analisando cada um dos aspectos inconstitucionais suscitados pela parte autora, votando pela improcedência da ADI. Devido a discussão deste artigo científico ser acerca da autonomia das entidades desportivas, será apenas analisado os fundamentos legais de sua decisão levando em consideração este princípio, devida a sua relevância ao tema proposto.

No que tange à autonomia das entidades desportivas, o Ministro frisa que nenhum direito, garantia ou prerrogativa possui caráter absoluto. Nessa esteira, não é possível

compreender o princípio da autonomia das entidades desportivas de forma absolutamente irrestrita.

No voto do ministro relator, é ressaltado que o esporte deve ser concebido como um direito individual constitucionalmente garantido, de forma que “não se me afigurando viável interpretar o caput do artigo 217 - que consagra o direito de cada um ao esporte - à margem e com abstração do inciso I, onde consta a autonomia das entidades desportivas.”

Segundo o ministro Cezar Peluso, “na medida em que se define e compreende como objeto de direito do cidadão, o esporte emerge aí, com nitidez, na condição de bem jurídico tutelado pelo ordenamento, em relação ao qual a autonomia das entidades é mero instrumento de concretização, que, como tal, se assujeita àquele primado normativo.”

Assevera o Ministro Cezar Peluso, que a submissão das associações e entidades desportivas às legislações infraconstitucionais não deve ser interpretada como uma imposição que afronta a sua autonomia, mas, sim, uma exigência devido ao prestígio e da garantia do direito ao desporto, constitucionalmente reconhecido.

Em síntese, o relator decidiu pela improcedência da ADI, em sua totalidade, ratificando a constitucionalidade completa da Lei 10.671/03, o Estatuto do Torcedor.

Em seguida, os demais ministros presentes ao julgamento, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ayres Britto, Gilmar Mendes e Celso de Mello, acompanharam o voto do ministro relator em sua integralidade.

Após o curso de sete anos, entre o julgamento da primeira ADI referente a extensão da autonomia das entidades desportivas, o julgamento da ADI 2.937 consolidou o entendimento jurisprudencial de que a autonomia desportiva concedida pela Constituição Federal em seu artigo 217, I, não deve ser compreendida como uma garantia de caráter absoluto e irrestrito. Portanto, as autonomias desportivas, em que pese terem autonomia organizacional e administrativa, devem respeitar as normas gerais.

4.3. O JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.450

O Partido Humanista da Solidariedade – PHS – e pelo Sindicato Nacional das Associações de Futebol Profissional e suas Entidades Estaduais de Administração e Ligas ajuizaram uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo , em face dos arts. 5º, II, IV, e V, e parágrafo único; 19, III; 24; 25; 26; 27; 38; e 40, todos da Lei 13.155/2015, a qual determina princípios e diretrizes de práticas de

responsabilidade fiscal e financeira e de gestão transparente e democrática para entidades desportivas profissionais de futebol.

O requerimento de declaração de inconstitucionalidade de diversos dispositivos da Lei 13.155/2015 é feito sob o argumento de que os dispositivos impugnados interferem indevidamente em aspectos “interna corporis das entidades desportivas”, e principalmente nas entidades desportivas que não adotaram a prática de parcelamento de débitos tributários no âmbito do Programa de Modernização da Gestão e de Responsabilidade Fiscal do Futebol Brasileiro – “PROFUT.

Novamente, a Suprema Corte é provocada para decidir a respeito da autonomia garantida a entidades desportivas, prevista no art. 217, I, da Constituição Federal. Discute-se, em síntese, a possibilidade da intervenção estatal, por meio de sua inovação legislativa, impor práticas a serem seguidas pelas associações de desporto profissional, que se materializam na lei impugnada da seguinte forma: (a) exigência de modificação dos estatutos dos clubes, com a prescrição de penalidades pelo inadimplemento de débitos tributários (art. 5º, II e IV, e parágrafo único); (b) previsão de requisição de informações e documentos a toda e qualquer entidade desportiva profissional (art. 19); (c) estabelecimento do conceito de gestão irregular ou temerária, com a previsão de suas sanções judiciais e administrativas aos dirigentes que incorrem nessas práticas (arts. 24, 25, 26 e 27); (d) interferência no colégio eleitoral dos clubes (art. 38, que altera a Lei 9.615/1998, popularmente conhecida como Lei Pelé); e (e) examinar, como critério técnico para habilitação de entidade de prática desportiva, o atendimento a requisitos de natureza fiscal – apresentação de Certidão Negativa de Débitos (art. 40).

Além da alegação da inconstitucionalidade das previsões contidas na lei pela violação ao princípio da autonomia das entidades desportivas, também é apontado que o artigo 40 da lei debatida também estaria impondo condições e penalidades que violam a razoabilidade e proporcionalidade, por estabelecer requisitos fora da esfera do caráter técnico. Segundo os requerentes, a sanção imposta pelo descumprimento do requisito teria natureza política, sob o argumento que: (a) restringe a atividade econômica; (b) impossibilita a discussão do débito; (c) não confere discricionariedade na escolha à adesão da medida imposta; e (d) está conforme o interesse do erário. Dessa forma, esses dispositivos também violariam o artigo 5º, incisos XIII e LIV, e o artigo 170, parágrafo único, ambos da Constituição Federal.

No julgamento da ADI 5.450, sob relatoria do ministro Alexandre Moraes, é destacado em seu voto, o entendimento já consolidado na Corte Suprema, que a autonomia das entidades, prevista no art. 217, I, da CF, “não se trata de soberania ou independência, nem se coloca acima do poder de regramento pela legislação competente”.

Na discussão da referida ADI, a questão envolvendo a autonomia das entidades desportiva se manifesta em torno da possibilidade de uma regulação mais acentuada nas atividades dos clubes de futebol profissional e entidades desportivas, consubstanciado na exigência de boas práticas de gestão com o objetivo de assegurar a transparência e o saneamento da situação fiscal e financeira dessas entidades.

Pondera-se, no voto do ministro, que a situação de endividamento enfrentada pelos clubes brasileiros de futebol profissional traz à tona discussões sobre possíveis práticas de gestão não profissionais e até mesmo a ausência de idoneidade. Assim, a concessão de um tratamento fiscal mais benéfico para as entidades aderentes ao PROFUT, prevista na supramencionada lei, apresenta-se como uma forma de promover a melhoria do padrão de gestão de futebol profissional no Brasil, respeitando a Constituição Federal.

O Ministro Alexandre de Moraes, em seu voto, destaca que a atividade desempenhada pelas entidades desportivas é de interesse público e social. Nesse sentido, as exigências dos dispositivos da Lei 13.155/2015 referente a boa gestão e transparência das entidades desportivas, não se apresenta como “uma intervenção arbitrária na autonomia das entidades desportivas, mas o consectário de um regime de cooperação entre o Poder Público e as entidades privadas.”

Por fim, o ministro relator entende que o art. 40 da Lei 13.155/2015, que estabelece a apresentação de Certidão Negativa de Débitos como critério técnico para habilitação da entidade de prática desportiva, prevendo, inclusive, o rebaixamento de divisão às agremiações que não cumprirem os requisitos, é uma clara violação à constituição federal.

Segundo o relator, o descenso à divisão inferior restringe a própria atividade desportiva exercida pelo clube profissional, comprometendo inclusive a sua capacidade econômica de adimplemento da obrigação tributária, mesmo daqueles clubes e entidades que não aderirem ao PROFUT. Nessa última hipótese, a inconstitucionalidade se coloca de forma mais intensa, pois tais clubes (não aderentes ao PROFUT) estariam submetidos a regime mais gravoso de exação fiscal, sem os bônus proporcionados pelo parcelamento e redução do montante de débitos fiscais”.

Em suma, por unanimidade, os ministros acompanharam o voto do relator pela parcial procedência do pedido da ADI, assentando a inconstitucionalidade o artigo 40 da Lei nº 13.155/2015, na parte em que alterou o artigo 10, parágrafos 1º, 3º e 5º, da Lei nº 10.671/2003, mantendo-se a vigência dos demais dispositivos impugnados, devido a sua compatibilidade com o texto constitucional.

4. A CONTRAPOSIÇÃO DAS DECISÕES DO STF ACERCA DA AUTONOMIA DAS ENTIDADES DESPORTIVAS E O PRAGMATISMO JURÍDICO DE RICHARD POSNER

Nos julgamentos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, analisadas anteriormente, a Suprema Corte decidiu questões referentes à autonomia das entidades desportiva, a partir da compreensão, em síntese, de que princípios constitucionais possuem caráter relativo, em um eventual conflito, e a necessidade de avaliação, com base nos princípios e garantias constitucionais, de intervenção legislativa estatal, e a sua adequação a razoabilidade e justiça.

Destaca-se o voto do Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADI 3.405, que elaborou seu argumento jurídico com base no poder normativo do Estado, responsável por estabelecer regras gerais de Direito, de forma a impor condições de validade para o exercício da prerrogativa jurídica de autonomia. Abaixo um trecho do argumento presente em seu voto:

“Mesmo reconhecendo-se que as entidades desportivas qualificam-se, constitucionalmente, como núcleos de emanção do poder normativo, não dispõem elas, contudo, de imunidade à incidência de regras jurídicas que o Estado venha a traçar em caráter geral, pois não se pode despojar o Estado da prerrogativa de desenhar um modelo a que tais entes devam ajustar-se, quando no exercício dessa relativa liberdade decisório que possuem, sempre condicionada às prescrições resultantes da legislação estatal.”

Na fundamentação do poder decisório, os ministros utilizam como fundamento precípua os princípios da Constituição Federal, os quais possuem um caráter valorativo (critério axiológicos), e analisam a demanda a partir de uma interpretação sistemática, que investiga o espírito da norma a partir de uma coerência do ordenamento do ordenamento jurídico.

Em outras palavras, no julgamento das ações diretas, os ministros ponderaram sobre o princípio da autonomia das entidades desportivas, previsto na constituição, bem como o seu significado em coerência com as outras normas infraconstitucionais, como o Código Civil, Estatuto do Torcedor, e PROFUT.

Numa abordagem pragmática, sob viés de Richard Posner, a fonte central de dedução para elaboração da argumentação jurídica não seria nos princípios constitucionais, como demonstrado nos votos dos ministros do STF. Um dos motivos, para os anti fundamentalistas, é o fato dos princípios poderem ser interpretados de diversas maneiras, de forma que este se demonstra como um método contestável para tomada de decisões.

Em contrapartida, os juristas pragmáticos também analisariam as normas constitucionais e infraconstitucionais para a resolução de um caso. No entanto, o

juízo não se reduziria às fontes clássicas do Direito, também sendo levado, igualmente, em consideração fontes externas, como a legislação de outros países acerca da autonomia das entidades desportivas, e os resultados empíricos na tomada de determinada decisão.

No julgamento da ADI 5.450, o relator Ministro Alexandre de Moraes, em seu voto, justifica a sua decisão levando em consideração os efeitos empíricos positivos dos dispositivos infraconstitucionais que determinam práticas de boa gestão e transparência a serem seguidas pelas entidades desportivas, uma vez que os clubes brasileiros de futebol passam por grande endividamento na indústria. Destaca-se, abaixo, o voto do relator neste sentido:

É de conhecimento público o nível alarmante de endividamento dos clubes brasileiros de futebol profissional, que é associado a práticas de gestão não profissionais, ou mesmo de idoneidade questionável. A prática do futebol profissional, além de estar associado a uma especial proteção conferida pela Constituição (desporto, lazer e cultura), cumpre uma inegável função social junto a amplo segmento da sociedade brasileira, por sua expressão econômica, gerando emprego e renda, mas sobretudo pelo papel que exerce na identidade e cultura do povo brasileiro.

Apesar do relator apreciar os efeitos de sua decisão, que é um dos elementos presentes no método pragmatista, a abordagem pragmatista de Richard Posner, com a aplicação instrumental da Análise Econômica do Direito, afastaria da análise os aspectos valorativos, como identidade e cultura, e investigaria os efeitos da decisão a partir dos fundamentos da economia, com prevalência do empirismo.

Em outras palavras, a decisão a respeito da extensão da autonomia das entidades desportivas seria vinculada a avaliação da melhor decisão capaz de maximizar a riqueza social. Assim, a extensão da autonomia desportiva seria auferida sob o viés da racionalidade econômica, de auferição de custo e benefício, para analisar as suas consequências.

5. CONCLUSÃO

Em um sistema jurídico norteado por princípios, como o ordenamento jurídico brasileiro, a abordagem pragmatista, sob viés de Richard Posner, pode ser encarada como uma quebra no paradigma integral, uma vez que o pragmatismo rejeita a adoção de valores metafísicos, até mesmo normas constitucionais positivadas, como determinantes para a tomada de uma decisão judicial.

Além disso, por conta do pragmatismo jurídico não ser um método proposto com o fim de manter uma lógica nas decisões judiciais presentes com as anteriores, mas, sim, como um método capaz de auferir a decisão que alcance o melhor resultado, essa abordagem pode sacrificar o princípio da “segurança jurídica” para privilegiar a materialização da justiça, e dar uma resposta judicial mais eficiente a litígios.

Nessa esteira, as decisões do STF a respeito da extensão da autonomia das entidades desportivas são tomadas com pressupostos contrários a abordagem pragmática de Richard Posner, que tem como característica o antifundamentalismo, o contextualismo, e o consequencialismo.

Assim, a adoção da Análise Econômica do Direito, para a interpretação da autonomia das entidades desportivas com o objetivo de alcançar eficiência econômica típica do neoliberalismo, poderia levar a tomada de decisões que não seriam alinhadas, necessariamente, aos valores constitucionalmente previstos, embora tenham o condão de resultar em decisões mais eficientes, com custo e benefício aferíveis.

Conclui-se que, a utilização das teorias da economia pelo poder judiciário como ferramentas no Direito para alcançar a máxima eficiência nas decisões, poderia sistematizar o raciocínio da perspectiva econômica (neoliberalismo) em decisões relacionados ao desporto, ignorando valores prestigiados no futebol, como a dignidade da pessoa humana, cultura, identidade nacional, propulsor de ascensão social.

6. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ARAÚJO, Clarice Von Oertzen; ALVES, Pedro Spíndola Bezerra (Org.). Reflexões sobre o pragmatismo filosófico e jurídico: escritos do Professor George Browne. Curitiba: CRV, 2019.

Catão, Adrualdo. Estudos sobre Pragmatismo Jurídico. Meraki, 2020.

POSNER, Richard A. How judges think. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

_____. Law, pragmatism and democracy. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

Posner, Richard A. Legal Pragmatism Defended . University of Chicago Law School. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5939&context=journal_articles. Acesso em: Outubro/2021.

Posner, Richard A. Pragmatic Adjudication. University of Chicago Law School. Disponível em:

https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2818&context=journal_articles. Acesso em: Outubro/2021.

De WALL, Cornelis - Sobre Pragmatismo Cap1,2,6.Compressed. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/407606108/De-WALL-Cornelis-Sobre-Pragmatismo-Cap1-2-6-Compressed>. Acesso em: Setembro/2021.

Solove, Daniel J. Sullivan, Michael. Can Pragmatism Be Radical? Richard Posner and Legal Pragmatism. The Yale Law Journal. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=4885&context=yj>. Acesso em: Outubro/2021.

Minda, Gary. Richard A. Posner and the Economic Analysis of Law. The Lawyer – Economist at Chicago, 1978. Acesso em: Outubro/2021.

Butler, Brian. Legal Pragmatism: Banal or Beneficial as a Jurisprudential Position?. The University of North Carolina at Asheville, 2002. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/48857054.pdf>. Acesso em: Outubro/2021.

LAUDA, Bruno Bolson. A Análise Econômica do Direito: uma dimensão da crematística no Direito. Revista eletrônica do curso de Direito UFSM, v. 4. N. 1. 2009. Acesso em: Outubro/2021.

<https://plato.stanford.edu/entries/legal-econanalysis/>. Acesso em: Novembro/2021.

<https://plato.stanford.edu/entries/pragmatism/>. Acesso em: Setembro/2021.

Nascimento, Edna Maria. Pragmatismo: Uma filosofia da ação. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/Redescricoes/article/view/15278>. Acesso em: Setembro/2021/

Silva, Heraldo A. Pragmatismo, narrativas conflitantes e pluralismo. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2978471>. Acesso em: Setembro/2021/

Leal, Fernando. Juízes pragmáticos são necessariamente juízes ativistas. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br>. Acesso em: Setembro/2021/

Heinen, Luana R. A Análise Econômica do Direito de Richard Posner e os pressupostos irrealistas da economia neoclássica. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=991c0955da231335>. Acesso em: Outubro/2021.

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752469466>.
Acesso em: Novembro/2021.

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346326>. Acesso
em: Novembro/2021.

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2086302>. Acesso
em: Novembro/2021

CAUSALIDADE NORMATIVA: A IMPUTAÇÃO DO RESULTADO NATURALÍSTICO EM UM CONTEXTO DE SUPOSTA SUPERAÇÃO DO TIPO OBJETIVO FINALISTA

IGOR CÉSAR SAMPAIO DE CASTRO:
Bacharelado em Direito pela
Universidade de Gurupi (UnirG).

MARCO ANTÔNIO ALVES BEZERRA¹²⁶

(orientador)

Resumo: Sabe-se que a aferição da causalidade física (relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado naturalístico produzido) é indispensável ao estudo do fato típico, no que diz respeito aos delitos materiais. Nesse sentido, consagrou o Código Penal na segunda parte do art. 13 a chamada Teoria da Equivalência dos Antecedentes, que considera como causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Em que pese o esforço dos autores finalistas para adequarem essa teoria aos novos contornos da imputação, parcela da doutrina moderna, vinculada ao funcionalismo penal, entende pela insuficiência da sua análise da dimensão do tipo objetivo, ainda que acrescida de elementos subjetivos (dolo e culpa). Dessa forma, o presente artigo pretende explorar a evolução da relação de causalidade e a recepção da teoria da imputação objetiva na doutrina penal brasileira.

Palavras-chave: Causalidade. Imputação Objetiva. Resultado Naturalístico. Funcionalismo Penal. Finalismo Penal.

Keywords: Causality. Objective Imputation. End Result. Finalist Theory. Function of the Criminal Law.

Abstract: It is known that the examination of the physical causality (cause and effect relationship between conduct and end result) is indispensable for the verification of the criminal fact. On that subject, the Brazilian penal code linked itself to the equivalence theory, which considers as the cause of the crime the action or omission without which the result would not have occurred. Despite the efforts of the finalist authors to adjust this theory to the advances of imputation, some modern authors, linked to the Claus Roxin's theory, understands the insufficiency of his analysis of the dimension of the objective type, although added with subjective elements (deceit and guilt). Thus, the present article

¹²⁶ Procurador de Justiça do MPTO. Mestre em Direito Público pela UFRGS. Professor de Direito Penal na Universidade de Gurupi (UnirG).

intends to analyze the evolution of the causality relationship and the reception of the objective imputation in brazilian penal doctrine.

Sumário: Materiais, métodos e proposta. Introdução. 1. Tipo Legal Finalista. 2. Teoria da Equivalência dos Antecedentes. 3. Causalidade Normativa. 4. Causalidade Normativa no Direito Privado. Apontamentos Finais. Referências.

Materiais, métodos e proposta

A ideia para este artigo surgiu durante os estudos de Teoria do Crime, notadamente da relação de causalidade. Foi percebido o quão controversas são as teorias que versam a respeito da imputação do resultado no âmbito dos delitos materiais e, diante disso, surgiu o interesse em discorrer acerca deste assunto. Fato é que vivemos em um momento de transição, não só no Direito Penal, mas em todo o ordenamento jurídico – o avanço da tecnologia tem tornado a sociedade cada vez mais complexa, o que vem exigindo novos tratos por parte do *homo sapiens sapiens*.

As relações humanas modernas devem ser analisadas com muita cautela, caso a caso, não se admitindo mais que o ser humano seja objeto de estudo, mas ponto de partida. Diante disso, verificamos no Direito um fenômeno de “desabstrativização”, isto é, tem-se retirado o foco do abstrato e direcionado ao caso concreto, às particularidades (há no Direito Penal, inclusive, inúmeras críticas acerca da permanência do uso do critério do “homem médio”, que não seria razoável no critério de imputação).

A proposta deste artigo é analisar a evolução da relação de causalidade ao longo do desenvolvimento do modelo tripartido de crime, bem como a recepção da teoria da imputação objetiva pela jurisprudência brasileira e pela doutrina nacional.

Para a confecção deste artigo, fez-se uso de ampla pesquisa doutrinária e jurisprudencial. Em um primeiro momento, foram separados livros e artigos jurídicos de relevância que fizessem referência ao tema proposto. Posteriormente, procedeu-se a um juízo de necessidade e adequação, a partir da absorção dos conteúdos e gerenciamento das informações para que fossem abalizadas conforme o exposto a seguir.

Introdução

A relação de causalidade pode ser compreendida como o vínculo existente entre a conduta e o resultado naturalístico, isto é, a ação ou inação que provoca um resultado apto a modificar o mundo exterior.

No atual contexto da Teoria do Delito, o estudo do resultado não costuma ocupar muitas páginas nos cursos e manuais de Direito Penal. Há, como ensina André Estefam (2018), duas teorias que debatem a sua conceituação para fins penais: a) teoria naturalística, segundo a qual o resultado é a modificação do mundo exterior provocada

pela ação ou omissão; e b) teoria jurídica, que considera o resultado como sendo a lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal (ESTEFAM, 2018).

Fala-se, portanto, em duas espécies de resultado: naturalístico e jurídico. Nesse ponto, a doutrina costuma indagar acerca da possibilidade de existência de um crime sem resultado.

Com precisão, o supracitado autor responde que não há crime sem resultado jurídico. Isto é, a constatação do injusto depende de uma lesão ou de uma ameaça de lesão real a um bem jurídico. Ausente a mera probabilidade de dano ao bem jurídico tutelado, ainda que esteja preenchida a tipicidade formal, estaremos diante de um fato materialmente atípico.

Por outro lado, é possível que exista um crime sem resultado naturalístico, como é o caso dos delitos de simples atividade ou de mera conduta. Importante lembrar que o resultado naturalístico é previsto nos crimes materiais e formais, mas só condiciona a consumação daqueles.

Diferente do que ocorre com o resultado, a conduta costuma ganhar papel de destaque no estudo da teoria do delito, inaugurando o entendimento do fato típico. Assim, para compreender a relação de causalidade é indispensável que seja feita prévia análise do que se entende por conduta.

Juarez Cirino dos Santos (2014) leciona que, na linha do sistema tripartido de fato punível, a dogmática penal conhece três modelos sucessivos: clássico, neoclássico e finalista.

Para o modelo clássico, concebido principalmente por Franz von Liszt, Ernst von Beling e Gustav Radbruch, a conduta era entendida como o movimento corporal causador de um resultado no mundo exterior.

Adotava-se, conforme o magistério de ESTEFAM (2018), a teoria causal ou naturalista da ação, apresentando a ação como inervação muscular, produzida por energias de um impulso cerebral, que provoca modificações no mundo exterior.

Posteriormente, o modelo clássico, de base positivista e embasado na metodologia aplicada às ciências naturais, cedeu espaço ao modelo neoclássico, encampado por Reinhart Frank e Edmund Mezger.

Para os adeptos dessa corrente, como explica Juarez Cirino dos Santos (2014), a conduta deixa de ser naturalista (centrada exclusivamente na relação de causa e efeito) para assumir uma carga valorativa, sendo redefinida como comportamento humano voluntário.

O sistema neoclássico diverge do anterior, em primeiro lugar, por seu aporte filosófico. Enquanto os clássicos tinham inspiração no positivismo de Auguste Comte, os neoclássicos se viram grandemente influenciados pelo neokantismo e pela filosofia de valores.

O neokantismo, diferentemente do naturalismo (filosofia inspiradora do sistema clássico), procurou dar fundamento autônomo às ciências humanas (em vez de submetê-las ao ideal de exatidão das ciências naturais).

Para o neokantismo, a peculiaridade das ciências humanas reside em que a realidade deve ser referida com base nos valores supremos de cada ciência (ESTEFAM, 2018).

Por fim, em 1931, através da publicação do trabalho intitulado “Causalidade e Omissão”, Hans Welzel inaugura o modelo finalista, adotado pela Parte Geral do Código Penal brasileiro. Nesse momento, a conduta passa a ser compreendida como o agir finalístico.

A ação humana é exercício de atividade final ou, como objetivação da subjetividade, realização do propósito: o homem pode, em certos limites, por causa do saber causal, controlar os acontecimentos e dirigir a ação para determinados fins, conforme um plano. A ação final compreende a proposição do fim, a escolha dos meios de ação necessários e a realização da ação no mundo real (SANTOS, 2014).

Sobre o conceito de conduta no modelo finalista, Rogério Greco (2016) ensina que o homem, quando atua, seja fazendo ou deixando de fazer alguma coisa a que estava obrigado, dirige a sua conduta sempre à determinada finalidade, que pode ser lícita ou ilícita.

Quando o fim é ilícito e o agente tem vontade consciente, estamos diante do dolo; quando o fim é lícito e, por excesso ou descuido, sobrevém resultado lesivo, verificamos a culpa.

Do vínculo existente entre a conduta e o resultado naturalístico surge um dos temas que provoca acalorados debates acadêmicos em matéria de ciências criminais, que é objeto desse trabalho: a relação de causalidade.

1. Tipo legal finalista

Superada a análise do conceito de conduta nos três modelos de fato punível, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, faz-se necessário à compreensão da evolução da causalidade que se entenda o conceito de tipo.

Com o brilhantismo que lhe é peculiar, Cleber Masson (2020) explica que tipo penal é o modelo genérico e abstrato, formulado pela lei penal, descritivo da conduta criminosa ou da conduta permitida. O tipo penal, ele ressalva, não é somente incriminador, mas também permissivo.

Juarez Cirino dos Santos (2014) afirma que o conceito de tipo foi introduzido na dogmática penal por Ludwig von Beling, e se subdivide em três espécies:

- a) tipo legal, descritivo da conduta proibida;
- b) tipo de injusto, compreende a ação não justificada; e
- c) tipo de garantia, que realiza funções político-criminais.

Ensina o supramencionado autor que, no seu surgimento, o tipo não trouxe qualquer carga valorativa, era puramente objetivo (tipo objetivo). Posteriormente, FISCHER e MAYER descobrem elementos subjetivos e demonstram que o tipo legal pode depender do psiquismo do autor.

André Estefam (2018) aponta que Jimenez de Asúa defendia que os tipos penais deveriam ser, em regra, objetivos, razão por que os chamava de tipos normais. Os tipos penais que possuíam apenas elementos objetivos eram chamados de tipos normais, ao passo que aqueles que descreviam elementos subjetivos (como o fim especial de agir), eram tidos como anormais.

É de ver, contudo, que é criticável a classificação de Asúa, porquanto todo tipo de crime doloso possui um elemento subjetivo implícito: o dolo e, nos crimes culposos, um elemento normativo tácito: a culpa.

Pelo critério do autor, então, não existiriam tipos normais, senão anormais, já que dolo e culpa (diante da negação da responsabilidade penal objetiva) encontram-se presentes em todas as construções típicas do Direito Penal (ESTEFAM, 2018).

Com o advento do finalismo, tornou-se impossível sustentar a existência de um tipo puramente objetivo. Como a principal contribuição do finalismo, na esteira do que nos ensina Juarez Tavares (2018), foi a transferência do dolo e da culpa, antes situados na culpabilidade, para o interior da conduta, integrando o fato típico, já não é mais possível conceber o fato típico desprovido do dolo natural, que passou a ser elemento subjetivo do tipo.

Para os finalistas, portanto, todo tipo penal é anormal, tornando despicienda essa classificação.

2. Teoria da Equivalência dos Antecedentes

Pela teoria da equivalência dos antecedentes causais, de von Buri, adotada pelo nosso Código Penal, considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Isso significa que todos os fatos que antecedem o resultado se equivalem, desde que indispensáveis à sua ocorrência. Verifica-se se o fato antecedente é causa do resultado por meio de uma eliminação hipotética.

Se, suprimindo mentalmente o fato, vier a ocorrer uma modificação no resultado, é sinal de que aquele é causa deste último (GRECO, 2016).

A expressão dessa teoria foi consagrada pelo Código Penal brasileiro no seu art. 13. Parcela da doutrina questiona se o vocábulo “resultado” se refere ao resultado jurídico ou ao naturalístico.

Ronaldo Tanus Madeira apud Rogério Greco leciona que, por ser limitado aos delitos materiais, o nexa causal não tem sentido em relação aos delitos de simples atividade, bem como aos omissivos próprios.

Assim, o vocábulo em comento refere-se apenas ao resultado naturalístico, entendido como aquele que modifica o mundo exterior.

Como consta do magistério de Cleber Masson (2020), contra essa teoria foram endereçadas algumas críticas. A principal delas consistiria na circunstância de ser uma teoria cega, porque possibilitaria uma regressão ao infinito (regressus ad infinitum).

Como todo antecedente se equivale, poderiam até mesmo os pais do agente serem responsabilizados pelo seu comportamento desviado.

Respondendo às críticas, os adeptos do finalismo penal argumentam que o ingresso do acontecimento na relação de causalidade não se sujeita apenas a uma mera dependência física.

Não basta a relação de causa e efeito. Exige-se ainda, além da causalidade física, o causalismo psíquico. Ou seja, reclama-se a presença do dolo ou da culpa por parte do agente em relação ao resultado. Isso porque no finalismo a ausência de dolo ou culpa torna o fato atípico (MASSON, 2020).

Para o modelo clássico, no conceito causal de ação, aquele que, durante o sono, movimentava o seu braço inconscientemente e atinge o rosto de terceiro, causando lesão corporal leve, pratica uma conduta relevante para o Direito Penal.

Na visão finalista, por sua vez, ausente o dolo e a culpa no desempenho da ação, não se pode falar em conduta relevante. Tem-se, portanto, um fato atípico.

Para o finalismo penal, não basta que o movimento corporal do agente tenha contribuído para causar um resultado naturalístico. Exige-se que esse movimento tenha se dirigido a um fim, lícito ou ilícito. Se a ação não foi querida, involuntária, não se enquadra no conceito de conduta.

Quem bem define a causa, de acordo com o finalismo penal, é Heleno Cláudio Fragoso apud Rogério Greco: “causa é todo antecedente que não pode ser suprimido in mente, sem afetar o resultado”.

3. Causalidade normativa

Nas lições de Cleber Masson (2020), no modelo clássico, como já foi assinalado, o tipo possuía apenas elementos objetivos, representados pela relação de causalidade.

Visando solucionar o problema proporcionado pela teoria da equivalência, que dificultava a aferição da causa por permitir o regresso ao infinito, os funcionalistas propuseram a limitação pelos elementos subjetivos.

Assim, a cadeia causal deveria ser interrompida no instante em que não houvesse mais dolo ou culpa por parte do agente. Surge, assim, o tipo subjetivo.

O tipo penal, que era puramente objetivo no modelo clássico, tornou-se complexo, pois passou a conjugar elementos objetivos e subjetivos.

Além do especial fim de agir contido nas descrições típicas, todo tipo penal passou a trazer em seu bojo um elemento subjetivo relacionado à conduta (dolo ou culpa).

Com o surgimento do funcionalismo penal, os adeptos dessa corrente, animados pela teoria da imputação objetiva, argumentaram que o finalismo, ao limitar o tipo objetivo à relação de causalidade, de acordo com a teoria da equivalência dos antecedentes causais, não resolve todos os problemas inerentes à imputação (MASSON, 2020).

Com o intuito de espancar qualquer dúvida, Cléber Masson (2020) nos traz o exemplo elaborado por Claus Roxin:

“Imaginemos que ‘A’ venda heroína a ‘B’. Os dois sabem que a injeção de certa quantidade de tóxico gera perigo de vida, mas assumem o risco de que a morte ocorra. ‘A’ o faz porque o que lhe interessa é principalmente o dinheiro, e ‘B’, por considerar sua vida já estragada e só suportável sob o estado de entorpecimento. Deve ‘A’ ser punido por homicídio cometido com dolo eventual, na hipótese de ‘B’ realmente injetar em si o tóxico e, em decorrência disso, morrer? A causalidade de ‘A’ para a morte de ‘B’, bem como seu dolo eventual, encontra-se fora de dúvida. Se considerarmos a causalidade suficiente para a realização do tipo objetivo, teremos que concluir pela punição”.

Dessarte, para resolver o caso narrado, entre outros sem solução possível pelo modelo finalista, a teoria da imputação objetiva insere duas novas elementares no tipo objetivo, que deixa de ser só causalidade (MASSON, 2020).

O tipo objetivo, que para o finalismo se limita à relação de causalidade, complementado pelo tipo subjetivo (dolo e culpa), passa a conter, além da causalidade, a criação de um risco proibido e a realização do risco no resultado.

Com o surgimento da teoria da imputação objetiva, a preocupação não é, à primeira vista, saber se o agente atuou efetivamente com dolo ou culpa no caso concreto.

O problema se coloca antes dessa aferição, ou seja, se o resultado previsto na parte objetiva do tipo pode ou não ser imputado ao agente.

O estudo da imputação objetiva, dentro do tipo penal complexo, acontece antes mesmo da análise dos seus elementos subjetivos (dolo e culpa), pois, segundo Roxin, “a tarefa primária da imputação ao tipo objetivo é fornecer as circunstâncias que fazem de uma causação (como o limite máximo da possível imputação) uma ação típica, ou seja, que transformam, por exemplo, a causação de uma morte em homicídio; se uma tal ação de matar também deve ser imputada ao tipo subjetivo, considerando-se dolosa, isto será examinado mais adiante” (GRECO, 2016).

Rogério Greco ainda afirma que essa teoria surge com a finalidade de limitar o alcance da chamada teoria da equivalência dos antecedentes causais, sem, contudo, abrir mão desta última.

Por intermédio dela, deixa-se de lado a observação de uma relação de causalidade puramente material, para se valorar outra, de natureza jurídica, normativa.

A causalidade, que em um primeiro momento foi puramente natural (relação causa e efeito), ganhou um caráter subjetivo com o finalismo e desenvolveu-se ao ponto de adquirir feição normativa; esta, diferentemente daquela, não é adida ao tipo objetivo, mas o integra.

Paulo Queiroz, apud Rogério Greco, arremata que a teoria da imputação objetiva não consiste propriamente em imputar o resultado, e sim em delimitar o alcance do tipo objetivo, constituindo, na verdade, mais uma teoria da “não imputação” do que “da imputação”.

Funcionaria, no seu escólio, mais como um corretivo aplicado ao modo como a relação de causalidade vem sendo tratada pelo finalismo penal, bem como uma exigência geral da realização típica, com a adoção de critérios essencialmente normativos.

No magistério de Cléber Masson (2020), a imputação do resultado na perspectiva de aplicação da teoria da imputação objetiva deve observar a criação ou o aumento de um risco proibido pelo direito que se realiza no resultado.

Com a sua conduta, deve o agente ter criado ou contribuído para o aumento de um risco real, razão por que, como a doutrina sempre exemplifica, e é o exemplo que nos traz CAPEZ (2020), o genro que compra uma passagem de avião para a sogra e torce para que

o avião caia, e ele realmente cai, não pode ter a ele imputado o resultado ocorrido, a menos que soubesse que a situação efetivamente ocorreria.

Ao comprar uma passagem aérea, não se cria um risco relevante, pois ainda que a viagem submeta os passageiros a uma situação de risco, este não é considerado proibido pelo direito, sendo, portanto, um risco tolerado.

Com a expertise que lhe é comum, Juarez Cirino dos Santos (2014):

“A imputação objetiva do resultado consiste na atribuição do resultado de lesão do bem jurídico ao autor, como obra dele. A imputação (objetiva) do resultado é analisada em dois momentos: primeiro, a criação de risco para o bem jurídico pela ação do autor; segundo, a realização do risco criado pela ação do autor no resultado de lesão do bem jurídico. Em regra, a relação de causalidade entre ação e resultado representa realização do risco criado pela ação do autor e constitui fundamento suficiente para atribuir o resultado ao autor, como obra dele; o resultado também é atribuído ao autor na hipótese de desvios causais acidentais que, na verdade, ampliam o risco de lesão do bem jurídico”.

4. Causalidade Normativa no Direito Privado

É sabido que o Direito Civil é berço dos principais conceitos utilizados no ordenamento jurídico. Como leciona Gabriel Habib (2018), o segredo para uma boa compreensão do Direito Penal é, antes de tudo, uma boa compreensão do Direito Civil – vez que ele é a regra, pois o Direito Penal funciona como o executor de reserva para quando existe a necessidade de uma proteção mais ostensiva do bem jurídico.

Reputa-se relevante traçar as distinções e semelhanças no trato da responsabilidade em matéria civil e criminal.

Em seu magistério, Daniel Carnacchioni (2021) explica que, no período clássico, a responsabilidade civil muito se assemelhou à criminal. Hoje objetivada e de cariz reparatório, a responsabilidade privada já acolheu o subjetivismo e deu ênfase à punição do ofensor (*punitive damage*).

A distinção começa com a tendência de objetivação da responsabilidade no campo cível. A partir do seu desenvolvimento, a responsabilidade extracontratual, aquela que decorre da violação de um dever genérico a todos imposto (dever objetivo de cuidado – *neminem laedere*), passou a ter origem na lei e no risco.

Os casos em que a lei prevê a responsabilidade independentemente da aferição de qualquer elemento subjetivo estão nos arts. 924 a 954 do Diploma cível. Essas situações eram anteriormente trabalhadas pela doutrina como típicos casos de culpa presumida, o que no Direito Penal seria o equivalente aos crimes omissivos impróprios.

Entretanto, com a crescente objetivação da responsabilidade e com o surgimento da Teoria do Risco, entendemos pela superação desse modelo – todos os casos previstos no Código e que tenham origem na Teoria do Risco serão resolvidos no regime jurídico da responsabilidade civil objetiva (CARNACCHIONI, 2021).

Pelo prisma da Teoria do Risco, entende-se que o exercício de uma determinada atividade requer continuidade e organização, devendo ser lícita (normal) e adequada à ordem econômica. Deve haver essencial alocação de riscos, ou seja, risco próprio da atividade e que produz danos em escala anormal se comparado com as demais atividades.

É nessa toada que se entende que a noção de causalidade na teoria do risco é normativa, no sentido de que dispensa a análise da relação de causa e efeito e do subjetivismo do autor.

Dentro dessa teoria, o foco é a vítima e o reequilíbrio do seu patrimônio.

Explica Daniel Carnacchioni (2021) que foi adotada pelo Código Civil a teoria do risco criado, não havendo simpatia pela teoria do risco proveito. Entende-se que é suficiente que a atividade desempenhada crie um risco maior que outras. Em razão da criação desse risco elevado, qualquer resultado daí decorrente deve ser imputado ao causador, independentemente de dolo ou culpa, em benefício da reparação econômica da vítima, observando o princípio da reparação integral.

Na teoria do risco proveito, proposta por Raymond Saleilles, a imputação do resultado depende da verificação da vantagem ou proveito extraído por quem explora uma atividade de risco. Dessa forma, o ônus do proveito auferido é suportar a responsabilidade pelos danos decorrentes dessa atividade de risco.

Por outro lado, na teoria do risco criado, apresentada por Louis Josserand, entende-se por risco criado aquele que dispensa a ideia de proveito ou vantagem. Basta que se desenvolva uma atividade capaz de causar elevado perigo de dano, além do razoável, para que se atribua responsabilidade objetiva no caso de dano eventual. (CAVALIERI FILHO, 2003).

Na teoria do risco criado, o que caracteriza o risco é a natureza da atividade. Conforme leciona Louis Josserand, basta que a atividade de algum modo crie um risco para alguém.

No que diz respeito às excludentes do nexos de causalidade, que se diferem das excludentes de ilicitude, há celeuma doutrinária. Prevalece que a teoria do risco integral, acolhida com cautela e ressalvas, não admite qualquer tipo de excludente, tratando-se de típico de caso de causalidade normativa. Quanto à versão da teoria do risco acolhida, relevante parcela da doutrina civilista entende pelo acolhimento das excludentes de nexos causal, notadamente: fato exclusivo da vítima, fato de terceiro e fortuito externo. (CARNACCHIONI, 2021),

Apontamentos finais

O presente trabalho teve por objetivo analisar a evolução da relação de causalidade até o conceito de causalidade normativa, atribuído pela Teoria da Imputação Objetiva.

Inicialmente foi feita uma análise dos conceitos de conduta e resultado, de cuja ligação se extrai o nexos de causalidade dos crimes de resultado, bem como foi feito breve estudo do tipo penal e das teorias que buscam explicar o fenômeno da imputação.

Nos informa Rogério Greco que a adoção da causalidade normativa enquanto técnica de resolução de problemas no âmbito do fato típico que, à luz das demais teorias, só se resolvem conforme a análise de antijuridicidade e culpabilidade, encontra resistências, embora muito atraente aos seus estudiosos. Isso porque algumas de suas soluções podem e continuam a ser dadas por outros segmentos teóricos.

Entendemos como medida mais justa a sua vinculação ao ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que diversas situações do cotidiano poderiam ser consideradas atípicas, sem a necessidade de análise da culpabilidade do agente.

Não deve ser possível que o agente, no desempenho do seu papel social, seja imputado por fato ilícito alheio que com ele tenha conexão, por exemplo. É o caso daquele sujeito que toma um taxi para assaltar um banco. Durante a viagem, informa ao motorista o seu projeto criminoso. Se o taxista continuar a dirigir rumo ao local, deixando lá o pretense agente e a ação realmente ocorrer, seria possível responsabilizá-lo pela participação? Considerando, sobretudo, que não há a mínima possibilidade de ocorrer participação culposa em crime doloso.

Do mesmo modo, o padeiro que vende pães para um sujeito que lhe informou que os envenenaria para matar alguém, pode ser considerado partícipe pelo simples ato de vender os pães? O fato de ter conhecimento da intenção criminosa de alguma forma modificaria o seu modo de agir se não a conhecesse?

Fernando Capez (2020) informa que, segundo Wolfgang Frisch, a teoria da imputação objetiva empreendeu uma marcha triunfal sem precedentes na teoria do direito penal da Alemanha, Áustria e Suíça. Tal não ocorre, infelizmente, na América Latina, onde é pouco conhecida.

Em tempo, vivemos hoje no que Ulrich Beck (2011) chama de “sociedade do risco”. A sociedade moderna possui um estilo de vida permeado de riscos. Carros, motocicletas, eletrônicos, alimentação, arranha-céus, aviões, esportes radicais. Tais riscos figuram entre aqueles considerados permitidos, essenciais à sociedade.

Dirigir um veículo em uma velocidade de 80km/h é uma atividade de risco, porém necessária à mobilidade urbana. Todavia, o direito de dirigi-lo não significa

discricionariedade absoluta por parte do motorista, que se sujeita a determinadas regras de trânsito, podendo vir a ser punido caso venha a infringi-las. A enorme quantidade de riscos da vida cotidiana fundamentou a criação dos chamados tipos de perigo abstrato (MASSON, 2020).

Fato é que mais do que a análise da causalidade física e do psiquismo do agente, é necessário transcender sobre o tipo objetivo finalista (meramente causalista) e partir para uma análise normativa. Se mesmo a aferição da tipicidade hoje goza de valoração normativa, considerando atípica a conduta que ofende de modo insignificante um bem jurídico segundo alguns critérios: a) mínima ofensividade da conduta; b) ausência de periculosidade social; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão provocada; por que não pode a relação de causalidade ser analisada pela limitação do alcance do tipo?

O Direito Penal vive de transformações. Houve uma época em que a maioria doutrinária defendia a permanência dos elementos subjetivos na culpabilidade, conservando o dolo como normativo, trazendo em si a consciência da ilicitude, e a análise do fato típico como uma mera fotografia, o que, como assinala Cleber Masson (2020), não significava dizer que havia acolhimento da responsabilidade objetiva, já que o juízo de culpabilidade era feito em ato contínuo. Houve também – como vimos com Jimenez de Asúa – quem defendesse um tipo puramente objetivo, sem qualquer preocupação com o agir finalístico.

Dessa forma, esse trabalho conclui pela esperança de expansão do estudo da teoria da imputação objetiva no Brasil e do seu reiterado acolhimento pela jurisprudência das cortes superiores.

Recepcionar a causalidade normativa no tipo objetivo não significa deixar de lado a análise da relação de causa e efeito, e sim complementá-la além do psiquismo do autor (dolo e culpa). O que defendemos é, em síntese, o aprimoramento da verificação do nexo de causalidade, restringindo o âmbito de aplicação da norma para situações que, de fato, lesem ou exponham a perigo de lesão bens jurídicos penalmente tutelados.

Referências

ESTEFAM, André. Direito Penal: Parte Geral. 9ª ed. Vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva Jur, 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral. 6ª ed. Paraná: Instituto de Criminologia e Política Criminal, 2014.

TAVARES, Juarez. Teoria do Injusto Penal. 2ª ed. Santa Catarina, Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 18ª ed. Rio de Janeiro, Editora Impetus, 2016.

MASSON, Cleber. Direito Penal: Parte Geral. 14ª ed. São Paulo: Editora Método, Selo Gen Jurídico, 2020.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 24ª edição. São Paulo, Editora Saraiva Jur, 2020

HABIB, Gabriel. Leis Penais Especiais: Volume Único. 11ª edição. Salvador: Juspodivm, 2019.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade Civil no Novo Código Civil. Revista EMERJ, TJRJ, 2003.

CARNACCHIONI, Daniel. Curso de Direito Civil: Volume Único. 4ª edição. Salvador: Juspodivm, 2021.

BECK, Ulrich. Sociedade do Risco: Rumo a uma outra modernidade. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL

BEATRIZ MACHADO GAMELEIRA: Pós-graduada em Direito Processual pela Universidade Tiradentes de Alagoas. Pós-graduada em Direito Tributário pela Damásio. Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes de Alagoas.

RESUMO: A análise da aplicação da prescrição intercorrente no processo de execução fiscal é o objetivo principal do presente artigo. No que concerne ao termo inicial para a contagem dos prazos suspensivo e prescricional previstos na Lei de Execuções fiscais, as possíveis interpretações de lei serão esclarecidas, a fim de dirimir possíveis dúvidas sobre o assunto. A construção do artigo se baseou na pesquisa bibliográfica, com a finalidade de destacar e esclarecer a sistemática da contagem do prazo legal previsto no art. 40 da Lei nº 6.830 de 22 de setembro de 1980.

Palavras-chave: Prescrição intercorrente; execução fiscal; extinção da obrigação.

INTRODUÇÃO

O artigo 40 da Lei de Execuções Fiscais prevê a hipótese de extinção do processo em virtude da verificação da prescrição intercorrente na execução fiscal. Tal dispositivo determina que quando o devedor (contribuinte) não for localizado, nem foram encontrados bens penhoráveis, a prescrição deve permanecer suspensa por até 1 ano.

Após o término deste prazo, o processo automaticamente fica suspenso, passando a contar o prazo da prescrição intercorrente. O artigo pretende analisar o dispositivo da lei de execuções fiscais para entender os prazos de suspensão da prescrição que culminam na extinção da execução.

1 EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO PELA PRESCRIÇÃO

Nos termos no artigo 156, inciso V do Código Tributário Nacional a prescrição é causa de extinção do crédito tributário. Trata-se do instituto jurídico que demarca no tempo a perda da pretensão executória, verificada pela ausência de propositura da execução após o prazo quinquenal do artigo 174 do CTN.

Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

I - o pagamento;

II - a compensação;

III - a transação;

IV - remissão;

V - a prescrição e a decadência;

VI - a conversão de depósito em renda;

VII - o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no artigo 150 e seus §§ 1º e 4º;

VIII - a consignação em pagamento, nos termos do disposto no § 2º do artigo 164;

IX - a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória;

X - a decisão judicial passada em julgado.

XI – a dação em pagamento em bens imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001) (Vide Lei nº 13.259, de 2016)

Parágrafo único. A lei disporá quanto aos efeitos da extinção total ou parcial do crédito sobre a ulterior verificação da irregularidade da sua constituição, observado o disposto nos artigos 144 e 149.

Tal prazo é contado da data da constituição definitiva do crédito tributário e é interrompido se presentes as hipóteses do parágrafo único do artigo 174.

Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

II - pelo protesto judicial;

III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

Para Eurico de Santi “decadência e prescrição não são formas de se fazer justiça. São formas concretas que o direito encontrou para conviver com esse deus tão poderoso: o tempo”.¹²⁷

A Lei de Execuções Fiscais, por outro lado, reconhece a possibilidade de prescrição intercorrentes, durante o curso do processo de execução fiscal. Nesse cenário, importante esclarecer primeiramente como se dá a constituição do crédito tributário.

2 CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Parte da doutrina, a exemplo de Almicar Falcão e Geraldo Ataliba, sustenta que a ocorrência do fato gerador (entendida pela prática da hipótese de incidência prevista em lei pelo contribuinte) faz surgir automaticamente obrigação tributária criando um vínculo obrigacional entre os sujeitos ativo e passivo.

A hipótese de incidência, por sua vez, é “a descrição genérica e abstrata de um fato. É a conceituação (conceito legal) de um fato: mero desenho contido num ato legislativo”¹²⁸. Regina Helena Costa esclarece a hipótese de incidência tributária:

(...) Descrição legislativa de um fato que, uma vez acontecido, enseja o nascimento da obrigação tributária principal. Trata-se, portanto, de uma situação fática, apontada pela lei, como apta a deflagrar o surgimento da obrigação de pagar tributo.¹²⁹

O sujeito ativo, detentor da capacidade tributária ativa (capacidade de arrecadar e fiscalizar tributos) torna-se titular do direito de exigir a prestação tributária enquanto o sujeito passivo (contribuinte) tem a obrigação de cumpri-la. Tal vínculo nasce automaticamente, mas depende da identificação do sujeito passivo, da quantificação de seu objeto e conteúdo econômico, através meio do lançamento.

A partir do lançamento, o vínculo obrigacional muda de nome e os aspectos para liquidação da obrigação são identificados, passando a denominar-se crédito tributário.

¹²⁷ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Decadência e Prescrição no Direito Tributário. 3 Ed. São Paulo: Max Limonad, 2004. P. 34-36.

¹²⁸ ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. P. 54.

¹²⁹ COSTA, Regina Helena. Curso de Direito Tributário – Constituição e Código Tributário Nacional. 8 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018. P. 217.

Assim, para essa corrente doutrinária, o lançamento tem natureza declaratória, conferindo liquidez, certeza e exigibilidade à obrigação pré-existente.

Outra parte da doutrina entende que o lançamento possui natureza mista, pois seria declaratório no que se refere à obrigação tributária, que surgiria no próprio ato da ocorrência da hipótese de incidência no mundo dos fatos, e constitutivo no que se refere ao crédito tributário, que só surgiria com o lançamento.

A terceira corrente doutrinária, sustentada principalmente por Paulo de Barros Carvalho, afirma que a lei para se realizar completamente precisa de algum instrumento eleito pelo direito. No caso do crédito tributário esse instrumento seria o lançamento.

O lançamento constitui o fato jurídico tributário e dá origem ao nascimento da obrigação tributária e da relação jurídico tributária. Assim, para tal corrente, o lançamento tem natureza constitutiva.

Seguindo esta última, o fato jurídico tributário só é exigível a partir do lançamento, que é um ato constitutivo. O lançamento é, portanto, o procedimento administrativo, feito pela autoridade competente, no qual se originam a obrigação tributária e a própria relação jurídico tributária.

Estevão Horvath questiona ainda se o lançamento mesmo um procedimento administrativo ou um ato jurídico administrativo. 130

Poderíamos atribuir ao vocábulo lançamento um sentido amplo e um sentido estrito. No primeiro deles, estaria compreendida toda a atividade prévia necessária para determinar-se a quantia a pagar. Em sentido estrito, é o ato que fixa a quantia da obrigação nascida com a realização do fato impositivo.

Fulcrados na idéia de que existem (ou podem existir) tributos sem que haja procedimento de lançamento e que, por outro lado impõe a lei que o lançamento é ato privativo da autoridade administrativa (art. 142 do CTN), parece-nos mais tecnicamente adequado entender o lançamento como ato administrativo em que culmina o procedimento impositivo. Ademais, isto propicia a aplicação da secular teoria dos atos administrativos para o deslinde das questões que surgem da atuação da norma individual e concreta posta pelo lançamento. Em outras palavras, preferiremos denominar

130 HORVATH, Estevão. Lançamento tributário e "autolancamento". São Paulo: Dialética, 1997. P. 67.

procedimento de apuração dos tributos ao “procedimento de lançamento” (quando, por óbvio, este exista ou seja necessário), deixando o termo lançamento para identificar o ato em que culmina esse procedimento, ou é praticado independentemente da existência deste último.

Certo é que o lançamento é a formalização do crédito tributário, tornando-o exigível pela Fazenda.

3 CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

O lançamento, para doutrina majoritária, de fato constitui o crédito tributário e é dividido em 3 modalidades: lançamento de ofício conforme artigo 149 do Código Tributário Nacional, lançamento misto ou por declaração previsto no 147 do mesmo código e o lançamento por homologação do artigo 150 do CTN.

Contudo, para além das modalidades de lançamento, doutrina diferencia a constituição do crédito pelo lançamento da constituição definitiva do crédito tributário.

A constituição definitiva do crédito tributário (momento em que o crédito tributário passa a ser efetivamente indiscutível) ocorre após o decurso do prazo do pagamento do tributo lançado (prazo este que na esfera federa é de 30 dias), caso o contribuinte não ofereça nenhum tipo de recurso administrativo.

Nesses casos, 30 dias após o lançamento, o crédito tributário torna-se definitivamente constituído e partir desta data começa a correr o prazo quinquenal, previsto no caput do artigo 174 do CTN, para o fisco executar o crédito.

A segunda hipótese de constituição definitiva do crédito tributário ocorre após o julgamento da última instância administrativa do recurso contra o crédito lançado. Após o lançamento, o contribuinte possui prazo para pagar ou recorrer administrativamente. Caso o contribuinte opte por recorrer, o decurso do prazo prescricional sequer começa a correr, pois o crédito não encontra-se definitivamente constituído. A doutrina esclarece que a constituição definitiva do crédito ocorre com após o julgamento da última instância administrativa.

A “constituição definitiva” do crédito tributário somente se dá quando, efetuada a notificação do contribuinte, este não impugna o lançamento ou, em o fazendo, perde a demanda, na esfera administrativa ou judicial e, ainda por cima, deixa expirar, in albis, o

prazo de trinta dias para efetuar o voluntário pagamento do tributo.¹³¹

Agora, após a constituição definitiva do crédito tributário, começa a correr o prazo quinquenal para propositura da execução fiscal. Decorridos 5 anos desta constituição, caso o fisco tenha permanecido inerte, ocorrerá a extinção do crédito pela perda da pretensão executória, conforme artigo 174 do Código Tributário Nacional.

3 PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

Entendida a constituição definitiva do crédito tributário e sua extinção pelo decurso do prazo prescricional, relevante destacar as peculiaridades da prescrição intercorrente elencadas no artigo 40 da Lei de Execução Fiscal.

O dispositivo em questão determina que se o contribuinte que está sendo executado não for encontrado, ou se encontrado não possuir bens penhoráveis, o processo de execução fiscal deve ser suspenso pelo prazo de um ano.

O prazo de suspensão foi criado pela lei novamente para beneficiar o fisco, já que caso o ente encontre o executado ou bens penhoráveis durante o prazo de suspensão, ou mesmo até o durante o prazo de arquivamento provisório que corre a prescrição intercorrente, poderá dar continuidade aos procedimentos executórios.

A suspensão do processo de execução fiscal pelo prazo de um ano, só terá validade após a ciência do representante da Fazenda Pública. Esgotado o prazo e persistindo os mesmos óbices à execução, os autos são encaminhados para o “arquivo”, pelo prazo de até 5 anos. Nesse sentido, o Superior de Tribunal de Justiça editou súmula de nº 314 que esclarece que: “em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis suspende-se o processo, por um ano, findo o qual se inicia o prazo de prescrição quinquenal intercorrente”.

Findos os prazos tanto de suspensão da execução quanto do prazo quinquenal em arquivamento provisório, não cessados os obstáculos para efetivar a execução, novamente a fazenda pública deverá ser ouvida. Daí o magistrado deverá, de ofício, declarar a prescrição intercorrente.

¹³¹ CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. P. 350.

Levando-se em consideração que tal prescrição extingue o processo executivo, não podem restar dúvidas de que a ineficácia do procedimento ocorreu em razão da inércia do fisco e não por razões de mora judiciária.

Art. 40 - **O Juiz suspenderá** o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

§ 1º - **Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.**

§ 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º - **Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.**

§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.

§ 5º A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no

§ 4º deste artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda. (Grifo nosso).

Vale frisar novamente que o parágrafo terceiro do artigo acima transcrito permite que a qualquer tempo, antes de decretada a prescrição intercorrente, os autos do processo de execução fiscal podem ser desarquivados, se encontrados bens penhoráveis do devedor, para dar continuidade à execução.

Portanto, o arquivamento dos autos de que trata o parágrafo segundo não é definitivo, mas sim provisório, e persistirá apenas enquanto a Fazenda Pública permanecer inerte sem apresentar mecanismos eficientes para localizar o executado ou seus bens.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que quando nos casos em que o credor, ora fazenda pública, não concorrer com culpa sobre a ineficácia da execução, não há que se falar em prescrição intercorrente (STJ, REsp 242.838/PR, 2º T., Min. Rel. NANCY ANDRIGHI, j. 15-08-2000). Razão pela qual, tem-se dito que o "sumiço" dos autos

do cartório não enseja, por si só, a prescrição intercorrente, pois o exequente não teria dado causa à paralisação dos autos. (REsp 31653 / SP, 2 T., Min. Rel. AMÉRICO LUZ, j. 22 - 02-1995).

No final de 2018, o Superior Tribunal de Justiça em sede de julgamento de recurso especial repetitivo, definiu que o termo "a quo" da suspensão do processo de execução fiscal, de que trata o *caput* do artigo 40 da LEF, se dá automaticamente, assim que "constatada a não localização do devedor e/ou ausência de bens pelo oficial de justiça e intimada a Fazenda Pública".

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ARTS. 1.036 E SEQUENTES DO CPC/2015 (ART. 543-C, DO CPC/1973). PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. SISTEMÁTICA PARA A CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE (PRESCRIÇÃO APÓS A PROPOSITURA DA AÇÃO) PREVISTA NO ART. 40 E PARÁGRAFOS DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL (LEI N. 6.830/80). 1. O espírito do art. 40, da Lei n. 6.830/80 é o de que nenhuma execução fiscal já ajuizada poderá permanecer eternamente nos escaninhos do Poder Judiciário ou da Procuradoria Fazendária encarregada da execução das respectivas dívidas fiscais. 2. Não havendo a citação de qualquer devedor por qualquer meio válido e/ou não sendo encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora (o que permitiria o fim da inércia processual), inicia-se automaticamente o procedimento previsto no art. 40 da Lei n. 6.830/80, e respectivo prazo, ao fim do qual restará prescrito o crédito fiscal. Esse o teor da Súmula n. 314/STJ: "Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente". 3. Nem o Juiz e nem a Procuradoria da Fazenda Pública são os senhores do termo inicial do prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no *caput*, do art. 40, da LEF, somente a lei o é (ordena o art. 40: "[...] o juiz suspenderá [...]"). Não cabe ao Juiz ou à Procuradoria a escolha do melhor momento para o seu início. **No primeiro momento em que constatada a não localização do devedor e/ou ausência de bens pelo oficial de justiça e intimada a Fazenda Pública, inicia-se automaticamente o prazo de suspensão, na forma do art. 40, caput, da LEF.** Indiferente aqui, portanto, o fato de existir petição da Fazenda Pública requerendo a suspensão do feito por 30, 60, 90 ou 120 dias a fim de realizar diligências, sem pedir a suspensão do feito pelo art. 40, da LEF. Esses pedidos não encontram amparo fora do art. 40 da LEF que limita a

suspensão a 1 (um) ano. Também indiferente o fato de que o Juiz, ao intimar a Fazenda Pública, não tenha expressamente feito menção à suspensão do art. 40, da LEF. **O que importa para a aplicação da lei é que a Fazenda Pública tenha tomado ciência da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido e/ou da não localização do devedor.** Isso é o suficiente para inaugurar o prazo, ex lege. (...) Recurso especial nº 1.340.553 - rs (2012/0169193-3) relator: ministro Mauro Campbell Marques recorrente: Fazenda Nacional, advogado: Procuradoria-geral da Fazenda Nacional - pr000000o, recorrido: Djalma Gelson Luiz ME – microempresa, advogado: sem representação nos autos - se000000m. (Grifo nosso).

Logo após a tentativa de localização do devedor, ainda que por edital, ou após a tentativa de localizar bens penhoráveis, não havendo êxito, e intimada a Fazenda Pública sobre as tentativas de localização infrutíferas, o Juiz declarará suspensa a execução independentemente de haver requerimento da Fazenda Pública nesse sentido.

Entretanto, havendo demora na citação por motivos inerentes ao próprio mecanismo do judiciário, não se justifica a arguição de prescrição. É o que trata a súmula 106 do STJ: “proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência”.

Sobre a previsão da prescrição na Lei de Execuções Fiscais. Conforme dispõe o artigo 146, inciso III, alínea b, da Constituição Federal, prescrição, assim como obrigação, lançamento, crédito tributário e decadência são matérias reservadas a Lei Complementar, e a Lei de Execuções Fiscais, Lei 6.830 é Lei Ordinária.

Entretanto, o STJ decidiu que a prescrição intercorrente, ou seja, a prescrição observada durante o processo de execução fiscal, é uma espécie prevista no Código Tributário Nacional, no mesmo artigo 174, já que corre durante a cobrança do crédito. Tal decisão teve por fundamento o escoamento do prazo interruptivo da prescrição (prazo de prescrição ora interrompido pelo despacho do juiz que ordenou a citação do executado, de que trata o inciso I do parágrafo único do artigo 174 do CTN). Assim, esclarecido que a prescrição intercorrente tem fundamento em lei complementar, qual seja, Código Tributário Nacional (Lei Ordinária, recepcionada pela CRFB/88 com status de Lei Complementar).

CONCLUSÃO

Conclui-se que o prazo de 1 ano de suspensão dos processos de execução fiscal previsto no art. 40, §§ 1º da Lei de Execuções fiscais tem início automaticamente com a

ciência da Fazenda Pública acerca da não localização dos bens penhoráveis do devedor, ou da não localização do próprio devedor.

Evidencia-se a ideia de que a Fazenda Pública, abandonando a execução fiscal, dará ensejo à prescrição intercorrente, em razão da paralisação da execução superior a um quinquênio, pressupondo-se assim, a sua inércia.

É certo que, o reconhecimento da prescrição intercorrente não pode estar amparado na ausência de citação, ou na ausência de localização de bens penhoráveis por motivos inerentes mora da justiça, conforme entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça. Para o reconhecimento da prescrição intercorrente, o exequente precisar ter dado causa à paralisação dos autos.

Cabe ao magistrado, findo o prazo de suspensão e o prazo quinquenal de arquivamento, fundamentar o reconhecimento da prescrição intercorrente com base no marco inicial da suspensão, qual seja, da data da ciência da Fazenda Pública da não localização do devedor e/ou de seus bens, para contagem dos respectivos prazos legais.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

COSTA, Regina Helena. Curso de Direito Tributário – Constituição e Código Tributário Nacional. 8 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

HORVATH, Estevão. Lançamento tributário e “autolancamento”. São Paulo: Dialética, 1997.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Decadência e Prescrição no Direito Tributário. 3 Ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

AUTOCOMPOSIÇÃO NA ÁREA DA SAÚDE

LEONARDO RANIERI LIMA MELO: Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UNINOVAFAPI em Teresina-PI e Pós-graduado em Direito Público e Privado pela UNIAMÉRICA. Atualmente, professor, escritor e coordenador de Pós-Graduação em Gestão Adequada de Conflitos com Ênfase em Mediação da UNIEDUCACIONAL, além de mediador extrajudicial do Conselho Regional de Psicologia da 21ª Região e árbitro, formado pelo curso de formação em mediação e arbitragem da OAB-PI/ESA-PI em parceria com a CMA/DATA América e membro da Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem da OAB/PI e da Associação Jurídica e Social do Piauí - AJUSPI.

LORRANY PINHEIRO THIBES¹³²

GEOVANA MARIA RODRIGUES DE SOUSA¹³³

(coautoras)

Resumo: O ensaio que ora se apresenta tem por escopo discorrer sobre a autocomposição na área da saúde enquanto mudança de paradigma rumo à desjudicialização dos conflitos, principalmente após a Recomendação nº 100 do Conselho Nacional de Justiça. Para tanto, inicialmente foi feita uma reflexão sobre a visão preventiva ou contenciosa da gestão de conflitos na área da saúde. Em um segundo momento revisitamos alguns princípios e legislações. A escolha do tema justifica-se pela relevância do instituto enquanto parte integrante da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário nos termos da Resolução nº 125 do CNJ, a qual contempla várias “portas” de acesso à justiça, quer no sentido formal ou material. Para tanto, utilizou-se o método indutivo e pesquisa bibliográfica, aplicada e de abordagem qualitativa, com o escopo de demonstrar a evolução desse direito, suas problemáticas e melhorias, especialmente no cenário pandêmico. Cumpriu observar uma preocupação em

¹³² Advogada. Professora. Especialista em Direito e Processo do Trabalho, Especialista em Direito e Processo Civil. Mediadora Extrajudicial e Coordenadora de escritório jurídico do NAAD.

¹³³ Estudante de enfermagem, escritora e Coordenadora da Pós-graduação em Direito Médico, Hospitalar e da Saúde da UNIEDUCACIONAL.

identificar os gargalos decorrentes da pandemia da Covid-19, notadamente nos impactos desta resolução.

Palavras-chave: direito, saúde, desjudicialização, acesso à justiça, política pública, pandemia.

E cediço que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado previsto no artigo 196 da Constituição Federal. Não obstante, a saúde faz parte do grupo direitos sociais de segunda geração, ou seja, é quando se necessita de efetividade por parte do Estado.

Seguimos avançando na disseminação dos métodos adequados de solução de conflitos e justiça multiportas pelo país. No dia 16 de junho de 2021 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou Recomendação estimulando a utilização de métodos consensuais de solução de conflitos em demandas que versem sobre o direito à saúde. A aludida Recomendação está em concordância com o conceito de acesso à justiça, bem como conforme a Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil), o qual estimula a solução consensual.

Ademais, de acordo com todas as legislações que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado do Conflito, implementada pela Resolução nº 125, do CNJ, bem como pelas Lei nº 13.140/15 (Lei de Mediação), Lei de Falência e Recuperação Judicial (Lei nº 14.112/20) e Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/21), pois estimulou a utilização dos métodos adequados de solução de conflitos, notadamente, da negociação, da conciliação e da mediação.

Compõe um contexto de grande reforma do ordenamento jurídico e processualista brasileiro. Vale ressaltar que, no decorrer da pesquisa serão abordados os conteúdos essenciais de atualização em Direito Processual, acompanhados de temas concernentes aos métodos adequados de solução de conflitos em sentido amplo, ratificando a necessidade de formação dos profissionais do direito e da saúde com as melhores técnicas para a prevenção e resolução de conflitos na área da saúde.

É extremamente importante o desenvolvimento de competências e habilidades para profissionais da saúde e do direito em gestão de conflitos, objetivando a formação dos profissionais com atuação na área preventiva ou contenciosa. A falta de profissionais aptos a atuar em demandas jurídicas que envolvam assuntos relacionados ao direito da saúde fazem com que se torne essencial a preparação de profissionais das duas áreas com essa expertise. Existe entre os pacientes e médicos/ pacientes e outros membros da área

da saúde, uma verdadeira falta de diálogo, o que acaba levando a um aumento nos números de processos envolvendo a área da saúde.

O direito da saúde, compõe um contexto de grande importância por ser uma área em expansão. As discussões judiciais sobre o direito à saúde são frequentes e crescem exponencialmente, principalmente após a pandemia causada pelo vírus (SARS CoV-2) COVID-19, conseqüentemente surgiu a importância da construção de mecanismos para resolução extrajudicial dos conflitos decorrentes de interpretações das normas sanitárias. Neste sentido, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) fomenta há vários anos medidas alternativas de solução de litígios. Exemplo disso foi a edição da Recomendação CNJ nº 36/2010.

O surgimento de conflitos é inerente ao próprio convívio em um grupo social. Sendo o ser humano um ser social, o estabelecimento de interações ocasionará, por vezes, esgarçamentos ou rupturas, a que chamamos conflitos de interesses. Promover a existência dos métodos adequados de solução de conflitos na área da saúde com ênfase na negociação, conciliação e mediação no tratamento dos conflitos para o público em geral, destacando a desjudicialização.

Trata-se de importante medida de desjudicialização sobretudo em tempos de pandemia. Estimativas apontam que há demanda reprimida em razão da suspensão de procedimentos eletivos. Destacamos que cabe ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a fiscalização e a regulamentação do Poder Judiciário e dos atos praticados por seus órgãos de acordo com o artigo 103-B, § 4º I, II e III, da Constituição Federal Brasileira.

Uma pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em parceria com o IBGE aponta que 75% da população brasileira usa o judiciário para solução de conflitos de diversas áreas, apenas 27,6% da população fazem uso da mediação ou conciliação como meio de resolução de demandas, entre os que utilizam a mediação ou conciliação, 15,9% consideram moroso o processo e 6% da população considera oneroso o processo judicial/extrajudicial.

Além desses dados extraídos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em média no Brasil as lides processuais levam de quatro meses a quatro anos para serem solucionadas, destacando que, o Brasil não serve de parâmetro para ilustrar as boas estatísticas considerando-se à margem dos dados pesquisados pelo CNJ, existem processos que duram mais de quarenta anos, entre propositura e execução, além de relatos de casos centenários. Diante desse quadro judiciário, surge as perspectivas de abreviar a solução dos conflitos que seguem duas vertentes, como forma de reduzir o tempo de duração dos litígios: Autocomposição e Heterocomposição.

Diante da morosidade do Poder Judiciário, dar uma atenção especial as vias de solução de conflito como mediação, conciliação e arbitragem poderiam auxiliar e desafogar o judiciário e tornar o processo mais célere.

A negociação é a solução de conflitos por meio do ato de negociar, ou seja, é uma prática utilizada para solucionar conflitos de natureza diversas. Já a conciliação é uma conversa ou negociação que conta com a participação de uma pessoa imparcial para favorecer o diálogo e, se necessário, apresentar ideias para a solução do conflito.

A conciliação é utilizada em conflitos mais simples ou restritos, pois a terceira pessoa pode adotar uma posição mais ativa, porém neutra em relação ao conflito, ou seja, um processo consensual breve que visa à harmonização da relação social das partes. Já a mediação é um método de solução de conflitos onde busca solucionar litígios, onde o mediador irá aproximar as partes fazendo perguntas, mas nunca dando opiniões ou fazendo propostas, pois já existe uma relação pessoal.

As discussões judiciais sobre o direito à saúde são frequentes e crescem exponencialmente, principalmente após a pandemia de COVID-19, conseqüentemente surgiu a importância da construção de mecanismos para resolução extrajudicial dos conflitos decorrentes de interpretações das normas sanitárias. Neste sentido, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) fomenta há vários anos medidas alternativas de solução de litígios. Exemplo disso foi a edição da Recomendação CNJ nº 36/2010.

Destacamos a importância da Resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nº 107/2010, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, da Recomendação CNJ nº 66/2020, que orientou aos Juízos com competência para o julgamento das ações que versem sobre o direito à saúde a adoção de medidas para garantir os melhores resultados à sociedade durante o período excepcional de pandemia da Covid-19, além da Recomendação CNJ nº 92/2021, que dispõe sobre a atuação dos magistrados na pandemia da Covid-19, objetivou fortalecer o sistema brasileiro de saúde e preservar a vida com observância da isonomia e dos preceitos veiculados pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

A Recomendação CNJ nº 100 resolveu recomendar aos magistrados com atuação nas demandas envolvendo o direito à saúde que priorizem, sempre que possível, a solução consensual da controvérsia, por meio do uso da negociação, da conciliação ou da mediação. (artigo 1º) e ao receber uma demanda envolvendo direito à saúde, poderá o magistrado designar um mediador capacitado em questões de saúde para realizar diálogo

entre o solicitante e os prepostos ou gestores dos serviços de saúde, na busca de uma solução adequada e eficiente para o conflito. (artigo 2º).

Dentro do Poder Judiciário, existe o Centro Judiciário de Solução de Conflitos (CEJUSC), onde se realiza as audiências de mediação e conciliação, como meios alternativos de solução de conflito.

Nesse mesmo viés, a Recomendação nº 100 do CNJ, propôs que seja implementado Centros Judiciários de Solução de Conflitos, porém voltados a área da saúde, somente. O expressivo número de processos envolvendo questões da saúde e diante da ineficácia do Estado de atender os direitos fundamentais da vida humana, se viu a necessidade de se criar um centro especializado em realizar negociações, conciliações e mediações tanto nas modalidades individuais ou coletivas.

Os procedimentos de negociação, conciliação e mediação podem ser realizados pelas vias presencial ou virtual, e, nesse último caso, serão admitidas as formas síncrona ou assíncrona. Os tribunais também poderão se utilizar de outras estruturas interinstitucionais já existentes para a prevenção e solução consensual de conflitos em saúde.

O tribunal que implementar o Cejusc de Saúde deverá observar o disposto na Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil), na Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação), e na Resolução CNJ nº 125/2010, no que couber, especialmente providenciando a capacitação específica de conciliadores e mediadores em matéria de saúde, inclusive por meio de convênios já firmados pelo CNJ, com compreensão sobre saúde baseada em evidência científica, princípios do Sistema Único de Saúde e de consulta a base de dados com notas técnicas emitidas por instituições reconhecidas pelos Comitês Nacional e Estaduais de Saúde.

Deste modo, pode se concluir que a Recomendação nº 100 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é extremamente importante para a área do direito e da saúde, no tocante a falta de políticas públicas, que acarreta o aumento da judicialização. Esse fenômeno da judicialização dos processos envolvendo a área da Saúde, ainda é novo, deste modo, podemos concluir que a via de resolução de conflitos mediação e conciliação, podem garantir maior efetividade o judiciário.

Cabe ressaltar que os procedimentos de negociação, conciliação e mediação podem ser realizados pelas vias presencial ou virtual, e, nesse último caso, serão admitidas as formas simultânea ou assíncrona.

Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 de janeiro de 2022.

_____. Lei nº13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 01 de fevereiro de 2022.

_____. Lei nº 13.140/2015, de 26 de julho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13140.htm. Acesso em: 01 de fevereiro de 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação 100, de 16/06/2021. Recomenda o uso de métodos consensuais de solução de conflitos em demandas que versem sobre o direito à saúde. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3988>. Acesso em: 18 Jun. 2021.

MESQUITA, Andréa. Lei da Mediação e novo CPC reforçam acerto da Resolução 125 do CNJ. CNJ: Brasília-DF, 27 de novembro de 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81043-lei-da-mediacao-e-novo-cpc-reforcaram-acerto-da-resolucao-125-do-cnj>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2022.

MELO, Leonardo Ranieri Lima. Os meios alternativos de solução de conflitos e a arbitragem no Direito do Trabalho. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72910>. Acesso em: 30 de janeiro de 2022.

SHULZE. Clenio Jair. Direito à saúde e métodos consensuais de solução de conflitos. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/direito-a-saude-e-metodos-consensuais-de-solucao-de-conflitos>. Acesso em: 01 de janeiro de 2022.

TJ/BA. CNJ recomenda aos tribunais o uso de métodos consensuais de soluções de conflitos em demanda referentes à saúde. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/portal/cnj-recomenda-aos-tribunais-o-uso-de-metodos-consensuais-de-solucoes-de-conflitos-em-demanda-referentes-a-saude/>. Acesso em: 30 de janeiro de 2022.

IBGE. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD. Características da vitimização e do Acesso à justiça no Brasil. 2009. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv47311.pdf>. Acesso em: 08 maio de 2020.

UMA ANÁLISE SOBRE A MULTIPARENTALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

ANDREIA CARLA AFONSO AGUIAR:

Graduanda do curso de Direito da Faculdade FASEH – Faculdade da Saúde e Ecologia Humana

RESUMO: O presente trabalho tem como tema a análise sobre a multiparentalidade no Direito Brasileiro, com isso tem como área de concentração o Direito Civil, especificamente o Direito de Família. O objetivo geral da pesquisa é discorrer sobre a multiparentalidade no Direito Brasileiro, apresentando o entendimento de diversos doutrinadores, o posicionamento dos tribunais superiores e a possibilidade do seu reconhecimento extrajudicial. Já os objetivos específicos são: (1) apresentar o conceito de família; (2) discorrer sobre os princípios do Direito de Família; (3) apontar as principais considerações sobre o parentesco e descrever como a pluriparentalidade é reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente demonstrar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a temática. No que se refere à justificativa para a escolha do tema constata-se sua relevância para a comunidade acadêmica, para o autor e para a sociedade, visto que regulamentar situações fáticas existentes, proteger os interesses das crianças, assegurar a manutenção e o reconhecimento das relações parentais é essencial para, cada vez mais, reconhecer a pluralidade das famílias existentes na sociedade. Em relação à metodologia quanto à abordagem é uma pesquisa qualitativa, quanto aos objetivos é uma pesquisa exploratória e quanto aos procedimentos é uma pesquisa bibliográfica. Por fim, em relação aos resultados conclui que a parentalidade simultânea é um instituto do Direito de Família que permite a coexistência de mais de um pai ou mais de uma mãe, sendo que os vínculos serão o biológico e o socioafetivo e seu reconhecimento foi permitido através da jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal (repercussão geral).

Palavras-chave: Direito de Família. Parentesco. Princípios do Direito de Família.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre a multiparentalidade no Direito Brasileiro. Assim, pretende apresentar o conceito de família, os princípios do Direito de Família, as principais considerações sobre o parentesco e como a multiparentalidade é tratada no Direito Pátrio, sendo que a área de concentração da pesquisa é o Direito de Família.

A família é um conceito amplo que se encontra descrito no artigo 226 da Constituição Federal de 1988 e, em resumo, é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado, sendo que ela compreende a união entre os parentes consanguíneos, os afins

e demais pessoas que apresentam vínculo afetivo. Dessa forma, o parentesco é o vínculo existente entre pessoas que apresentam relação de descendência, ou aproximação com os parentes do cônjuge (afinidade), ou em razão de uma ficção jurídica ou devido a uma conexão afetiva. Diante disso, em decorrência da afetividade e da dignidade da pessoa humana, o Direito de Família começou a reconhecer a possibilidade jurídica de coexistência entre a paternidade socioafetiva e biológica para garantir a manutenção ou o reconhecimento de vínculos parentais, conhecida como multiparentalidade.

Nesse sentido, nota-se que a estruturação da família se materializa de diversas maneiras com base em laços genéticos, afetivo ou jurídicos, podendo surgir ainda em razão do casamento ou da união estável, permitindo que as sociedades de fato ou a convivência pelo afeto que existiam na realidade, mas não eram devidamente reconhecidas pelo Direito de Família fossem regularizadas. Com isso, questiona-se: O que é multiparentalidade e como se dá o seu reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro?

Destarte, a multiparentalidade é um instituto do Direito de Família que reconhece a coexistência entre dois tipos de vínculos de parentesco: o biológico e o socioafetivo, sendo que um é complementar ao outro e foram devidamente reconhecidos pelo ordenamento jurídico nacional para regulamentar situação fáticas preexistentes. Além disso, trata-se de situação plenamente reconhecida pela jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal.

A justificativa para escolha do tema fundamenta-se em sua relevância para a comunidade acadêmica, para o autor e para a sociedade, visto que regulamentar situações fáticas existentes, proteger os interesses das crianças, assegurar a manutenção e o reconhecimento das relações parentais é essencial para, cada vez mais, reconhecer a pluralidade das famílias existentes na sociedade.

O presente artigo tem como objetivo geral discorrer sobre a multiparentalidade no Direito Brasileiro, apresentando o entendimento de diversos doutrinadores, o posicionamento dos tribunais superiores e a possibilidade do seu reconhecimento extrajudicial. Os objetivos específicos são: (1) apresentar o conceito de família; (2) discorrer sobre os princípios do Direito de Família; (3) apontar as principais considerações sobre o parentesco e descrever como a multiparentalidade é reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente demonstrar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a temática.

No que se refere à metodologia, constata-se que quanto à abordagem é quantitativa, quanto aos objetivos é exploratória e quanto aos procedimentos emprega a pesquisa bibliográfica, sendo que as principais referências bibliográficas selecionadas foram: Christiano Cesattari (2017); Maria Berenice Dias (2021); Carlos Roberto Gonçalves

(2020); Rolf Madaleno (2022); Flávio Tartuce (2020); Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2020); Noberto Luiz Nardi (2017); Ana Carolina Brochado Teixeira, Renata de Lima Rodrigues (2010), bem como a Constituição Federal de 1988, o Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente e julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, o trabalho é composto por 4 (quatro) capítulos, além da presente introdução, sendo eles: (1) Família: conceito espécies; (2) Os princípios basilares do Direito de Família; (3) As principais considerações sobre o Parentesco e (4) A multiparentalidade no Direito Brasileiro, além da conclusão e referências bibliográficas.

2.FAMÍLIA: CONCEITO E ESPÉCIES

Preliminarmente, importante conceituar Direito de família. Trata-se do ramo jurídico que apresenta maior aplicabilidade e execução, visto que está diretamente relacionado com a vida e o desenvolvimento humano, afinal todos os indivíduos originam-se de um organismo familiar e a ele permanecem vinculados até o fim de sua vida, ainda que venham construir um novo conglomerado familiar através de união estável ou casamento civil.

Dessa forma, o Direito de Família deve ser compreendido como a reunião das normas jurídicas (princípios e regras) que regulamentam as relações interpessoais ou patrimoniais ou assistenciais estabelecidas através de vínculos consanguíneos, civis ou afetivos como, por exemplo, casamento, união estável, adoção e todas as formas admitidas em Direito para constituição e reconhecimento do vínculo familiar.

Além disso, o vínculo econômico não é o principal objetivo das relações estabelecidas nesse ramo, sendo ele orientado por interesses morais e de bem-estar coletivo, além de sua proteção ser uma função do Estado, nos termos do artigo 226 da Constituição Federal de 1988. O Direito de Família regulamenta também institutos considerados complementares como é o caso da tutela e curatela (gestão de bens, proteção e representação legal das pessoas consideradas absolutamente incapazes ou administração de bens e representação legal das pessoas relativamente incapazes, respectivamente).

Assim, após definir Direito de Família, essencial descrever o que é Família. Levando-se em consideração a conceituação do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, nota-se que Família é a base da sociedade e, por essa razão, apresenta proteção especial do Estado materializando-se como um núcleo social originário, sendo uma comunidade formada por pessoas que se unem através de vínculos parentesco naturais, por afinidade ou por vontade expressa (afetividade).

Com isso, a Constituição Federal de 1988 ao tratar sobre o tema família começou a desconstruir o paradigma estabelecido anteriormente, de maneira que passou a reconhecer a união estável como entidade familiar, assim como a comunidade entre qualquer dos pais e seus descendentes e reconheceu a igualdade entre homens e mulheres, visto que os direitos e deveres decorrentes da sociedade conjugal são exercidos por ambos de forma equitativa.

Ocorre que, mesmo com as inovações apresentadas pela Constituição Federal de 1988, o Direito de Família ainda não contemplava a totalidade de entidades familiares que deveriam ser tuteladas pelo ordenamento jurídico brasileiro, dessa forma, os juristas e doutrinadores perceberam que o principal elemento que constitui os vínculos familiares é o afeto, sendo que esse afeto é aquele sentimento especial que se materializa por meio do sentimento que aflora da convivência no dia-a-dia. (DIAS, 2021)

Nesse contexto, o Direito de Família superou a concepção de família com base no parentalismo para compreender que esse laço nasce do afeto, superando também o aspecto biológico para dar lugar aos laços psicológicos, o afeto especial decorrente de uma relação estável, com coabitação, intuito de construir uma família, com proteção, solidariedade, interdependência econômica e visando uma vida comum. Todavia, embora os vínculos citados sejam consideráveis para o reconhecimento da entidade familiar, eles não são indispensáveis para a caracterização da família, posto que existem grupos que podem ser reconhecidos dessa maneira, mas não contemplam todos os "requisitos". (MADALENO, 2022).

Diante disso, o Direito de Família passou a reconhecer a família matrimonial (instituída por meio do casamento), a família informal (constituída através da união estável), família monoparental (formada por um dos pais e os –biológicos ou adotados – ou seja, composto pela mãe e os filhos ou o pai e os filhos), família anaparental (baseada na socioafetividade e definida pela ausência das figuras materna e paterna e representada pela convivência entre parentes colaterais ou pessoas sem vínculo sexual que se unem e estruturam com propósito de constituir família) e família reconstituída (originada da união entre um ou duas pessoas que já foram casadas e possuem filhos provenientes das relações anteriores).

Ademais, existe a família paralela (situação em que um dos indivíduos apresenta duas relações ao mesmo tempo, porém uma delas se iniciou primeiramente), família natural (arranjo familiar composto pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes – artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente), família eudemonista (visa a realização pessoal de seus membros, pautada no afeto recíproco, na consideração e no respeito mútuo independente do vínculo biológico).

Outrossim, existem ainda a família homoafetiva (união entre pessoas do mesmo sexo), família extensa ou ampliada (representada pelos parente próximos que têm vínculo de afinidade e afetividade com o casal e seus filhos – parágrafo único do artigo 25 do ECA), família substitutiva (casais, homens ou mulheres que se candidatam a adoção – artigos 19, parágrafo 3º e 28 do ECA) e família poliafetiva (relação entre mais de duas pessoas que convivem de forma afetiva sem exclusividade comum dos vínculos conjugais em geral).

Face ao supramencionado foram descritos o conceito de Direito de Família e a definição de família, além disso foram apresentadas as espécies existentes de instituto que são contempladas pelo direito pátrio.

3.PRINCÍPIOS BASILARES DO DIREITO DE FAMÍLIA

Inicialmente, considerando a temática central da pesquisa, fundamental apresentar os princípios basilares do Direito de Família, sendo que os doutrinadores utilizados para definição dos axiomas essenciais desse ramo do Direito são Rolf Madaleno (2022), Maria Berenice Dias (2021), Carlos Roberto Gonçalves (2020), Flávio Tartuce (2020) e Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2020).

Dessa forma, os princípios do Direito de Família considerados essenciais por esse estudo são: da Dignidade da Pessoa Humana; da Igualdade; da Autonomia Privada; da Liberdade; da Monogamia; da Diversidade Familiar; da Afetividade; da Igualdade de Filiação; da Proteção da Pessoa com Deficiência; da Solidariedade e Reciprocidade; da Proteção Integral à Criança, ao Adolescente, aos Jovens e Idosos; da Proibição do Retrocesso Social; da Paternidade Responsável e do Planejamento Familiar; da Comunhão Plena de Vida; da Liberdade de Construir uma Comunhão de Vida Familiar; do Maior Interesse da Criança e do Adolescente; da Função Social da Família; da Convivência Familiar e da Intervenção Mínima do Estado no Direito de Família.

Assim, interessante discorre resumidamente sobre cada um desses axiomas. A Dignidade da Pessoa Humana dentro do Direito de Família impõe que as pessoas que integram essa microestrutura social têm direito à defesa intransigente, de forma que toda a sociedade deve respeitar esse núcleo de pessoas e cabe ao Estado defender esses cidadãos, assim como os seus interesses devem ser respeitados, a sua vivência deve ser solidária com o respeito entre todos (MADALENO, 2022).

No texto constitucional existem algumas disposições em relação ao Direito de Família em que o princípio da Dignidade da Pessoa Humana é claramente reconhecido, como é o caso do artigo 226, parágrafo 7º (prevê que o planejamento familiar tem como fundamento esse axioma), o artigo 227 (define que é obrigação da família e do Estado assegurar essa garantia às crianças e adolescente) e artigo 230 (assegura essa mesma proteção aos idosos) (MADALENO, 2022).

O Princípio da Igualdade, formal e substancial, é a prerrogativa de que não existirá qualquer distinção entre os indivíduos em virtude do gênero, orientação sexual, religião, etnia, dentre outros aspectos, todavia precisa levar em consideração circunstâncias relacionadas às diferenças sociais, econômicas e psicológicas. Com isso, cabe à lei e ao Estado tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual na medida de sua desigualdade para assegurar a igualdade substancial (ou material) (MADALENO, 2022).

Já o Princípio da Autonomia Privada aponta que as relações familiares devem ser pautadas em questões jurídicas e não patrimoniais, isto posto, após a vigência da Constituição Federal de 1988, houve uma diminuição dos freios e restrições que esse ramo do direito apresentava para que os envolvidos tenham mais liberdade de decisão (autonomia de vontade), além disso a intervenção judicial na família foi reduzida de maneira que é possível, por exemplo, a realização de divórcios extrajudicial e a dissolução da união estável também extrajudicial (MADALENO, 2022).

No que se refere ao Princípio da Liberdade no Direito de Família, observa-se que ele tem relação com a capacidade da pessoa fazer escolhas. Alguns exemplos são: o poder de decidir constituir uma família; a faculdade de optar pelo casamento ou pela união estável, sendo que o ordenamento jurídico veda qualquer tipo de interferência de pessoa pública nessa esfera privada e os indivíduos apresentam soberania de decisão sobre o planejamento familiar; o controle de eleger o regime de casamento de sua preferência (salvo nos casos em que a lei estabelece um regime); a possibilidade de em caso de divórcio ou separação ou dissolução da união estável escolher entre a vida judicial e a extrajudicial. (MADALENO, 2022).

Destarte, o Princípio da Monogamia importante salientar que ele não é um axioma do direito estatal de família, mas uma diretriz decorrente da proibição de existência de múltiplas relações matrimoniais resguardadas pelo Estado, com isso trata-se de um imperativo cultural, de uma prática social e de uma norma moral. Ademais, manifesta-se como um dever dos cônjuges (artigo 1.566, inciso I do Código Civil), um desdobramento da lealdade existente entre os companheiros (artigo 1.725 do Código Civil) e uma função ordenadora da família (MADALENO, 2022).

Acrescenta-se que, nas palavras de Maria Berenice Dias (2021, p.64):

Em atenção ao preceito monogâmico, o Estado considera crime a bigamia (CP 235). Pessoas casadas são impedidas de casar (CC 1.521 VI) e a bigamia torna nulo o segundo casamento (CC 1.548 II e 1.521 VI). Inclusive - por incrível que pareça — é anulável a doação feita pelo adúltero a seu cúmplice (CC 550).

O Princípio da Diversidade Familiar ou pluralismo das entidades familiares sustenta que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a formação da família passou a ser possível através do casamento e da união estável, visto que o primeiro deixou de ser o único meio de construção do vínculo familiar. Dessa maneira, constata-se que o Estado passou a reconhecer diversas outras possibilidades de arranjos familiares, conforme apresentado no capítulo anterior, como é o caso da família monoparental (um dos pais e os descendentes), da família paralela (decorrente de uniões simultâneas) e outras configurações unidas pelo elo do afeto (MADALENO, 2022).

Destaca-se que, o Princípio do Afeto é um dos mais importantes para o Direito de Família, uma vez que o afeto é considerado a mola propulsora da construção e estabelecimento dos laços familiares, assim como das relações interpessoais movidas pela existência dos sentimentos de carinho e amor. Outrossim, nota-se que a afetividade rege a edificação dos vínculos de filiação, do casamento ou união estável e de parentesco, pois não existe mais a exigência de vínculos consanguíneos para o reconhecimento da paternidade, por exemplo, existindo atualmente a socioafetividade que equivale aos laços de sangue, nos termos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 898.060-SC (MADALENO, 2022).

Evidencia-se que, o Princípio da Igualdade de Filiação encontra fundamento legal no artigo 227, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988 e no artigo 1.596 do Código Civil, sendo que estabelece a paridade entre os filhos havidos ou não do casamento ou da união estável, que foram adotados ou reconhecidos através da socioafetividade de maneira que não existe qualquer tipo de distinção entre eles, com isso todos têm os mesmos direitos e qualificações (MADALENO, 2022).

O Princípio da Proteção da Pessoa com Deficiência tem origem na Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, sendo que o referido diploma internacional foi ratificado pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 186 de 09 de junho de 2008 e deu origem à aprovação da Lei nº 13.146 de 06 de Julho de 2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência (MADALENO, 2022).

Com isso, a mencionada legislação é responsável por tutelar a igualdade, o exercício de direitos e as liberdades fundamentais dessas pessoas, com o objetivo de promover a inclusão social e a cidadania, bem como a equidade de oportunidades e de tratamento. Por isso, o referido princípio assegura à pessoa com deficiência o mesmo tratamento das outras e assegura a luta contra a discriminação (MADALENO, 2022).

Ressalta-se que os Princípios da Solidariedade e da Reciprocidade são complementares, posto que o primeiro determina que os componentes da entidade familiar devem prestar auxílio entre si para garantir a dignidade humana, além de implicar no respeito e na consideração mútua de forma que a solidariedade deve ser patrimonial,

afetiva e psicológica. Decorrente disso surge a reciprocidade (deveres recíprocos) que representa exatamente a obrigação dos pais em educar os filhos durante a vigência do Poder Familiar, sendo que quando eles alcançarem a velhice a responsabilidade será dos filhos em cuidar dos pais, sendo que nessa lógica também se encaixa a obrigação alimentícia, conforme artigos 229 da Constituição Federal de 1988 e 1.696 do Código Civil (DIAS, 2021).

O Princípio da Integral Proteção da Criança, do Adolescente, dos Jovens e dos Idosos implica que os direitos assegurados no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 sejam aplicadas às crianças, aos adolescentes, aos jovens e aos idosos, pois são categorias de indivíduos que se encontram em vulnerabilidade e fragilidade em comparação com outros cidadãos por serem pessoas em desenvolvimento ou que já não estão no seu auge físico e fisiológico merecendo tratamento especial (DIAS, 2021).

Ademais, as crianças, os adolescentes e os jovens apresentam prioridade absoluta na proteção a direitos como vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade, convivência familiar e comunitária, assim como têm assegurado que não serão expostos a situações de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. No que tange à proteção especial do idoso a Constituição garante que é dever da sociedade, da família e do Estado defender a dignidade dessas pessoas, promover seu bem-estar para lhe certificar o respeito ao seu direito à vida, determinar a adoção de políticas públicas para amparar os idosos através de programas governamentais (DIAS, 2021).

Relativamente ao Princípio da Proibição do Retrocesso Social, observa-se que quando a Constituição garante especial tratamento à família acaba por estabelecer as diretrizes do Direito de Família em 3 (três) eixos principais, sendo eles: (1) a igualdade de gêneros na estrutura familiar; (2) o reconhecimento do pluralismo de entidades familiares que merecem proteção estatal e (3) o tratamento igualitário entre a prole. Portanto, essas normas de direito subjetivo passam a ter proteção constitucional e, assim se torna impedimento para retrocessos sociais, visto que essas normas não podem sofrer qualquer tipo de limitação ou restrição por leis infraconstitucionais (DIAS, 2021).

O Princípio da Paternidade Responsável e Planejamento Familiar designa que a decisão de realizar o planejamento familiar (escolhas para preparar a chegada de um filho e conhecimento sobre prevenção de gravidez não planejada) é livre do casal, com fundamentação na dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável, que representa o respeito das determinações dos artigos 226 e 227 da Constituição Federal, para assegurar um crescimento tranquilo e respeitoso às crianças, adolescentes e jovens (GONÇALVES, 2020).

Vale destacar que o Princípio da Comunhão Plena de Vida tem base no afeto existente entre os cônjuges ou companheiros que apresentam igualdade de direitos e deveres, conforme artigo 1.511 do Código Civil, representando a ideia de intimidade e solidariedade que deve existir no casamento ou na união estável, além do mais o referido axioma veda qualquer interferência de pessoas jurídicas de direito público ou privado na esfera íntima da família, nos termos do artigo 1.513 do Código Civil (GONÇALVES, 2020).

Urge salientar que o Princípio da Liberdade de Construir uma Comunhão de Vida Familiar pressupõe que o casal que está construindo uma vida juntos, através do casamento ou da união estável, tem o direito de tomar as decisões que preferir sem qualquer interferência, sendo que essas providências são, por exemplo, o planejamento familiar (artigo 1.565 do Código Civil) de forma que o Estado somente pode intervir para assegurar o acesso a recursos educacionais e científicos para exercício dessa garantia (artigo 226, parágrafo 7º da Constituição Federal de 1988); aquisição e administração do patrimônio familiar de maneira autônoma (artigo 1.642 e 1.643 do Código Civil); a escolha do regime de bens mais adequado para suas necessidades (artigo 1.639 do Código Civil, dentre outras escolhas (GONÇALVES, 2020).

O Princípio do Maior Interesse da Criança e do Adolescente origina-se das disposições do artigo 227 da Constituição Federal de 1988, posto que impõe como obrigação do Estado, da família e da sociedade a absoluta prioridade das crianças e dos adolescentes, sendo que em razão dessa norma o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 3º, apresenta que eles gozam de todos os direitos fundamentais concedidos à pessoa humana, sem que ocorra qualquer prejuízo a sua proteção integral, de forma que a lei e outros meios legais (como, por exemplo, políticas públicas) garantem acesso a oportunidades e facilidades para alcançar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social com liberdade e dignidade (TARTUCE, 2020).

No tocante ao Princípio da Função Social da Família evidencia-se que ela é uma unidade fundamental da sociedade que tem especial proteção do Estado, com isso sua principal função é funcionar como um meio para a busca pela felicidade nas relações interpessoais. Com isso, as relações familiares precisam ser analisadas em conformidade com o contexto social, político, histórico e regional de maneira que eventuais mudanças devem ser agregadas ao Direito de Família como, por exemplo, a noção de afetividade que transformou positivamente os laços familiares com o reconhecimento da paternidade socioafetiva e as mudanças coletivas que levaram à ampliação/abrangência do conceito de família (TARTUCE, 2020).

Importante frisar que o Princípio da Convivência Familiar prevê que a regra é a convivência entre os membros da mesma família, sendo assim o afastamento dos filhos da relação com os pais somente deve ocorrer em casos extremos e de interesse superior como, por exemplo, em caso de adoção ou destituição do Poder Familiar por

descumprimento de algumas determinação legal, com isso o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 23, assegura que questões financeiras e econômicas não são motivação suficiente para obstar a convivência familiar e promover a perda ou suspensão do Poder Familiar (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020).

O último axioma que merece ser trazido à baila é o Princípio da Intervenção Mínima do Estado no Direito de Família. De acordo com suas disposições, apesar do Direito de Família em muitas situações apresentar características públicas, isso não é um permissivo para que o Estado interfira diretamente no ambiente familiar, uma vez que esse tipo de relação é regida pelo afeto, sendo que o papel estatal é fornecer assistência e apoio de forma que a sua intervenção somente se justifica em casos de ameaça de lesão ou lesão ao interesse jurídico dos membros da família (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020).

Diante do exposto, resta claro que foram apresentados os princípios que regulamentam o Direito de Família, sendo que foram utilizados livros dos doutrinadores Rolf Madaleno (2022), Maria Berenice Dias (2021), Carlos Roberto Gonçalves (2020), Flávio Tartuce (2020) e Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2020) com a finalidade de identificar o maior número de axiomas possíveis.

3. PRINCIPAIS CONSIDERAÇÕES SOBRE O PARENTESCO

Considerando a temática central da pesquisa, observa-se que discutir os principais pontos que envolvem o parentesco como, por exemplo, o seu conceito, suas modalidades e seus efeitos é essencial para a melhor compreensão da temática.

Salienta-se que, conforme citado anteriormente, a família é a primeira estrutura social que o indivíduo pertence e tem contato, sendo que ela representa uma estrutura fundamental formada pelos pais com seus filhos e consolidada pela construção de vínculos afetivos, sendo que atualmente o ordenamento jurídico pátrio reconhece sua pluralidade merecendo proteção especial do Estado.

Assim, da construção familiar se desdobra o instituto do parentesco que se materializa como a relação jurídica que estabelece vínculo entre as pessoas em razão da descendência umas das outras ou de um agente comum (consanguinidade), em decorrência da celebração do casamento ou da vivência em união estável ou pela socioafetividade (afinidade) ou pelo reconhecimento de um vínculo legal pela adoção ou outra origem (civil) (GONÇALVES, 2020).

Nesse sentido, Flávio Tartuce (2020, p.1.991) aponta que parentesco pode ser definido como "o vínculo jurídico estabelecido entre pessoas que têm mesma origem

biológica (mesmo tronco comum); entre um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro; e entre as pessoas que têm entre si um vínculo civil”.

Vale ressaltar também a definição de parentesco apresentada por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2020, p.2.069) que consideram parentesco como “a relação jurídica, calcada na afetividade e reconhecida pelo Direito, entre pessoas integrantes do mesmo grupo familiar, seja pela ascendência, descendência ou colateralidade, independentemente da natureza (natural, civil ou por afinidade)”.

Dessa forma, a partir da conceituação do instituto nota-se que as modalidades de parentesco são: o consanguíneo ou biológico ou natural, o por afinidade e o civil. O parentesco consanguíneo, biológico ou natural é aquele que se materializa através da existência de um vínculo biológico ou de sangue, visto que as pessoas com esse tipo de parentesco apresentam o mesmo tronco (TARTUCE, 2020).

Já o parentesco por afinidade é estabelecido em virtude da celebração do casamento ou pela constituição de uma união estável e compreende os cônjuges e companheiros e os parentes da contraparte, sendo que “deve ser atentado o fato de que marido e mulher e companheiros – inclusive homoafetivos –, não são parentes entre si, havendo outro tipo de vínculo, decorrente da conjugalidade ou da convivência” (TARTUCE, 2020, p.1991).

Evidencia-se que, o parentesco por afinidade na união estável foi uma novidade prevista pelo Código Civil de 2002 em seu artigo 1.595. Além disso, interessante enfatizar que essa modalidade de parentesco apresenta limitações, posto que se restringe aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou do companheiro (nos termos do artigo 1.595, parágrafo 1º do Código Civil). Ademais, ainda sobre o parentesco por afinidade Flávio Tartuce (2020, p.1.991-1.992) aponta que:

há parentesco por afinidade na linha reta ascendente em relação ao sogro, à sogra e seus ascendentes até o infinito. Na linha reta descendente, em relação ao enteado e à enteada e assim sucessivamente até o infinito. Na linha colateral, entre cunhados. Na linha reta, até o infinito, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável, havendo um vínculo perpétuo (art. 1.595, § 2.º, do CC). Nessas últimas relações há impedimento matrimonial, como visto (art. 1.521, inc. II, do CC).

Outrossim, em relação ao parentesco civil enfatiza-se que ele decorre de outras origens além dos vínculos de sangue ou afinidade, conforme define o artigo 1.593 do Código Civil. A principal maneira de constituir o parentesco civil é através da adoção, contudo a jurisprudência e a doutrina atualmente reconhecem a possibilidade de

configuração do parentesco civil através da reprodução heteróloga (doação de material por terceiro) e pela socioafetividade (manifestada através da posse do estado de filho e o reconhecimento da existência de vínculo afetivo) (TARTUCE, 2020).

Nessa perspectiva, interessante frisar os enunciados 103 da I Jornada de Direito Civil, o 256 da III Jornada de Direito Civil e o 519 da V Jornada de Direito Civil, nas palavras de Flávio Tartuce (2020, p.1992):

Em complemento, o Enunciado n. 256 do CJF/STJ, da III Jornada de Direito Civil: “a posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”. Na V Jornada de Direito Civil, de 2011, aprovou-se o seguinte enunciado sobre o tema: “O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai (s) e filho (s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais” (Enunciado n. 519).

Outro ponto que merece ser trazido à baila quando o assunto é parentesco é a sua classificação em razão das linhas e graus. O parentesco em linha reta encontra fundamentação legal no artigo 1.591 do Código Civil, sendo que deve ser compreendido como as pessoas que apresentam uma relação de ascendência ou descendência. Assim, parentes consanguíneos na linha reta são descendentes uns dos outros sem que existam limitação de grau como, por exemplo, neto, filho, pai e avô (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020).

Nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2020, p.2.076) o parentesco consanguíneo, o parentesco civil e o parentesco por afinidade quando se fala em linhas:

Assim, cada linha é subdividida, como veremos, em graus, de maneira que, dada a proximidade, o pai (1º grau) é parente mais próximo do que o avô (2º grau). Subindo ou descendo, não importa, os indivíduos serão considerados parentes em linha reta, ad infinitum (...)

Por equiparação constitucional, pensamos que esse mesmo raciocínio poderá ser aplicado ao parentesco civil — decorrente, como dito, não do liame genético, mas do reconhecimento jurídico — como se dá entre pai adotante e filho adotado (parentes em linha reta de primeiro grau).

E, nesse mesmo diapasão, também no parentesco por afinidade afigura-se possível tal análise, como na hipótese da sogra em relação ao genro ou do padrasto em relação à enteada (parentes por afinidade em linha reta). Neste último caso, dadas as suas especificidades, é forçoso convir que, embora aceitável, não há tanta utilidade na contagem de graus.

O parentesco em linha colateral é regulamentado pelo artigo 1.592 do Código Civil de maneira que são parentes nessa configuração as pessoas provenientes do mesmo tronco, sem que exista descendência entre elas. Na horizontal, são parentes por sangue em linha colateral as pessoas que, não descendem umas das outras, porém derivam do mesmo tronco comum como, por exemplo, irmãos (colaterais de segundo grau) e tios/sobrinhos (colaterais de terceiro grau) (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020).

Ressalta-se que, segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2020, p.2.076) no caso da linha colateral o parentesco civil e o parentesco por afinidade:

O parentesco civil, por sua vez, por inserir a pessoa no contexto familiar como se descendência genética houvesse, amolda-se a essa perspectiva de análise (ex.: o meu irmão é parente colateral de segundo grau, não importando se foi adotado ou não).

Finalmente, no parentesco por afinidade, a linha colateral restringe-se à relação de cunhado (cunhado é parente por afinidade na linha colateral).

A única modificação substancial do Código Civil de 2002, em relação à disciplina normativa anterior foi precisamente a redução do limite legal do parentesco por colateralidade, que passou do sexto grau para o quarto grau civil.

Trata-se de um critério que acompanha a tradicional regra do direito à herança

No que se refere ao parentesco quanto aos graus sua normatização encontra-se no artigo 1.594 do Código Civil, sendo que o critério essencial para determinação dos graus é o número de gerações, sendo que “tanto no parentesco em linha reta quanto no colateral, sendo que, nesse último, é preciso subir até o ascendente comum e descer até encontrar o outro parente, eis que, como já dito, os parentes colaterais não descendem uns dos outros.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p.2.077).

Por último, os efeitos do parentesco são: estabelecer o dever recíproco ao pagamento da obrigação alimentícia; obstar a celebração de casamento entre parentes;

provocar, normalmente para um terceiro, os encargos de tutoria e curadoria; conceder legitimidade para os parentes no caso de defesa dos direitos da personalidade da pessoa falecida e orientar a ordem de sucessão hereditária apresentando os beneficiários da herança (SCHREIBER, 2020).

Interessante frisar que o parentesco tem repercussão em outras áreas do direito além do cível como, por exemplo, no direito constitucional quando determina impedimentos na ordem política (artigo 14, parágrafo 7º da Constituição Federal de 1988); no direito administrativo por impedir que o servidor público mantenha parentes até o segundo grau em cargo ou função de confiança (Lei nº 8.112/1990, artigo 117, inciso VIII); no direito processual civil a proibição de parentes colaterais até 3º grau sejam testemunha em processos, salvo em caso de interesse público ou impossibilidade de obter outro meio de prova (artigo 447, parágrafo 2º do Código de Processo Civil) e no direito penal isenta de pena os crimes contra o patrimônio praticados contra ascendentes, descendentes (artigo 181 do Código Penal) (SCHREIBER, 2020).

Diante do exposto, foram descritos o conceito, modalidades, classificação e efeitos do parentesco, sendo que aspectos são essenciais para compreensão da temática central da pesquisa.

4.A MULTIPARENTALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Precedentemente, nos termos do que restou evidenciado anteriormente, nota-se que o afeto (de acordo com o princípio da efetividade) passou a ser um dos elementos mais significados do Direito de Família tendo, inclusive, possibilitado a ampliação do conceito de família e o reconhecimento de diversos tipos de entidades familiares. Outrossim, o afeto também passou a ser um integrante importante na definição dos vínculos parentais como é o caso da socioafetividade (citada anteriormente).

A multiparentalidade é um tema que vem ganhando destaque no Direito de Família em razão da possibilidade de adoção por casais homoafetivos, visto que uma criança passaria a ter dois pais ou duas mães em seu registro de nascimento, no entanto o assunto também vem ganhando espaço em razão do reconhecimento da parentalidade socioafetiva de forma complementar à parentalidade biológica com o registro de dupla paternidade ou dupla maternidade.

Além disso, em razão do aumento do número de famílias mosaico (junção de família compostas por um dos pais e os filhos, podendo ser decorrente de divórcio ou dissolução de união estável ou pais solteiros) a parentalidade biológica tem colidido com a parentalidade socioafetiva, assim visando o melhor interesse da criança, em razão da evolução do conceito de família, a constante desenvolvimento do Direito de Família e das

mutações sociais, a doutrina e a jurisprudência têm cada vez mais considerando a possibilidade de manutenção dos vínculos biológicos e afetivos de forma concomitante (NARDI,2017).

Dessa forma, a multiparentalidade é um importante mecanismo para tutelar a realidade de muitas famílias brasileiras que além dos laços sanguíneos desenvolveram os laços afetivos, afinal o Direito de Família superou a concepção de família com base no parentalismo para compreender que esse laço nasce do afeto, superando também o aspecto biológico para dar lugar aos laços psicológicos, o afeto especial decorrente de uma relação estável, com coabitação, intuito de construir uma família, com proteção, solidariedade, interdependência econômica e visando uma vida comum (MADALENO, 2022).

Com isso, a multiparentalidade é caracterizada quando uma pessoa possui dois pais ou duas mães reconhecida pelos vínculos biológico e socioafetivo, em razão da necessidade de valorização dos vínculos socioafetivos e do Princípio da Afetividade dentro do conceito de família e das relações familiares. Além disso, nada impede que uma pessoa solicite o reconhecimento de três mães e um pai, sendo uma delas registral, outra biológica e uma terceira socioafetiva e todas apresentarem pretensões de registro da maternidade (NARDI,2017).

Nesse sentido, é o conceito que apresenta Carlos Roberto Gonçalves (2020, p.388) de maneira que define a pluriparentalidade como “no fato de o filho possuir dois pais, ou mães, reconhecidos pelo direito, o biológico e o socioafetivo, em função da valorização da filiação socioafetiva”.

Destarte, observa-se que o reconhecimento da parentalidade simultânea é decorrente do reconhecimento do vínculo de filiação entre duas ou mais pessoas, sendo que o seu cabimento ou não será analisado sob o ponto de vista no melhor interesse do filho, permitindo que um mesmo indivíduo tenha uma multiplicidade de pais ou mães, assim como terão que cumprir com os encargos decorrente do Poder Familiar e o filho terá o mesmo direito de seus irmãos. (CASSETTARI, 2017)

A doutrina vem discutindo muito sobre a pluriparentalidade, considerando-a apta a produzir efeitos no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse contexto, as doutrinadoras Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues (2014, p.204) acreditam na possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade:

Em face de uma realidade social que se compõe de todos os tipos de famílias possíveis e de um ordenamento jurídico que autoriza a livre (des)constituição familiar, não há como negar que a existência de famílias reconstituídas representa a possibilidade de uma múltipla

vinculação parental de crianças que convivem nesses novos arranjos familiares, porque assimilam a figura do pai e da mãe afim como novas figuras parentais, ao lado de seus pais biológicos. Não reconhecer esses vínculos, construídos sobre as bases de uma relação socioafetiva, pode igualmente representar ausência de tutela a esses menores em formação.

Importante ressaltar que o tema já foi alvo de discussão no Supremo Tribunal Federal, através do julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060 SC, e reconhecida a repercussão geral do tema (Enunciado 622). No julgamento do mencionado recurso, o referido órgão jurisdicional decidiu que a paternidade socioafetiva, reconhecida em registro ou não, não obsta o reconhecimento do vínculo de filiação concomitantemente ao biológico, bem como deverão ser reconhecidos todas as suas consequências jurídicas – patrimoniais e extrapatrimoniais – ou seja, foi reconhecida a possibilidade de colação da parentalidade socioafetiva e biológica, o que significa ser plenamente cabível a pluralidade de vínculos familiares e a ocorrência da multiparentalidade.

Acentua-se que, na mencionada decisão, o Supremo consolidou a predominância da responsabilidade do pai biológico sobre o pai afetivo, mesmo que ele não tenha convívio com o filho e mesmo que o exercício da paternidade tenha sido realizado pelo socioafetivo, sendo reconhecida a possibilidade de acréscimo registral ou o reconhecimento da filiação biológica com todos os efeitos jurídicos decorrentes da parentalidade como: reconhecimento de parentalidade paralela entre filiação socioafetiva e biológica; alteração de nome e registro da dupla filiação; guarda e convivência; alimentos; pagamento de alimentos em caso de pais idosos; herdar o patrimônio dos indivíduos que o vínculo de parentesco foi reconhecido; direitos previdenciários e securitários.

Diante disso constata-se que, a referida decisão do Supremo Tribunal Federal, resumidamente, reconheceu a relevância jurídica da socioafetividade, isto é, da manifestação na vida social da paternidade em razão de vínculos afetivos; consagrou o reconhecimento da inexistência de hierarquia entre a paternidade socioafetiva e a biológica, sendo perfeitamente possível a coexistência entre elas e o reconhecimento da possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade (SCHREIBER, 2020).

Evidencia-se que o Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com a decisão mencionada, vem reconhecendo a coexistência da paternidade socioafetiva e do vínculo biológico, entendendo não existir qualquer restrição de registro e reconhecimento dos dois tipos de vínculos parentais, conforme julgamento do Agravo Interno no Recurso Especial

nº 1.622.330 RS e Agravo Interno e Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1607056/SP.

Ademais, em 2017, a Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça apresentou o Provimento nº 63 com o intuito de instituir modelos únicos para emissão de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, assim como foi responsável por permitir o reconhecimento extrajudicial pelos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais, de maneira voluntária e a averbação, da paternidade e da maternidade socioafetivas.

Frisa-se que o artigo 10, do referido Provimento, institui que o reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoas com mais de 12 (doze) anos deve ser realizado perante o Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, sendo que ele será irrevogável, com isso somente poderá ser desconstituído perante o Poder Judiciário quando restar comprovado vício de vontade, fraude ou simulação. Além do mais, podem requerer o reconhecimento de filho as pessoas maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente de qual seja seu estado civil; não é possível esse tipo de reconhecimento de irmãos entre si, nem entre os ascendentes e o suposto pai ou mãe deve ser 16 (dezesseis) anos mais velho que o pretendido filho.

Considerável ressaltar que a paternidade ou a maternidade socioafetiva deve se demonstrar estável e devidamente exteriorizada socialmente, assim como o oficial de registro deve atestar a existência do vínculo pretendido através de uma apuração objetiva verificando objetivamente os elementos concretos.

Assim, cabe ao requerente atestar a afetividade por meio de todos os meios de prova admitidos em direito, principalmente por documentos como por exemplo: registro escolar tendo como responsável pelo aluno o pai ou mãe socioafetivo; inscrição do filho em plano de saúde ou órgão de previdência; registro oficial de que residem na mesma casa; inscrição do requerente como dependente em entidades associativas; registros fotográficos de celebrações relevantes e declaração de testemunhas com firma reconhecida.

Vale destacar que a ausência desses documentos não impede o reconhecimento da socioafetividade extrajudicial, no entanto cabe ao oficial de registro informar como atestou a existência desse vínculo, bem como os documentos arrolados para comprovação das circunstâncias devem ser devidamente arquivados (originais ou cópias) anexados ao requerimento.

Face ao exposto, foi devidamente explorado conceito de multiparentalidade, as motivações para o seu reconhecimento e o posicionamento dos tribunais acerca do assunto, sendo que se trata de um tema pacificado na jurisprudência e na doutrina, bem

como em 2017 do Conselho Nacional de Justiça simplificou seu reconhecimento, uma vez que ele passou a ser realizado também de maneira extrajudicial nos cartórios competentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente trabalho, plenamente atingido, foi discorrer sobre a multiparentalidade no Direito Brasileiro, apresentando o entendimento de diversos doutrinadores, o posicionamento dos tribunais superiores e a possibilidade do seu reconhecimento extrajudicial, para tanto preocupou-se em apresentar o conceito de família, descrever os princípios do Direito de Família, apontar as principais considerações sobre o parentesco e definir como a multiparentalidade é tratada no Direito Brasileiro.

Nesse sentido, observa-se que o Direito de Família, acompanhando a evolução da sociedade e as mutações sofridas nas formas de manifestação e constituição da família, começou a ampliar seu conceito para cada dia mais, contemplar as mais diversas formas de manifestação do afeto e união de pessoas em torno de diversas formas de vínculo. Assim, visando contemplar a diversidade familiar, o ordenamento jurídico brasileiro passou a reconhecer as famílias matrimoniais, informais, monoparentais, anaparentais, reconstruídas, paralelas, naturais, eudemonistas e homoafetivas.

Ademais, fazendo um copilado de diversos autores - Rolf Madaleno (2022), Maria Berenice Dias (2021), Carlos Roberto Gonçalves (2020), Flávio Tartuce (2020) e Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2020) – observa-se que os princípios do Direito de Família que merece destaque são: da Dignidade da Pessoa Humana; da Igualdade; da Autonomia Privada; da Liberdade; da Monogamia; da Diversidade Familiar; da Afetividade; da Igualdade de Filiação; da Proteção da Pessoa com Deficiência; da Solidariedade e Reciprocidade; da Proteção Integral a Criança, ao Adolescente, aos Jovens e Idosos; da Proibição do Retrocesso Social; da Paternidade Responsável e do Planejamento Familiar; da Comunhão Plena de Vida; da Liberdade de Construir uma Comunhão de Vida Familiar; do Maior Interesse da Criança e do Adolescente; da Função Social da Família; da Convivência Familiar e da Intervenção Mínima do Estado no Direito de Família.

Importante salientar que as modalidades do parentesco são: o consanguíneo ou biológico ou natural, o por afinidade e o civil, sendo que dentro delas existem duas classificações: a divisão em linhas (reta e colateral) e em graus (1º, 2º, 3º e 4). Além disso, constata-se que existem desdobramentos da existência de parentesco como, por exemplo, o surgimento da obrigação de pagar alimentos de maneira recíproca; o impedimento de que o casamento entre parentes aconteça e o estabelecimento da ordem de vocação hereditária que irá definir a preferência dos parentes que são beneficiários da herança.

Enfatiza-se que a multiparentalidade é o reconhecimento da possibilidade da paternidade/maternidade biológica e a socioafetiva serem aceitas concomitantemente no registro de nascimento de uma pessoa, materializando a dignidade da pessoa humana, o afeto, a garantia e manutenção dos vínculos de parentesco. Isso significa que a pluriparentalidade resulta da confirmação do vínculo de filiação entre duas ou mais pessoas, respeitando o melhor interesse do filho, permitindo a multiplicidade de mães ou pais, assim como implica em todos os encargos decorrentes do reconhecimento da maternidade/paternidade.

Por fim, conclui-se que, a multiparentalidade passou a ser avaliada pelos juristas brasileiros, visto que cabe ao Direito tutelar e resguardar necessidades e anseios da sociedade, com isso visando preservar o direito dos menores, de todos os indivíduos que de alguma forma se interessarem pelo reconhecimento da maternidade ou paternidade socioafetiva e visando proteger os direitos das crianças adotadas por casais homoafetivos, a parentalidade simultânea passou a ser devidamente reconhecida pela comunidade jurídica e regulamentada pelos tribunais superiores, sendo apta para produzir efeitos.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº63 de 14 de Novembro de 2017**. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525> >. Acesso em 26 de Maio de 2022.

BRASIL, Presidência da República, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL, Presidência da República, **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso dia 04 de Maio de 2022.

BRASIL. **Código Civil. Lei N.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Vade Mecum RT/ obra de autoria da Editora Revista dos Tribunais RT. 14. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais RT, 2018.

BRASIL. **Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm >. Acesso dia 03 de Maio de 2022.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. – 3. ed. rev., atual., e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias** - 14. ed. rev. ampl. e atual. — Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família. - Direito civil brasileiro vol. 6** – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MADALENO, Rolf. **Manual de direito de família.** – 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022.

NARDI, Norberto Luiz. **Direito Acontecendo na União Estável - Volume 9**/Norberto Luiz Nardi, Marília Possenatto Nardi, Vinicius Possenatto Nardi. – São Paulo: LEDRIPRINT EDITORA, 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direitos de Família.** – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil: contemporâneo.** – 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil – volume único.** – 4. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único.** – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade.** São Paulo: Atlas, 2014.

A PRÁTICA DO MOBBING E A VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA NO AMBIENTE DE TRABALHO

RAISSA AMANDA BERTACO:

Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário de Santa Fé do Sul - UNIFUNEC

JANAINA GUIMARÃES MANSILIA

(orientadora)¹³⁴

RESUMO: O artigo científico vem apresentar algo que todos vivem e passam, em nosso cotidiano. Ele demonstra o assédio moral sofrido em ambiente laboral, de vários aspectos, assim trazendo à tona o mobbing, que pouco utilizado, porém muito importante para as empresas, demonstrando todos os tipos de assédios sofridos em âmbito trabalhista. Para demonstrar aos superiores e subordinados, como funciona e como pode se evitar esses tipos de situações degradantes, que muitas das vezes desgasta a integridade física, psíquica e moral do indivíduo. Como e quais os conflitos que levam a pratica do mobbing. Demonstra o aumento de casos no Brasil e qual categoria costuma sofrer mais com esse tipo de assedio. Deste modo sendo uma das áreas, com mais demanda processual no Estado Brasileiro, agora com os tribunais aplicados, prática do mobbing como assédio moral. Que apesar de não ter legislação própria para usar em ambito trabalhista, assim se utiliza do art. 483 da CLT, para o judiciário. Uma vez que a nova Lei nº.4.742/01 aprovada em Março de 2019 é apenas de competencia Criminal. E lembrando que o mobbing é o assédio moral sofrido em ambiente profissional, um aspecto que só aumenta, e que é de grande relevância para a população, assim apresentar as soluções cabíveis, para a resolução do problema.

Palavra Chave: Pratica do Mobbing. Assédio Moral. Ambiente de trabalho e Assedio Físico e Psicológico.

ABSTRACT: The scientific article presents something that everyone lives and passes, in our daily lives. It demonstrates the bullying suffered in the workplace, in various aspects, thus bringing up mobbing, which little used, but very important for companies, demonstrating all kinds of harassment suffered in the workplace. To demonstrate to superiors and subordinates, how it works and how to avoid these types of degrading situations, which often erodes the physical, psychological and moral integrity of the individual. How and

134 Advogada, Professora; Mestre em Direito do Trabalho

what conflicts lead to the practice of mobbing. It shows the increase of cases in Brazil and which category usually suffers more from this type of harassment. Thus being one of the areas, with more procedural demand in the Brazilian State, now with the courts applied, mobbing practice as moral harassment. That although it does not have its own legislation to use in labor ambit, so it uses art. 483 of the CLT, for the judiciary. Once the new Law nº.4.742/01 approved in March 2019 is only of Criminal competence. And remembering that mobbing is the moral harassment suffered in a professional environment, an aspect that only increases, and that is of great relevance to the population, thus presenting the appropriate solutions for solving the problem.

Key Words: Mobbing Practice. Bullying. Work Environment. and Physical and Psychological Harassment.

1 INTRODUÇÃO

O artigo traz os abusos psicológicos e morais praticados e enfrentados no ambiente de trabalho. Desta forma sendo uma conduta abusiva contra a dignidade física, psíquica e moral dos trabalhadores.

Compreende-se que o abuso moral sempre existiu, e acontece em muitas situações principalmente, em relações hierárquicas, como ambiente familiar, social e não seria diferente no ambiente de trabalho, atribuído à prática de Mobbing.

O mobbing vem trazer que o assédio moral dentro do ambiente de trabalho, quando o indivíduo ataca o outro com a intenção de prejudicar, e mesmo que vindo a tona agora ele existe na sociedade desde os primórdios.

2 ORIGEM “MOBBING”

A origem mobbing foi pela primeira vez retratada em 1951, após Nikolaas Tinbergen e Konrad Lorenz, dois pesquisadores, que por muito tempo observaram o comportamento de aves, sendo elas gansos e gaivotas.

Notaram que em forma de defesa, elas se juntavam e atacavam predadores ou quando se sentiam ameaçados, para desta forma não se tornarem presas, porém o que para o reino animal era algo positivo, na vida real é totalmente ao contrário, para o ser humano se trata de algo contraproducente.

Por ser algo muito comum de acontecer em ambientes laborais, assim ocorre quando um ou mais indivíduos ofendem a integridade de um outro intencionalmente, assimlhe causando danos irreparáveis, desta forma constitui-se o assédio moral.

2.1 CONCEITO DO MOBBING OU ASSÉDIO MORAL

Apesar de estar se tornando um dos assuntos mais recorrentes no âmbito Trabalhista, já é célebre desde os primórdios da sociedade, o assédio sempre existiu nas relações humanas que se caracterizam como um modo de coação social; Sendo elas em qualquer situação hierárquica como em relações laborais, familiares, educacionais ou até mesmo nos vínculos de amizade, se denominando como mobbing, bullying que são conceituados como assédio moral.

A expressão Mobbing é estrangeira que significa assédio moral em ambiente de trabalho, a elucidação de assédio vem do sentido figurado de insistência, perseguição, importunação, até chegar ao ponto de molestar, perturbar, aborrecer ou até mesmo atacar diretamente e constantemente a alguém psicologicamente ou fisicamente.

Desta forma o assédio é uma conduta abusiva que ofende a integridade psíquica e física do indivíduo, desta maneira causando um mal-estar no ambiente de trabalho, uma sensação de desconforto no convívio dos funcionários das empresas. Valendo recordar que o assédio não existe apenas em ambientes de trabalho. Sendo assim os doutrinadores como Sônia Aparecida Mascaro Nascimento, aplica que:

[...] Assédio moral se caracteriza por ser uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada, e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar ofensa à personalidade, à dignidade ou à integridade psíquica, e que tenha por efeito excluir a posição do empregado no emprego ou deteriorar o ambiente de trabalho, durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções[...] (NASCIMENTO, 2004, p. 922 930)

Neste mesmo pensamento Marie- France Hirigoyen conjectura o assédio moral das seguintes formas:

[...] toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou integridade física ou psíquica de uma pessoa, por em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho [...] (HIRIGOYEN, 2000, p. 20).

De contrapartida vem Márcia Novaes Guedes que nos traz um uma opinião diferente das da demais:

[...] Todos aqueles atos e comportamentos provindos, do patrão gerente, superior hierárquico ou dos colegas, que traduzem uma atitude de contínua e ostensiva perseguição que possa acarretar danos relevantes às condições físicas, psíquicas e morais da vítima [...] (GUEDES,2013,p.33) .

Pode-se notar que com toda a certeza, que em ambos a condição mais utilizada para o assédio moral em ambiente de labor é mobbing.

2.2 A PRÁTICA DO MOBBING

Como descrito acima o mobbing é uma forma de ofender ou denegrir a imagem de outro indivíduo, que ocorre em ambiente de trabalho, mais frequentemente em relações hierárquicas.

Em que consiste em uma prática de violência psicológica, que acontece com frequência, de forma abusiva, como humilhação, constrangimento entre várias outras possibilidades, por consequência sendo muito degradante o convívio entre os indivíduos, podendo causar até alguma enfermidade em quem está sofrendo este vínculo abusivo no caso da vítima.

2.3 CLASSIFICAÇÃO DAS PRÁTICAS DO MOBBING

A prática do MOBBING existe três variantes, sendo elas: a) O mobbing vertical descendente; b) Mobbing horizontal; e c) Mobbing vertical ascendente, deve salientar, que as classificações se dão conforme a posição do autor perante ao assediado;

2.3.1 Mobbing Vertical Descendente.

Esta prática é uma das mais comuns de ocorrer, se dá quando um superior hierárquico independentemente de posição pratica algum abuso psicológico e afins, contra um subordinado. Em virtude o subordinado uma proteção judicial que se encontra nos termos do art.483 da CLT.

2.3.2 Mobbing Horizontal.

Nesta situação a violência é realizada entre os próprios subordinados. A situação ocorre devido a concorrência como: por ter uma boa qualificação, inveja, preconceito por

alguma diversidade, ciúme, porém na pluralidade dos casos o assédio discorre pela circunstância de ser diferente dos demais. Portanto, o funcionário assediante pode responder por perdas e danos, e o superior poderá despedi-lo (a) por justa causa, assim como descreve o art. 482, b e j da CLT, não podendo responsabilizar o empregador por circunstancia alguma uma vez que a responsabilidade é objetiva.

2.3.3 Mobbing Vertical Ascendente.

Neste caso um pouco atípico, ele é totalmente ao contrário de tudo que podemos pensar dentro do ambiente laboral. A situação é quando um subordinado comete a prática do mobbing contra seu superior, podendo assim responder pelo art. 482 da CLT.

Para uma melhor mensuração Marie-France Hirigoyen, psiquiatra, psicanalista e psicoterapeuta especialista em assédio moral, nos traz uma forma do mobbing vertical ascendente:

[...] Podem-se distinguir diversas formas de assédio moral vertical ascendente, como: a falsa alegação de assédio sexual (com o objetivo de atentar contra a reputação de uma pessoa e desqualificá-la definitivamente) e as reações coletivas de grupo (a cumplicidade de todo um grupo para se livrar de um superior hierárquico que lhe foi imposto e que não é aceito) [...] (HIRIGOYEN p. 116).

Segundo Alkmin (pag. 65) desta maneira o assédio tem a possibilidade de decorrer da insegurança do superior ou inexperiência do superior, assim não obtendo sucesso no controle dos seus subordinados.

2.4 DOS CONFLITOS

É muito relativo mencionar dos conflitos que se passam nas empresas, mas de uma forma geral, podemos nos basear em quatro fases, que levam a tais circunstâncias. Sendo elas denominadas como 1) Fase dos conflitos internos e pessoais; 2) Fase do mobbing; 3) Interferência da empresa no conflito e 4) O isolamento ou a Exclusão da vítima do ambiente laboral. Assim especificando abaixo:

A 1º fase: Se dá em conflitos internos e pessoais, entre pessoas com objetivos distintos, que poderia ser resolver com facilidade com um diálogo.

A 2º fase: O mobbing ou de estigmatização; nesse ponto o assediador aplica em sua pratica uma forma de humilhar ou desestabilizar a vítima, assim se utilizando

meticulosamente durante um longo período de tempo, como tipos de comportamentos inconvenientes, obtendo como objetivo não só ridicularizar, mas afastar a vítima do seu bem estar. Neste ponto já é considerando o mobbing.

A 3º fase: É o momento em que a empresa interfere, normalmente é quando a empresa toma conhecimento dos conflitos, desta forma eles tem que conferir se o erro não está na empresa. De forma que crie objetivos, assim gerando uma certa concorrência entre seus funcionários. Onde esse problema é totalmente da empresa. Vale salientar que a empresa sempre tem que interferir direta e ou indiretamente.

A 4º fase: É quando ocorre o isolamento a exclusão social: nesta fase normalmente se dá, com a saída da vítima da empresa. Geralmente nesse momento este funcionário (a), já tenha passado por vários tipos de licença. Destarte que nesta fase só vem a acontecer quando não é tomada a medida correta na 3º fase, instante que percebe o que lhe é informando, e deixa de alguma maneira de prestar algum auxílio, ou de interferir na situação que ali ocorre.

Assim sendo deixa claro a importância da conscientização dos empregadores, com determinadas situações, de como intervir, ou até mesmo prevenir de algum modo, uma vez que a própria empresa pode causar tal concorrência.

3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O ambiente laboral é movido por variadas situações, sendo elas a procura por uma vida financeira melhor, por sucesso, metas de conquistas, que acabam levando ao trabalho exaustivo, sem descanso em razão de muitas horas complementares que talvez nunca serão recompensadas, destarte levando a fazer com que os funcionários que nunca é o suficiente e que sempre devem buscar mais, independentemente da saúde física ou psicológica.

É incontestável que o trabalho já foi conhecido como uma atividade desprezível, porém após a revolução industrial, houve uma conversão, visto que nos vínculos de trabalho foi imposto o respeito e a importância dos trabalhadores.

Em vista disso levantou-se o assunto sobre a dignidade humana, que desde os princípios existe uma grande relevância. É válido salientar que a dignidade pertence e é essencial à pessoa humana, assim como prevê a Constituição Federal de 1988, sendo um dos fundamentos básicos aplicados pela República Federativa do Brasil, que pode ser encontrado no Art. 1º, do inciso III da CF.

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:

III - a dignidade da pessoa humana;(BRASIL 1988)

O intuito é trazer um dos princípios com mais relevância, que é a proteção aos direitos e liberdades fundamentais, e diante da proteção dos trabalhadores.

Sendo um dos motivos pelo qual a prática do mobbing afronta um dos princípios fundamentais e básicos da pessoa humana.

No presente momento o trabalho vem se qualificando em relações laborais, tendo em consideração que no ambiente de trabalho se deriva de várias ordens e regras a serem realizadas, deste modo deixando de lado a saúde e a dignidade da pessoa humana do trabalhador, sendo que deveria ser um dos mais relevantes dentro do âmbito de trabalhista.

Na grande maioria dos casos o Estado não interfere nas relações de trabalho, destaforma se omitindo de proporcionar um sistema, para reduzir os problemas ocorridos em ambiente laboral, sendo um deles o mobbing, uma vez que se trata de uma infração gravíssima. Fazendo assim necessário o respeito recíproco de todos os envolvidos, assim sendo garantido a todos um trabalho com mais dignidade e respeito, como fundamentos básicos entre todos.

3.1 DAS PREVISÕES LEGAIS

A despeite de inobstante de uma lei específica para a prática do mobbing, as prescrições legais que as vítimas tentam buscar para o resguardo, além do Art. 1º, inciso III, CF, no tocante da dignidade da pessoa humana, têm os Art. 170 e 193 também da Constituição Federal que vem garantindo a dignidade da pessoa humana e valorização do trabalho com limitação das atividades socioeconômicas, desta forma citando:

Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios. (BRASIL1988)

Art. 193- A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais .(BARASIL 1988)

Deixando nitidamente o bem estar de todos os trabalhadores dentro do ambiente laboral, assim como descreve o Art. 225 do CF, sobre a garantia de um meio ambiente saudável. Sendo responsabilidade dos empregadores manterem um ambiente salubre.

Vale ressaltar que em março de 2019, um Projeto de lei nº 4.742/2001, foi aprovado, neste projeto de lei é abordado o assédio moral e sexual no ambiente de trabalho como crime, reconhece a punição no código penal.

Sendo introduzido como emenda o artigo 146-A do Código de Processo Penal cita:

Art. 146-A Molestar alguém invadindo-lhe a esfera de privacidade ou perturbar-lhe a tranqüilidade, por acinte ou por qualquer outro motivo reprovável: Pena - detenção, de 02 (dois) a 04 (quatro) anos.

§ 1º Se resulta à vítima grave sofrimento físico ou moral:

Pena - detenção, de 04 (quatro) a 08 (oito) anos. (BRASIL 2019)

É de se referir que este conceito é atribuído a justiça comum, com já citado acima, não existe qualquer legislação específica tipificada para a legislação trabalhista.

4 DAS DECISÕES

Mesmo que esta classe de assédio esteja se tornando conhecida há pouco tempo e como já dito anteriormente, vale ressaltar que não existe uma lei específica para o mobbing no meio jurídico. Porém neste instante pode-se ver em decisões aplicadas pelos assédios realizados dentro do ambiente de trabalho, já trados como o mobbing. Consequentemente trazendo as normas presentes no nosso ordenamento jurídico que controlam a prática do mobbing por meio dos amparos e dos fundamentos dos artigos 483 e 373-4 da CLT, que menciona:

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

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

- b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;
- c) correr perigo manifesto de mal considerável;
- d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato;
- e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;
- f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários.

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

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

§ 3º – Nas hipóteses das letras d e g, poderá o empregado pleitear a rescisão de seu contrato de trabalho e o pagamento das respectivas indenizações, permanecendo ou não no serviço até final decisão do processo.(Incluído pela Lei nº 4.825, de 5.11.1965). (BRASIL 1943)

Considerado uma forma de evitar que ocorra estes casos abusivos como mobbing, assim o art. 483, nos traz que o empregado (trabalhador) pode rescindir o contrato e pedir indenização, por ter que passar por estes momentos humilhantes e degradantes.

No art. 373 da lei nº 9799/1999, vem corrigir a discriminação de gênero, desta forma garantindo um mercado de trabalho com igualdade entre homens e mulheres:

Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao

mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado [...] (BRASIL 1999)

Deixando bem compreensível, a proibição da distinção de homens e mulheres em âmbito laboral.

4.1 DOS CASOS REAIS E JURISPRUDÊNCIAS

Apesar do mobbing ser uma variação estrangeira agora em nossos tribunais do trabalho brasileiro sabe-se que neste momento vem sendo estudado e aplicado o tema aqui dito para as decisões de solução de conflitos, a respeito da prática do mobbing. Disposto isso, pode-se notar que no TRT que já trataram da violência psicológica no trabalho, que é a prática do mobbing e suas viáveis restaurações:

[...] Em recente decisão da Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho (TRT-MT) ,houve a condenação a empresa Via Varejo S.A., responsável pelas Casas Bahia e Ponto Frio, após humilhar e promover terror psicológico contra funcionário de uma unidade de um shopping de Cuiabá. A empresa pagará R\$ 25 mil à vítima. Conforme o relator do processo, desembargador Roberto Benatar, também pode ser conhecido como “mobbing, bullying, bossing, harassment, psicoterror, ou murahachibu” e se caracteriza por comportamentos, sejam palavras ou gestos, que humilhem ou atinjam a honra do empregado[...].(Olha jurídico-Da Redação – Paulo Victor Fanaia Teixeira 25 set 2017 – 11:30).

No estado do Mato Grosso houve a condenação da Via e Varejo S.A responsáveis pelas empresas Casas Bahias e Ponto Frio, no tocante de 25 mil reais, por promover terror psicológico, podendo assim ser considerado um caso gravíssimo, de um assédio psicológico, que teve que passar por situações degradantes e humilhantes. Desta forma o Desembargador responsável aplicou o “*mobbing, bullying, bossing, harassment, psicoterror, ou murahachibu*” como um comportamento totalmente abusivo.

Não obstante como empregadores que extrapolem os limites do poder, assim sujeitando os empregados (subordinados) a humilhação, sendo reconhecida pela 4ª turma do TRT 3 do Estado de Roraima:

(TRT-3 - RO: 00103376120195030038 0010337-61.2019.5.03.0038, Relator: Paulo Chaves Correa Filho, Quarta Turma)

DANOS MORAIS. MOBBING. Configura assédio moral ou mobbing, passível de indenização, qualquer ato do empregador que, ultrapassando os limites do poder diretivo e disciplinar, sujeita o empregado a situação reiterada de humilhação perante os colegas de trabalho, constituindo verdadeira afronta à dignidade e integridade psicológica daquele que sofre o constrangimento. O ônus probatório do dano sofrido é do empregado, tendo em vista o disposto no artigo 818, I da CLT, devendo a autora comprovar de forma robusta a conduta abusiva que represente ofensa à dignidade ou integridade psicológica dela.[...]

Em ambos os casos as empresas deixaram de tomar as devidas atitudes, acarretando em, ingreção com a ação trabalhista, e com os danos causados aos empregados.

(TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO TRT-4 - RECURSO ORDINARIO RITO SUMARISSIMO: RORSUM XXXXX-04.2018.5.04.0023

EMENTA: INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ASSÉDIO MORAL E PSICOLÓGICO NO TRABALHO. ISOLAMENTO. MOBBING CONFIGURADO.A relação de trabalho é, por essência, uma relação de atividade, de modo que constitui obrigação do empregador proporcionar tarefas para que a pessoa trabalhadora exerça a função para a qual foi admitida. Tratamento inadequado procedido pelo empregador, em evidente abuso do direito diretivo, deixando de exigir a prestação de serviços e mantendo a trabalhadora sem atividades. Dano moral configurado. Indenização devida....]

No caso acima, é bem diferente, o empregado deixa de certa forma de passar as funções ao empregado, ficando claro a disfunção aplicada, de forma que desestabiliza-se o funcionário, podendo acarretar, no pedido de demissão, desta forma o subordinado

deixaria de receber alguns de seus direitos cabíveis. Além do tratamento inadequado, deixando de passar as tarefas a serem feitas.

Causado de certa forma uma confusão mental no trabalhador, como se ele não fosse mais útil para determinada função.

O litígio abaixo fica claro, como a falta de orientação e de interferência de um superior, pode acarretar um local de trabalho desgastante:

(TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO TRT-1 - RECURSO ORDINÁRIO: RO XXXXX20105010241 RJ - INTEIRO TEOR) RECURSO ORDINÁRIO. MOBBING. DANOS MORAIS. O chamado mobbing é uma espécie de assédio psicológico no ambiente de trabalho, onde um grupo age sistematicamente contra um indivíduo - geralmente por ter sido incitado ou coagido a fazê-lo pela chefia ou algum outro agente. Frequentemente, o objetivo é fazer o autor pedir demissão ou transferência. Tal situação, quando comprovada, enseja indenização por danos morais. (...) **nem participar das reuniões** do setor. Sustentou ter tentado transferência para outros departamentos, até porque diversos de seus antigos subordinados foram promovidos e transferidos. Após manifestar seu desagrado perante o referido Sr. Pedro Heleno, teria ouvido: **“você só sai daqui demitido”** (...) Relatou que o **autor foi um dos supervisores mais produtivos**, e que todos achavam estranho o Sr. Pedro ter designado para novo supervisor o Sr. Leandro, que era técnico. **Declarou que o autor não participava das reuniões e ficava “meio excluído”; que era dito para os técnicos não conversarem com o reclamante, e nem oferecer-lhe carona para o almoço.** Afirmou já ter ouvido o Sr. Pedro **falando com o reclamante em voz exaltada atrás de uma divisória**, e que nem sequer olhava para o autor ao chegar (...) O primeiro depoente demonstrou, para além de qualquer dúvida razoável, que o reclamante ficou sem atribuições **e foi vítima de perseguição, a ponto de seus próprios colegas e subordinados receberem ordens de não falar com ele. A situação perdurou por de**

meados de 2005 até a transferência do reclamante para Cabo Frio, em maio de 2006. Trata-se de clara conduta abusiva por parte do superior hierárquico do reclamante, caracterizando o que se convencionou chamar de harcèlement moral, na França; acoso laboral, na Espanha; e mobbing nos Estados Unidos – sendo que essa última denominação foi absorvida por outros países, inclusive o Brasil. O tema vem sendo estudado pela Psicologia Organizacional, onde se destacam autores como a psiquiatra e psicóloga francesa Marie-France Hirigoyen e o psicólogo espanhol Iñaki Piñuel y Zabala. A matéria também é amplo interesse de para os administradores de empresas e, naturalmente, para a esfera jurídica. Em síntese, trata-se de uma espécie de assédio psicológico no ambiente de trabalho onde um grupo age contra um indivíduo, geralmente por ter sido incitado ou coagido a fazê-lo. **O agente incitador do mobbing pode utilizar rumores, insinuações, acusações infundadas, críticas e diversas outras “ferramentas” para criar uma atmosfera desfavorável para alguém, obtendo com isso a adesão dos demais empregados (ou, conforme o caso, obrigando-os a tomar atitudes desagradáveis em face da vítima).** Frequentemente, o objetivo é fazer o autor pedir demissão ou transferência....]

A pressão psicológica e a perseguição, por motivos fúteis, deixando bem claro, a falta de preparação, de um superior hierárquico, demonstram como isso pode afetar, não apenas um empregado, mas toda uma empresa.

4.2 DO AUMENTO DO ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO

Segundo a GEDAF- Grupo de Estudos Dirigidos em Administração Financeira, programa qual fornece estudos de consultoria e empreendedorismo da Rotterdam Business Schol-RBS.

Apresenta um estudo no qual demonstra o crescimento do assédio moral em ambientes laborais. Nesta pesquisa foi constituída por situações diversas, em diferentes ambientes de trabalho.

Foi observado que o assédio na maioria das vezes ocorre quando de certa forma um grupo ou um indivíduo se sente ameaçado, como é citado acima, a concorrência, como para cargo como para um valor salarial maior. Ou o trabalhador isolado, o diferente ou o que traz o diferencial para empresa, o bem sucedido e o novato.

Na pesquisa ficou constatado que *38,3 % (trinta e oito virgula três porcentos)* desse assedio são direcionadas as pessoas bem sucedidas ou que tem mais chance de crescer em sua carreira. Para pessoas diferentes, foi averiguado que *33,3% (trinta e três virgula três porcento)*, que são indivíduos que se destacam de alguma forma, *19% (dezenove porcento)* são para pessoas sozinhas que geralmente ocorre com menos frequência porem não deixa de ser preocupante, umas vez que se evitado desde o início não acarrete em algo maior, *4,8% (quatro virgula oito porcento)* para os novatos, dificilmente acontece neste estágio eles estão tentando conquistar a confiança de seus superiores e pra finalizar *4,8% (quatro virgula oito porcento)* para outras situações, que são casos mais graves como exposições pessoais, xingamentos, tom de voz alterados para intimidação, que na maioria vem de seus próprios patrões.

Nas estáticas foi revelada pelo site Vegas que no ano de 2015 mais de *52% (ciquenta e dois porcento)* dos brasileiros já sofreram ou passaram por situações de assédio moral em seu ambiente laboral. E *34% (trinta e quatro porcento)* já presenciaram algum abuso em ambiente de trabalho.

5 COMO EVITAR A PRÁTICA DO MOBBING EM AMBIENTE DE TRABALHO

A forma mais fácil, não só para evitar, mas controlar estes tipos de situações é manter um bom diálogo e convívio dentro e fora da empresa.

Portanto podendo ser elaborar sistemas que ajude a todos como:

- I) Aplicar uma organização assim buscando reduzir que estas situações venham a acontecer;
- II) Potencializar, que estão abertos ao diálogo e a resolução do conflito;
- III) Estimular os trabalhadores a comunicar os ocorridos;
- IV) Reconhecer e valorizar a atitude, assim resolvendo os conflitos;
- V) Elaborar regras;

VI) Interferir diretamente ou indiretamente para que sendo algo sigiloso não intensifique a violência psicológica sofrida pela vítima; e por último e mais importante e

VII) Mostrar confiança dentro do ambiente laboral, que uma equipe tem confiança uns aos outros.

O assediado requer, na generalidade dos casos, tratamentos psicológicos. Destarte, deve ser interrompido de forma coordenada e multidisciplinar, com profissionais adequados, para resolução do conflito, podendo ser um médico, psiquiatra, psicólogo, assistente social ou até mesmo um advogado. O tratamento se inicia a partir do momento em que o psicólogo despacha o laudo confirmando os assédios morais sofridos dentro do ambiente de trabalho, sendo considerando a parte do mobbing.

6 CONCLUSÃO

Na grande maioria quando uma das partes (trabalhadores) envolvidas vem a procura de um profissional, para que seja resolvida este problema, eles já estão nos seus limites, muitas das ocasiões por não ter amparo suficiente dentro do ambiente de trabalho, tendo um tratamento inadequado, ferindo sua honra, sua dignidade e sua imagem como pessoa, ou por uma motivação desesperadora de não aguentar mais os desentendimentos ali sofridos. O desrespeito chega a um caso extremo, podendo levar estas sequelas para o resto das suas vidas, deste modo prejudicando um todo.

Como sempre citado no artigo apesar de ser algo muito comentado as empresas não trazem nenhum tipo de soluções plausíveis, para controlar, estes abusos, e na grande maioria das circunstâncias sempre acabando, nos mesmos lugares, dentro de uma Vara do Trabalho, depositando suas únicas e últimas esperanças em um Magistrado.

O que os fazem pensar em uma maneira de ter um respaldo sobre esses prejuízos, tanto quanto os psicológicos como físicos, mas se aprofundar mais no assunto, e entender que a prática do mobbing causa danos sérios às pessoas.

As Varas do Trabalho, Tribunal Regional do Trabalho e os Tribunal Supremo do Trabalho entendem que se houve o dano causado a uma das partes, ele por sua vez tem de ser ressarcido pois, ao adentrar a uma empresa obrigatoriamente, se cria um contrato mesmo que tácito, deixando assim bem claro sua responsabilidade civil, para com os trabalhadores, tem de assumir a sua responsabilidade trabalhista e reparar o dano sofrido.

7. REFERÊNCIAS.

ALKIMIN. Maria Aparecida. **Assédio moral na relação de trabalho**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil, Brasília-DF: Senado **Federal** :Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 15 de abril de 2021.

BRASIL . **Decreto-Lei 5.452** de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do trabalho**, Brasília, DF, Out 2017. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acessado em 24 de junho de 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.799** de 26 de maio de 1999.**Consolidação das Leis do trabalho**, Brasília, DF, 1999. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9799.htm> Acessado em 15 de abril de 2021.

CÂMARA APROVA PUNIÇÃO PARA ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO. Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/553265-camara-aprova-punicao-para-assedio-moral-no-trabalho>> Acesso em 10 de outubro de 2021.

Decreto-**Lei 2.848**. 07 de dezembro de 1940. **Código Penal. Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acessado em 10 de outubro de 2021.

D'AMBROSO. Marcelo Jose Feltrin, **Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região TRT-4- RECURSO ORDINARIO TRABALHISTA RITO SUMARISSIMO: RORSUM XXXXX-04.2018.5.00023**. Disponível em:< <https://trt4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1497012150/recurso-ordinario-rito-sumarissimo-rorsum-208720420185040023>>Acessado em 25 de maio de 2022.

FILHO. Paulo Chaves Correa, **Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região TRT-3- RECURSO ORDINARIO TRABALHISTA: RO: 00103376120195030038 0010337-**

61.2019.5.03.0038, Relator: Paulo Chaves Correa Filho, Quarta Turma). Disponível em:<<https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/766426129/recurso-ordinario-trabalhista-ro-103376120195030038-0010337-6120195030038>> Acessado em 15 de julho de 2021.

GUEDES. Márcia Novaes. **Terror Psicológico no Trabalho. 2. ed.** São Paulo: LTr, 2003

HIRIGOYEN. Marie-France. **Assédio moral: a violência perversa no cotidiano. 8 ed.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

HIRIGOYEN. Marie-France. **Assédio moral: a violência perversa no cotidiano. 3. ed.** Rio de Janeiro: Betrand Brasil, 2002.

NASCIMENTO. Sônia A. C. Mascaro. **“Assédio moral no ambiente do trabalho. “Revista LTR”,** São Paulo, p. 922-930, ago. 2004

PESQUISA GEDAF AVALIA ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO, GEDAF-Grupo de Estudos Dirigidos em Administração Financeira, 2019. . Disponível em: <<https://www.gedaf.com.br/pesquisa-gedaf-avalia-assedio-moral-no-trabalho/>> Acesso em 04 de novembro 2021.

PL 4742/2001 PROJETO DE LEI. Câmara dos Deputados, 2019. . Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=28692>> Acesso em 24 de outubro 2021.

SILVA. Des. Flavio Ernesto Rodrigues Silva. **Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região TRT-1- RECURSO ORDINARIO: RO XXXXX20105010241 RJ-INTEIRO TEOR.** Disponível: < <https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1131843080/recurso-ordinario-ro-20124220105010241-rj/inteiro-teor-1131843099>> Acessado em 25 de maio de 2022.

TEIXEIRA. Paulo Victor Fanaina, **Justiça condena loja de shopping por humilhar e ameaçar demitir funcionário em público.** Disponível em: <<https://www.olharjuridico.com.br/noticias/exibir.asp?id=36840¬icia=justica-condena-loja-deshopping-por-humilhar-e-ameacar-demitir-funcionario-em-publico>> Acessado em: 18 de março de 2021.

TESTAMENTO VITAL: DIRETRIZES PARA UMA MORTE DIGNA

REBECCA SCALZILLI RAMOS PANTOJA:

Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Advogada.

RESUMO: O presente artigo teve por objetivo analisar as vertentes do chamado Testamento Vital, segundo o qual passa a ser considerada a vontade da pessoa que é acometida por enfermidade terminal e não deseja se submeter a determinados tratamentos médicos. Além de abordar acerca da resolução 1.995/2012 que valida o testamento vital no Brasil, procurou-se delimitar os conceitos de ortotanásia, eutanásia e distanásia, discorrer sobre a polêmica gerada no âmbito jurídico e, ainda, comparar as práticas relacionadas ao Testamento Vital em diferentes países. Finalmente, salientou-se a necessidade da reformulação da Constituição Federal para que o Testamento Vital passe a ter efeito de lei.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Dignidade Humana. Princípio da Autonomia da Vontade. Direito à vida. Testamento Vital. Paciente Terminal.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A Resolução 1.995/2012 – 3. Conceitos – 4. A polêmica – 5. Direito comparado – 6. Conclusão – 7. Referências.

1. Introdução

"Toda a vida é uma preparatio mortis e é por isto que a última palavra e o último gesto são um direito que ninguém lhe pode roubar (...) Que o último momento seja belo como um pôr do sol, longe do frio elétrico metálico das máquinas (...)" (ALVES, Rubem).

É indubitável que as conquistas tecnológicas têm salvado muitas vidas, mas também é inegável que têm provocado muitas discussões a respeito dos processos de morte. Temas que envolvem decisões relativas ao final da vida geram muita polêmica, pois existem, de um lado, aqueles que são favoráveis às suas práticas, justificando-as com a ideia de autonomia da vontade e o princípio da dignidade da pessoa humana e, do outro, os que argumentam contra tais decisões, sustentando sua posição pelo princípio do direito à vida como bem indisponível.

Pretende-se analisar o direito que tem a pessoa de deliberar antecipadamente sobre o final de sua vida, escolhendo o que lhe parece melhor e mais conveniente, no sentido de

não ser, mais tarde, obrigada a se tornar paciente terminal e, quando já inconsciente, não puder manifestar sua vontade quanto à forma que deseja passar seus últimos momentos de vida.

No Brasil, em 2012, o Conselho Federal de Medicina aprovou uma resolução que legitima um documento cujo conteúdo consiste na declaração de vontade de uma pessoa sobre procedimentos ou decisões em relação ao seu próprio corpo ou vida, para produção de efeitos em momento futuro, quando acometida de grave enfermidade ou estado de inconsciência – o Testamento Vital.

2.A Resolução 1.995/2012

No dia 31 de agosto de 2012, foi publicada a resolução 1.995/2012 no Diário Oficial da União, segundo a qual o Testamento Vital passa a ser legitimado no Brasil. Colocando os cuidados paliativos em evidência no país, a decisão tomada pelo Conselho Federal de Medicina levou à discussão como cada um quer ser tratado em um eventual estado terminal.

A resolução em questão estabelece critérios para que qualquer indivíduo, maior de idade e plenamente consciente, tenha a possibilidade de definir junto ao seu médico os limites terapêuticos a serem adotados em uma fase terminal, por meio do registro expresso do paciente num documento denominado Testamento Vital, também conhecido como **“Diretivas Antecipadas de Vontade”**.

Nesse sentido, as pessoas podem escolher não serem submetidas a tratamentos extraordinários de manutenção da vida na fase final de doenças como demência, insuficiência cardíaca, doença pulmonar obstrutiva crônica ou câncer, quando já não existe possibilidade de reversão do quadro. No entanto, é de se ressaltar que o cuidado deve continuar até o momento da morte, com ênfase no controle dos sintomas e na resolução de pendências. Assim, a pessoa não é abandonada jamais e o foco da intervenção passa a ser o seu conforto.

Segue abaixo a referida resolução na sua íntegra:

RESOLUÇÃO Nº 1.995, DE 9 DE AGOSTO DE 2012

Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes.

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, e CONSIDERANDO a necessidade, bem como a inexistência de regulamentação sobre

diretivas antecipadas de vontade do paciente no contexto da ética médica brasileira;

CONSIDERANDO a necessidade de disciplinar a conduta do médico em face das mesmas;

CONSIDERANDO a atual relevância da questão da autonomia do paciente no contexto da relação médico-paciente, bem como sua interface com as diretivas antecipadas de vontade;

CONSIDERANDO que, na prática profissional, os médicos podem defrontar-se com esta situação de ordem ética ainda não prevista nos atuais dispositivos éticos nacionais;

CONSIDERANDO que os novos recursos tecnológicos permitem a adoção de medidas desproporcionais que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal, sem trazer benefícios, e que essas medidas podem ter sido antecipadamente rejeitadas pelo mesmo;

CONSIDERANDO o decidido em reunião plenária de 9 de agosto de 2012, resolve:

Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

§ 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.

§ 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

§ 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares. § 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente.

§ 5º Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

3. Conceitos

É bastante comum a confusão dos conceitos das seguintes palavras: ortotanásia, distanásia e eutanásia. Ressalta-se que o Testamento Vital é correlato das duas primeiras e nada tem a ver com a última.

O termo ortotanásia deriva dos vocábulos *orto* (certo) e *thanatos* (morte), traduzindo-se como morte correta. Ela visa não prolongar artificialmente o processo da morte, para além do que se processaria naturalmente. Assim, a ortotanásia engloba o Testamento Vital, visto que este pode permitir a morte digna de um paciente a partir da não realização de tratamentos que poderiam mantê-lo vivo por mais tempo caso seja de sua vontade.

Significando o oposto de ortotanásia, a expressão distanásia pode ser entendida como a obstinação terapêutica pelo tratamento e pela tecnologia, traduzindo-se como "*o prolongamento artificial do processo de morte, com sofrimento do doente*" (BORGES, 2001, p.286). Nessa situação, não existe expectativa real de melhora do paciente, havendo apenas uma persistência em utilizar todos os meios para preservar a vida, mesmo que o resultado dessa conduta se limite ao prolongamento do processo de morte e, com isso, o prolongamento do sofrimento do paciente. Portanto, o Testamento Vital funciona como um documento capaz de evitar a distanásia.

Depois de sofrer algumas modificações no seu significado, hoje, o termo eutanásia se refere à morte, provocada por algum sujeito, de pacientes com doenças incuráveis e vítimas de sofrimento, tendo como motivação sentimentos humanísticos e, dessa forma, havendo interferência no processo de morte. "*Atualmente, porém, tem se falado de*

eutanásia como uma morte provocada por sentimento de piedade à pessoa que sofre. Em vez de deixar a morte acontecer, a eutanásia, no seu sentido atual, age sobre a morte, antecipando-a". (BORGES, 2001. p.285)

Analisando o conceito exposto, pode-se constatar claramente que a diferença entre a ortotanásia (englobando o testamento vital) e a eutanásia reside na interferência humana no processo de morte da pessoa. Enquanto a ortotanásia consiste em uma omissão (não interferência humana), ao deixar que o processo de morte se desenvolva de forma natural, na eutanásia, há a interferência do homem nesse processo, pois atua de algum modo para antecipar a morte do enfermo com a finalidade de cessar o sofrimento deste.

4.A polêmica

A questão da licitude do testamento vital é um objeto, sem dúvida, bastante polêmico. No âmbito prático, trazer conforto à morte de um paciente terminal, poupando-o de um suposto sofrimento prolongado, e considerar a vontade de decisão do mesmo parecem feitos positivos. Entretanto, na ótica jurídica, o testamento vital pode ser entendido como inconstitucional, uma vez que não vai ao encontro de um dos direitos fundamentais que é o direito à vida.

O direito de morrer dignamente nada mais é que a reapropriação da morte pelo enfermo, de modo que este não seja obrigado a se submeter a tratamentos excessivos e ineficazes que, tão somente, prolongarão o seu processo de morte e, conseqüentemente, aumentarão a sua agonia. Trata-se, portanto, do direito do doente de não se submeter à chamada "obstinação terapêutica", já supraexplicitada, de modo que seja resguardada a dignidade do indivíduo não só durante a sua vida, mas até mesmo durante o momento de sua morte.

Pressupõe-se que não é o ser humano quem deve estar subordinado à tecnologia, mas o contrário, de modo que os procedimentos tecnológicos devem propiciar benefícios ao paciente e não prolongar a sua dor. "*É um apelo ao direito de viver uma morte de feição humana [...] não objeto da ciência, mas sujeito da existência*". (BORGES, 2001, p.284) Além disso, o direito a uma morte digna abriga vários outros direitos, como o da liberdade, o da autonomia, o da vontade e, principalmente, o da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, atendo-se para uma visão formal do testamento vital, questiona-se o seu suposto desacordo com a Constituição Federal. Segundo o artigo 60 desta, o direito à vida é um direito fundamental e, como tal, atua como uma cláusula pétrea. Cláusula pétrea, por sua vez, significa artigo ou disposição legal que deve ser cumprido obrigatoriamente. Não permite renúncia ou inaplicabilidade por estar petrificada, dura, imóvel e por ser inquebrável e intocável. É lei ou norma que se cumpre sem qualquer

discussão quanto a sua interpretação de viabilidade (fática ou de direito). Assim, o principal argumento dos críticos do testamento vital é que, baseando-se no direito à vida, a vida humana deve ser preservada a qualquer custo.

A transposição da letra da lei para o caso concreto é algo extremamente difícil. Como se pode perceber, o testamento vital, embora tenha controvérsias no âmbito jurídico, afirma os princípios da dignidade humana e da autonomia da vontade. Não se deve pensar apenas como jurista. O direito, acima de tudo, é feito por pessoas, sendo necessária a análise e interpretação minuciosas de cada caso real. Considerando a vertente humana, os dados contidos na constituição devem ser revistos e reformulados para que a resolução que confirma a validade do testamento vital tenha, de fato, efeito de lei.

5. Direito Comparado

Nos Estados Unidos da América, o testamento vital tem valor legal, tendo surgido com o "Natural Death Act", na Califórnia, na década de 1970. Exige-se que tal documento seja assinado por pessoa maior e capaz, perante duas testemunhas independentes, e que só tenha efeitos depois de quatorze dias da assinatura, sendo revogável a qualquer tempo. Além disso, tem um valor limitado no tempo, de aproximadamente cinco anos. O estado de fase terminal deve ser atestado por dois médicos. O médico que desrespeita as disposições do testamento sofre sanções disciplinares.

Na Argentina, o documento que materializa as declarações de vontade em caso de incapacidade decorrente de grave enfermidade, denomina-se "Declaraciones de Voluntad Unilateral" ou "Directivas Antecipadas de Voluntad para Tratamientos Medicos". Já foi adotado em algumas províncias por meio de lei própria, sendo que os doutrinadores preferem essas expressões ao Testamento Vital (INANT, 2005, p. 8), argumentando que é da essência do testamento a produção de efeitos "post mortem" (depois da morte), o que não é o caso das "directivas antecipadas de voluntad", que se prestam a tutelar o cumprimento da vontade do titular ainda em vida, porém em momento posterior, geralmente quando não mais é possível que este manifeste livremente sua vontade em razão de incapacidade ou devido ao comprometimento de seu estado psicológico e emocional, naturais de quem se encontra em estado de grave enfermidade.

O Uruguai foi um dos primeiros países a legislar sobre a eutanásia. Em 1934, quando entrou em vigor o Código Penal, tipificou-se o homicídio piedoso. Facultou-se ao juiz a não aplicação da pena à pessoa que realiza a eutanásia, se presentes os requisitos de ter antecedentes honráveis; ser realizado por motivo piedoso e a vítima ter feito reiteradas súplicas. Não há uma autorização para a realização da eutanásia. O que pode ocorrer é a não aplicação da pena, decidida pelo juiz.

Coltro e Telles comentam que, na Suíça, o suicídio assistido tem previsão legal. Já o documento em que são contidas as declarações de vontade não se encontra regulamentado por lei, conforme assinala:

Há uma organização oficialmente reconhecida, denominada *Exit*, que conta com cerca de 60 mil associados e cujo âmbito de atuação é justamente o de prestar assistência ao doente que queira a morte assistida. (...) A Corte Nacional Suíça reconheceu o direito de uma pessoa determinar a forma e o momento de terminar com a própria existência, mas não existe lei escrita regulamentando a conduta, que não é necessariamente praticada por médicos e pode ocorrer em instituições não governamentais. (COLTRO e TELLES, 2010, p. 151)

Na Inglaterra, a ideia de permitir que a pessoa opte pela morte em vez de submeter-se a tratamentos dolorosos data da década de 60, conforme assinalam Coltro e Telles:

(...) finalmente, a 'morte contemporânea', trazendo à baila o direito de morrer bem, o que inclui o direito de preferir a morte ao tratamento de doença incurável ou em estado terminal, movimento iniciado na Inglaterra, no final da década de 1960 e a partir da possibilidade de cuidados paliativos. (COLTRO e TELLES, 2010, p.147)

6. Conclusão

A vida é um poema enorme, uma explosão de gestos e sentidos espalhados pelo espaço. Mas como tudo o que é humano, a vida é também cansaço que anseia pelo sono. Como diz o poeta sagrado, 'para todas as coisas há o seu tempo, debaixo do sol; há um tempo de nascer e um tempo de morrer (...)' (ALVES, Rubem)

Se a vida, por um lado, não é um bem jurídico disponível, não cabe, por outro lado, impor às pessoas um "dever de viver" a todo custo, o que indica, assim, que morrer dignamente nada mais é do que uma decorrência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana. A pessoa tem a proteção legal de sua dignidade e, para isso, é fundamental o exercício do direito de liberdade, o direito de exercer a sua autonomia e de decidir onde e como deseja morrer. Esta decisão deve ser respeitada. É velho o ditado segundo o qual cada um sabe o que é melhor para si.

Em respeito à pessoa, à sua dignidade e à autodeterminação é que se defende a validade dos chamados Testamentos Vitais. Estes traçam as diretrizes para o reconhecimento da morte como elemento natural da vida, sendo parte da condição humana ser mortal. É humano deixar que a morte ocorra sem o recorrimento a determinados meios artificiais que prolonguem inutilmente a agonia. A intervenção terapêutica contra a vontade do paciente é um atentado contra a sua dignidade.

Diante das bases expostas, resta concluir que, embora a resolução 1.995/2012 publicada no Diário oficial signifique um avanço no âmbito jurídico, ela não é suficiente para que o testamento vital seja amplamente aceito e válido. Tal documento não somente deve encontrar espaço no ordenamento brasileiro como urge reconhecer sua validade por meio de lei, fazendo-se necessária uma reformulação na Constituição Federal. Dessa forma, o Testamento Vital de fato consagraria o direito à autodeterminação da pessoa quanto aos meios de tratamento médico a que pretenda ou não se submeter.

7. Referências

- ADEODATO, João Maurício. *Testamento Vital*. 2012. Disponível em <<http://www.leiaja.com/coluna/2012/testamento-vital>>. Acesso em: 12 de Janeiro de 2022.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direito de morrer dignamente: Eutanásia, Ortotanásia, Consentimento informado, Testamento Vital, Análise Constitucional e Penal e Direito Comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- CABRAL, Vivian Boechat. *O Testamento Vital e a Efetividade da Vontade do Titular do Bem Jurídico Vida*. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, nº 28, ano 2012.
- CFM. Resolução nº 1.995 publicada dia 31/08/2012 no Diário Oficial.
- COLTRO, Antonio Carlos Mathias; TELLES, Marília Campos Oliveira e. A morte sob a ótica judicial. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e responsabilidade: teoria e prática do Direito de Família*. Porto Alegre: Magister, 2010.
- Debate CERS sobre Testamento Vital. Disponível em <<http://www.youtube.com/watch?v=rYYyT9cGGcA>>. Acesso em: 10 de Janeiro de 2022.
- DINIZ, Débora. Quando a morte é um ato de cuidado. In: Sarmiento, Daniel;
- PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GODINHO, Adriano Marteleto. *Testamento Vital e o ordenamento brasileiro*. 2010. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/15066/testamento-vital-e-o-ordenamento-brasileiro>>. Acesso em: 12 de Janeiro de 2022.

LOPES, Adriana Dias; CUMINALE, Natalia. *O Direito de Escolher*. In: Revista Veja, edição 2286 - ano 45 - nº 37, Abril, 2022.

NETTO, Moacyr Pinto Ajame. *Testamento Vital*. Disponível em: <<http://www.oabcampos.org.br/artigo.php?id=140>>. Acesso em: 18 de Janeiro de 2022.

NUNES, Jimmy Matias; ARAÚJO, Lorena Sales. *A questão da licitude ou ilicitude da prática ortotanásica no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10530&revista_caderno=3>. Acesso em: 20 de Janeiro de 2022.

PICCINI, Cleiton Francisco. et al. *Testamento Vital na perspectiva de médicos, advogados e estudantes*. 2011. Disponível em: <<http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/89/A4.pdf>>. Acesso em: 12 de Janeiro de 2022.

SANTOS, Maria Selestete Cordeiro Leite dos (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; SANTOS, Luara dos. *Testamento Vital: Diretrizes para uma morte digna*. In: Revista Jurídica Consulex - ano XIV - nº 319, 2010.

PRINCÍPIO DO DELEGADO NATURAL NO CONTEXTO DO SISTEMA CONSTITUCIONAL DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

EUJECIO COUTRIM LIMA FILHO:

Delegado de Polícia (PCMG). Pós-doutorando em Direito (Universidad Las Palmas, Espanha). Doutor em Direito (UNESA, RJ). Mestre em Direito (UNESA, RJ). Especialista em Direito do Estado (UFBA, BA). Graduado em Direito (IESUS, BA). Professor permanente no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (UNIFG/BA). Professor de Processo Penal (FAVENORTE, MG). Professor no curso de pós-graduação em criminologia (ACADEPOL, MG).

Considerações iniciais

A Constituição de 1988 organizou uma nova ordem política, social e jurídica com intenso efeito no processo penal que deixou de ser simples instrumento de condenação/absolvição para tutelar, por meio de um terceiro imparcial (magistrado), direitos e garantias condizentes ao processo. A natureza democrática dessa nova ordem deve espelhar em um processo no qual cada sujeito, interdependente, tem a sua função estabelecida (GIACOMOLLI, 2016).

O processo penal, como mecanismo de limitação ao poder estatal, deve manter o equilíbrio entre o exercício do *jus puniendi* do Estado e a garantia do *jus libertatis* do indivíduo. A instrumentalidade significa que o processo é instrumento a serviço da satisfação da pretensão acusatória e, igualmente, da concretização do projeto democrático com a respectiva efetivação de direitos fundamentais (função constitucional do processo) (GAVIORNO, 2018). Conforme LOPES JR. e GLOECKNER (2014), o processo não é instrumento de uma única finalidade (não serve apenas à acusação). Nesta linha, PRADO (2016, p. 329) destaca que a Constituição de 1988 *“desenhou em tintas fortes a nova planta arquitetônica do processo penal, destinada a substituir as estruturas inquisitoriais que, por causa de suas múltiplas ascendências autoritárias, abrigavam institutos incompatíveis com o estado de direito”*.

No Brasil a estrutura do processo penal, representado principalmente pelo Código de 1941, com forte influência do Código Italiano de 1930, possui arcabouço autoritário e inquisitorial, distante do ideal dialético e com supremacia do magistrado (hierarquia). No Estado Democrático de Direito, os sujeitos e a estrutura do processo precisam passar pelo filtro constitucional e convencional de modo a desautorizar condutas violadoras da dignidade humana, núcleo essencial dos direitos fundamentais. O processo penal é

legitimado democraticamente quando sua estrutura condiz com as normas constitucionais e convencionais protetivas dos direitos fundamentais.

A Constituição de 1988 caminhou em sentido absolutamente oposto ao Código de Processo Penal que, além de autoritário, considerava o Direito Penal como espécie de política pública. Nesta linha, PACHELLI (2018) observa a brusca mudança, o processo deixou de ser mero instrumento para a aplicação da lei penal, tornando-se meio de garantia do indivíduo em relação ao Estado. GIACOMOLLI (2016) acrescenta que o texto constitucional determina um sistema protetivo do cidadão, com garantias preexistentes, no âmbito penal e processual penal, desde a investigação criminal, passando pelo processo judicial até a execução de eventual pena, independentemente da posição de inocente, investigado, acusado ou apenado, contendo o poder punitivo e os arbítrios do Estado.

A nova ordem constitucional brasileira, fundada em valores e princípios democráticos, impõe uma fiscalização do sistema jurídico de modo a adequar os institutos ao Estado Democrático de Direito com seguro nível de concretização de direitos fundamentais e respeito ao cidadão. Assim, a partir da premissa de que toda estrutura do processo penal, intrinsecamente relacionado à limitação de direitos, deve se adequar a este sistema, pretende-se analisar a adequação da fase de investigação preliminar com este padrão constitucional, sem olvidar a importância de um modelo investigatório que seja, ao mesmo tempo, eficaz e não arbitrário.

Assim, imprescindível o debate sobre a filtragem constitucional de toda persecução penal, inclusive a fase investigativa, com os aspectos relacionados à concretização de direitos fundamentais. Igualmente, deve-se fixar a ideia de que, além de instrumento investigatório e preparatório de eventual ação penal, o inquérito policial também é uma garantia do cidadão contra arbitrariedades e acusações levianas. Entretanto, não se pode perder de vista a eficácia do trabalho do Estado-investigação em prol de toda coletividade.

Neste contexto, temas como o princípio do delegado natural, a fundamentação necessária aos juízos de imputação pela autoridade policial (positivo e negativo), rechaçando arbitrária discricionariedade, e o ato de indiciamento privativo do delegado de polícia surgem como institutos ligados à garantia de direitos. Tem-se a pertinência da exploração teórica do princípio do delegado natural de forma a impedir designação de delegado posterior ao fato (investigação de exceção), avocação ilegal de procedimento investigatório e remoção injustificada, garantindo a independência, imparcialidade e eficácia das investigações. Eventual restrição de direitos do investigado deve ocorrer em nome do interesse maior da coletividade e da persecução penal e não por fatores seletivos. A autonomia investigativa do delegado e sua independência em relação à defesa e à acusação garantem a isonomia e a inércia do Judiciário durante a fase pré-processual.

Principais pontos acerca da efetivação do Princípio do Delegado Natural

Sob o paradigma acusatório, a garantir o equilíbrio de poderes e faculdades processuais, diferencia-se, como exigência estrutural, as atividades de persecução penal em três fases (investigação, instrução processual e execução criminal). Este equilíbrio restaria rompido na hipótese de acumulação de poderes ou forças processuais, motivo pelo qual se torna imperioso enfatizar o sistema brasileiro em que a primeira fase ocorre antes do processo judicial (na esfera administrativa – investigação criminal) e as duas últimas, no contexto do Poder Judiciário (ação e execução penal). Fala-se, então, na existência de uma primeira fase administrativa (pré-processual) e uma segunda fase judicial. Nesta linha, TUCCI (2011) analisa a persecução penal em duas fases: investigação criminal e ação penal, ressaltando que a fase investigativa, direcionada à apuração de crime e dirigida em regra pela Polícia Judiciária, apesar de possuir natureza administrativa em sua forma e substância, possui finalidade judiciária. Igualmente, GOMES e SCLIAR (2019) ressaltam que a fase investigativa é exercício da segurança pública com evidentes reflexos na jurisdição criminal.

A investigação criminal consiste no conjunto de atos do Estado dirigidos à apuração da autoria e da materialidade delitiva. Geralmente é exercida pela polícia judiciária (dirigida por delegado de polícia de carreira) por meio do inquérito policial. Após receber os autos do inquérito concluído e devidamente relatado, o Ministério Público formará sua opinião acerca do oferecimento ou não da denúncia, dando continuidade à persecução penal por meio da ação penal pública. Igualmente, o querelante (ofendido ou seu representante legal) na hipótese de ação penal de iniciativa privada, pela queixa crime (NICOLITT, 2016).

Cumprе relembrar que, na tradição brasileira, sobretudo no período Imperial, a carreira de delegado foi iniciada com modelo conectado à magistratura possuindo, assim, poder jurisdicional criminal. Apesar da separação das funções estabelecidas pela Lei 2.033 de 1871, a figura do delegado prosseguiu com atribuição de preparo processual até a sentença criminal, nos termos do art. 10 da citada lei que também tem o condão histórico de demonstrar a expressão autoridade policial como sinônimo da função de delegado. Na sequência, tem-se a fixação da atividade da Polícia Judiciária no exercício de função típica investigativa. Todo ordenamento a embasar o sistema de persecução penal, inclusive o Código de Processo Penal de 1941, possui arcabouço e influências de regimes totalitários baseados no direito penal do inimigo. Não obstante a sequência de regimes autoritários na história brasileira, o despotismo no poder de punir do Estado foi severamente limitado a partir da Constituição Federal de 1988 com o reconhecimento de extenso rol de direitos fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito, bem como de instrumentos para garantir as respectivas liberdades. Contudo, a ideia autoritária da Polícia Judiciária, fruto de sua atuação no período ditatorial brasileiro, repercutiu no Constituinte de 1988 que, alheio às garantias mínimas imprescindíveis ao exercício das funções de delegado (de

polícia e federal), cuidou apenas do fortalecimento das demais carreiras jurídicas de Estado (Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública). Em sendo assim, coube ao legislador infraconstitucional importante papel, ainda em desenvolvimento, na reestruturação do protagonismo do delegado no contexto do Estado Democrático de Direito (BRENE, 2019).

SÁ (2016, p. 43) observa que durante o regime militar o patrulhamento das ruas não era realizado pela polícia militar, mas sim pela polícia judiciária, *“tendo o Delegado certa função jurisdicional”*. As polícias militares, na maioria das capitais, ficavam nos quartéis.

Essa reorganização passa pela definição do poder requisitório, pela declaração da natureza jurídica da carreira e, dentre outros temas, pela inamovibilidade (ainda que mitigada). Nesta linha, por exemplo, a Lei 12.830 de 2013, em harmonia com o art. 144 da Constituição Federal, autentica a aptidão do delegado realizar juízo de valor e de conformação constitucional quando dos juízos de imputação (BRENE, 2019).

TUCCI (2011) pontua que a investigação criminal, formalmente administrativa, possui finalidade judiciária (não se confunde com jurisdicional). Portanto, ANSELMO et. al. (2017) destaca que o delegado de polícia exerce função materialmente judicial e, como o juiz, deve ser dotado de independência e imparcialidade. Trata-se do órgão administrativo com atribuição investigativa dotado de poder legal para deliberar acerca da manutenção ou não da prisão em flagrante. Como autoridade do Poder Executivo que atua na persecução criminal, o delegado de polícia possui a *“missão constitucional de investigar a verdade sobre os fatos e sua autoria, de forma neutra, desvinculado de paixões que inevitavelmente contagiam aqueles que, em juízo, disputarão teses com a parte contrária”* (GOMES; SCLiar, 2019).

Por visar a coletividade, não devem haver interesses subjetivos no âmbito da Administração. Logo, o dever de imparcialidade não é restrito à função jurisdicional. A imparcialidade do delegado é imprescindível à límpida investigação criminal. Essa isenção requer independência da autoridade policial que, resguardada de garantias aptas a lhe conferir segurança no exercício de suas atribuições, deve estar livre de intimidações e coações políticas e funcionais. No contexto do Estado Democrático de Direito, superada a decrépita noção de unidirecionalidade do inquérito policial, tem-se que a imparcialidade do delegado garante eficaz apuração da verdade dos fatos viabilizando, inclusive, teses defensivas. Entretanto, ressalta-se a necessidade de garantias mínimas de trabalho e independência funcional à concretização dessa imparcialidade (BRENE, 2019).

MOREIRA (2016) enfatiza que, dentro da democracia, a polícia deve ser considerada uma instituição a serviço dos interesses da população. Não pode ser destinada a interesses particulares ou dos governantes, nem mesmo propriedade do Estado.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto **de** São José da Costa Rica) no item 5, do art. 7º, ao tratar do direito à liberdade pessoal, expressa que toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida sem demora à presença do juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais. No caso brasileiro, considerando a organização legal das duas fases da persecução penal (administrativa e judicial), essa autoridade é o delegado de polícia (integrante do Poder Executivo) no exercício de funções judiciais. Assim, para corroborar a possibilidade de uma autoridade administrativa (delegado de polícia) exercer função judicial, o item 6, do mesmo dispositivo internacional analisado, infere que a decisão da primeira autoridade de garantia poderá ser revista por recurso dirigido a um juiz (Poder Judiciário), ou seja, a autoridade judicial poderá revisar o ato da autoridade administrativa no exercício de função judicial (o juiz deverá analisar sobre a conversão do flagrante em preventiva ou não – lembrando que a conversão não pode ocorrer de ofício). Nos países em que essa primeira análise de legalidade da prisão é realizada por um juiz, a Convenção prevê a possibilidade de recurso a um tribunal. Destarte, no sistema processual penal brasileiro, é direito da pessoa presa ser apresentada imediatamente a um delegado de polícia previamente constituído para o ato.

Além da função judicial exercida no ato de apresentação do preso em flagrante, em que o delegado realizará o primeiro juízo de tipicidade do fato, importante destacar que, no curso do inquérito policial, existem medidas investigatórias que são decididas exclusivamente pelo Estado-juiz (reserva absoluta) e medidas que são decididas pelo Estado-investigador com posterior controle do Estado-juiz (reserva relativa), denotando que o ordenamento brasileiro adotou o sistema de reserva absoluta e relativa da jurisdição. A jurisprudência brasileira, em consonância com o sistema legal e constitucional de atribuições da Polícia Judiciária, reconhece a legitimidade do delegado em peticionar junto ao Poder Judiciário providências ou medidas cautelares necessárias à eficácia da investigação criminal, sem descartar a possibilidade de parecer opinativo do Ministério Público (TRF-4, A.I. n. 5032332-92.2014.404.0000/RS; TRF-1, proc. n. 1458-22.2013.4.01.3819; STF, RE n. 593.727) (ANSELMO et. al., 2017).

É nessa conjuntura que se insere a atuação do delegado de polícia, afora os casos expressamente reservados ao Poder Judiciário de forma absoluta, diante das diversas decisões tomadas no curso da investigação, que ganham contornos jurídicos e judiciais, razão pela qual podemos falar em jurisdicionalização da atividade policial, afastada de ativismos e decisionismos, alicerçada na integridade e coerência do direito, na metáfora da chain novel, temas caros à doutrina de Ronald Dworkin, pois, se o objetivo é uma leitura constitucional da função da autoridade policial, as páginas do romance em cadeia não podem ser dissonantes de uma interpretação calcada em

princípios, hermeneuticamente fechada, alinhada ao garantismo principiológico de Lenio Streck (BRENE, 2019, p. 151).

Apresentado o preso em flagrante, cabe ao delegado ratificar a prisão ou decidir acerca da liberdade do indivíduo que, a depender da situação exposta, pode se dar por meio do relaxamento da prisão ou da liberdade provisória com fiança (nos crimes cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a quatro anos – art. 322 do CPP). Este arbitramento da fiança pelo delegado, com fulcro no art. 5º, LXVI, da CRFB, é um exemplo de reserva relativa de jurisdição tendo em vista que, nos termos do art. 310 do CPP, caberá ao magistrado a decisão final.

A análise da condição de pobreza pela Autoridade Policial, em sede de Inquérito Policial, encontra abrigo na jurisprudência dos Tribunais Superiores: STF (HC 72.328) e STJ (HC 24.473). Assim, não obstante a falta de amparo na literalidade do CPP, tem-se a possibilidade do delegado determinar a liberdade provisória sem o pagamento da fiança. BARBOSA (2021) destaca que o art. 325, §1º, I, do CPP, ao remeter para o art. 350 do mesmo código, não pretendeu indicar a autoridade que, nestes casos, *“teria atribuição para dispensar a fiança, pois assim já o teria feito no art. 325 do CPP, mas sim para sinalizar a condição e o procedimento para a dispensa, em especial, aos verdadeiramente pobres e miseráveis”*, para não haver, o exemplo hipotético, de dispensa de fiança para um indivíduo abastado. Ademais, citando NICOLITT, enfatiza que *“a própria autoridade policial poderá dispensar a fiança e colocar o réu (rectius, indiciado) em liberdade. Tal posição encontra amparo, inclusive numa interpretação histórica, já que na lei 1060/50, antiga redação do art. 4º, a autoridade policial atestava pobreza”*. Nesta direção, caminhou o 1º Congresso Jurídico dos Delegados de Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro que, no Enunciado 6, fixou que: *“o Delegado de Polícia poderá, mediante decisão fundamentada, dispensar a fiança do preso, para não recolhimento ao cárcere do indiciado pobre”*.

Sobre o relaxamento da prisão em flagrante pelo delegado de polícia, além da possibilidade de análise do princípio da insignificância (exame da atipicidade material do fato), a exegese do art. 304, §1º, do CPP, autoriza o delegado deixar de recolher o indivíduo à prisão caso entenda infundadas as suspeitas. *“Note-se que o juízo de possibilidade foi determinante para a lavratura do auto de prisão em flagrante, todavia, diante da ausência do convencimento da probabilidade, das fundadas razões, a prisão deverá ser relaxada”* (BRENE, 2019, p. 154).

Diante da capacidade da investigação criminal em restringir direitos fundamentais como patrimônio, intimidade e liberdade, tem-se a necessidade de reinterpretção constitucional de toda sistemática envolvendo o inquérito policial. Reafirma-se a cogente

atuação do Estado-investigação na persecução penal, viabilizando a punição do agente criminoso e o favorecimento da manutenção da paz social. No entanto, é imprescindível que a investigação preliminar seja contornada por garantias constitucionais, fortalecendo o seu caráter democrático e sua inegável força jurídica na elucidação de fatos criminosos.

De acordo com o art. 5º, LIII, da CRFB, ninguém será processado ou sentenciado senão pela autoridade competente, garantindo tratamento isonômico, preservando a dignidade da pessoa humana e evitando perseguições dentro do Estado Democrático de Direito. Inicialmente, considerando-se os termos "processado" e "sentenciado", falou-se nos princípios do juiz natural e do promotor natural. Todavia, a partir da constatação de que o inquérito policial é um procedimento integrante do processo preliminar investigatório, somado à sua marca inquisitiva (não obstante, também assecuratório), urge, ainda que seja longo o caminho entre as vaidades e interesses políticos em jogo, a efetivação do princípio do delegado natural como meio do Estado empreender esforços contra abusos, excessos ou desvio de poder. Na mesma linha, a garantia de um processo (procedimento) justo e previamente estabelecido nos limites legais (art. 5º, LIV, da CRFB), somado ao caráter democrático exigido pela investigação criminal constitucional, impõe a efetivação do princípio do delegado natural. Ademais, tendo em vista que a investigação criminal é composta por atos administrativos, imperioso se faz o cumprimento da impessoalidade constitucionalmente prevista ao ato (ARAÚJO, 2012).

Portanto, a regra é que a designação do delegado com atribuição para analisar a matéria seja anterior ao fato a ser apurado e o exercício de suas atribuições seja permanente, alheio a influências externas, garantindo a independência, imparcialidade e eficácia das investigações. De tal modo, evita-se a designação de um delegado posterior ao fato (investigação de exceção), a avocação ilegal do procedimento investigatório e a remoção injustificada do delegado de polícia. Assim, eventual restrição de direitos fundamentais do investigado se dará em nome do interesse maior da coletividade e da persecução penal e não por fatores seletivos. Oportuno observar que, de acordo com o art. 22 do CPP, o delegado de polícia possui atribuição para apurar os fatos ocorridos dentro de sua circunscrição. Poderá realizar diligência em outra circunscrição dentro da mesma comarca, haja vista que diligência em outra comarca exige a expedição de carta precatória.

O princípio do delegado natural certifica a tranquilidade do investigador que, utilizando os meios legalmente admitidos, assegurando as garantias democráticas, tem a missão de buscar a verdade possível. A autonomia investigativa do delegado e a sua independência em relação à defesa e à acusação garantem a isonomia e a inércia do Judiciário durante a fase pré-processual (ANSELMO et. al., 2017). De tal modo, verifica-se a importância da Polícia Judiciária, enquanto função essencial à justiça, no fortalecimento do sistema acusatório, uma vez que a função de investigar está destinada a órgão próprio e não ao Judiciário (NICOLITT, 2016).

A atividade de Polícia Judiciária ainda carece de garantias funcionais adequadas à execução de sua função constitucional. Apesar da timidez do legislador em assumir o seu papel na concretização das normas constitucionais, a autonomia da função exercida pelo delegado de polícia decorre de *“princípios constitucionais da maior envergadura”* impondo uma releitura de todo sistema legal atinente à investigação criminal (GOMES; SCLIAR, 2019). Nessa linha, MOREIRA (2016, p. 88) acrescenta que *“a própria Polícia Civil também necessita melhorar estruturalmente: a capacitação do policial civil deve ser incrementada, o seu salário deve ser digno, a sua formação deve ser científica e especializada”*.

A função instrumental do processo penal como filtro domador dos excessos do *jus puniendi* estatal, considerando-se a existência de um Estado-juiz, de um Estado-acusador, de um Estado-defensor e de um Estado-investigador no exercício das funções essenciais à promoção da justiça e dos valores democráticos (e o conseqüente respeito à divisão constitucional dessas funções inerentes à persecução penal), indica a conexão e a necessidade de se efetivar os princípios do Juiz natural, do Promotor natural, do Defensor natural e do Delegado natural (RANGEL, 2018).

O art. 2º, §4º, da Lei 12.830/2013 expressa que a investigação policial somente poderá ser avocada ou redistribuída ao superior hierárquico por despacho fundamentado consubstanciando o motivo de interesse público ou nas hipóteses de inobservância dos procedimentos previstos em regulamento da corporação que prejudique a eficácia da investigação. Conforme BRENE (2019, p. 115), a primeira intenção do mencionado parágrafo é tentar minimizar a interferência política e hierárquica na atividade policial, embora a Lei 9.784/99, que trata do processo administrativo, já pudesse ser apontada como justificativa para eventual questionamento frente ao superior hierárquico, *“pois o art. 15 da lei assevera que a avocação temporária de competência atribuída a órgão inferior hierarquicamente somente é permitida em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados”* (BRENE, 2019, p. 115).

Nos termos da ideia geral do princípio da autoridade natural (como ocorre com o juiz, o promotor e o defensor), o ordenamento jurídico brasileiro positivou a noção de delegado natural como autoridade pública presidente do inquérito policial. Deste modo, a excessiva discricionariedade que havia na avocação de procedimentos investigativos e a possibilidade de designação de um delegado diferente daquele com atribuição original passou a ser limitada pelo princípio do delegado natural positivado no sistema jurídico brasileiro. Conseqüentemente, a remoção da autoridade policial só poderá ocorrer por ato fundamentado (art. 2º, §5º, da Lei 12.830/2013). Trata-se de cargo privativo de bacharel em Direito, devendo-lhe ser dispensado o mesmo tratamento protocolar que recebem os magistrados, os membros da Defensoria Pública, do Ministério Público e os advogados (art. 3º da Lei n. 12.830/2013) (TÁVORA; ALENCAR, 2020).

A remoção arbitrária do delegado, além da prerrogativa da inamovibilidade, atinge outras garantias, inclusive dos sujeitos da investigação, maculando o princípio do delegado natural. Conforme restou expresso na decisão proferida no Processo 001985-98.2014.8.26.0297 (TJSP), *“o interesse público pede, invoca, grita, para que os agentes políticos da investigação revistam-se da devida independência, para a atuação serena e republicana”* (...) *“para fins, pois, de garantia do interesse público nas investigações criminais, subtraindo os Delegados das pressões internas e externas, é possível dizer que hoje já exista o princípio do Delegado Natural”*. Neste contexto, o citado julgado enfatiza que:

Passa a constituir direito fundamental da sociedade e das pessoas investigadas não só o acesso ao princípio do Juiz Natural e do Promotor Natural, mas também do Delegado Natural, com a correlata e importante garantia da inamovibilidade. A investigação criminal etapa fundamental da persecução penal cerca os agentes políticos por ela responsáveis das garantias de independência necessárias ao fomento da cidadania e dos princípios republicanos.

Entre os problemas que envolvem o debate sobre a possibilidade do órgão acusador investigar (transformando-se em órgão acusador-investigador, apesar do Constituinte de 1988 ter realizado a distribuição de funções entre os órgãos da persecução penal), tem-se questões controversas como a seletividade das investigações, o interesse na persecução e a total falta de controle. Neste ponto, observa que a atividade da polícia judiciária é passível de controle interno (órgão corregedor), controle externo (Ministério Público) e futuro controle de legalidade pelo Poder Judiciário. Nesta linha, a função de filtro inerente à investigação preliminar resta esvaziada pela possibilidade de investigadores acusadores e investigadores julgadores, colocando em ameaça a garantia de direitos fundamentais (ANSELMO et. al., 2017).

A separação de poderes como cláusula pétrea e o conseqüente sistema de freios e contrapesos à manutenção do Estado democrático deve ser considerada desde a divisão de funções do poder estatal até as instâncias inferiores de controle entre os órgãos estatais. Além de organizar a estrutura do Estado, limita e controla o poder, evitando o abuso. Nesta direção, Luiz Flávio Gomes:

(...) este sistema de controles e contenções recíprocas, pode se dar de forma implícita, quando determinada atividade é compartilhada entre órgãos estatais, sistema no qual, cada um exercendo um estágio da atividade, evita o monopólio da atuação do outro sobre toda ela, prevenindo o abuso do poder. Este é o caso da persecução criminal, dividida entre Poder

Executivo, que realiza a investigação criminal; Ministério Público, como *dominus litis*; Poder Judiciário, que aplica a lei penal e Poder Legislativo, que elabora as leis processuais e materiais referentes à persecução criminal.

O mesmo sistema pode se dar também de maneira explícita, sem que haja divisão da atividade de que se trata, mas estabelecendo o constituinte que determinado órgão fiscalizará o trabalho do outro. Esta forma se apresenta no controle externo realizado pelo Ministério Público sobre a atividade policial, previsto no artigo 129, VII da Carta Magna (GOMES; SCLIAR, 2019).

Sobre a consagração do princípio do delegado natural pela Lei 12.830 de 2013, PACELLI e FISCHER (2019) indicam dois pontos positivos da atuação legislativa. O primeiro refere-se à privatividade, no âmbito policial, da investigação policial pelo Delegado de Polícia, excluindo, nos termos já constitucionalmente fixados, outras corporações policiais. O segundo ponto refere-se à vedação da remoção injustificada do Delegado, bem como a proibição de avocação ou afastamento do Delegado de determinada investigação, salvo quando a redistribuição for motivada em razões de interesse público o que demonstra a intenção de resguardar a impessoalidade na prática de atos administrativos (art. 2º, § 4º).

Em relação à investigação de crimes não militares, conforme já fixado pelo STF (RE 702.617), a polícia militar não possui atribuição para apurar infrações penais comuns, não podendo elaborar o termo circunstanciado de ocorrência (investigação simplificada correlata aos crimes de menor potencial ofensivo e às contravenções penais) ou outro ato de polícia judiciária. Não se nega, em absoluto, a importância de todos os agentes envolvidos na segurança pública. Contudo, para preservar o Estado Democrático de Direito, tem-se a obediência ao exercício das funções legais como imperativo constitucional. Conforme expressado pela Ministra Ellen Grace, no julgamento da ADI 3614, as duas polícias, Civil e Militar, têm atribuições, funções muito específicas e próprias, perfeitamente delimitadas e que não podem se confundir.

Ainda no âmbito da jurisprudência do STF, verifica-se a ADI 3.441 e ADI 2.427 com determinação no sentido de que a direção das investigações criminais só pode ser exercida por delegados de carreira, fixando, assim, que nenhum outro agente público está acreditado a desempenhar as atribuições de delegado de polícia. Portanto, PACELLI e FISCHER (2019) enfatizam que a autoridade policial, prevista legalmente com atribuição para a presidência do inquérito policial ou outro procedimento investigativo previsto em lei, é o Delegado de Polícia (civil e federal) que, nos termos do art. 10 do CPP, deve concluir

o procedimento com um relatório de tudo que foi apurado. O termo agente de autoridade (art. 301 do CPP) diz respeito aos policiais que, por não serem autoridades, atuam sob o comando ou supervisão do delegado. Na persecução penal, forma denota garantia e a garantia de ser investigado apenas pelo delegado natural expressa basilar direito fundamental (ANSELMO et. al., 2017).

Ressalta-se que, conforme norma constitucional e infralegal, o delegado de polícia ingressa à carreira, por meio de concurso público de provas e títulos, e progride nos termos legais. Não é possível outro agente policial ascender na carreira como delegado em violação ao princípio do concurso público. Neste sentido, o STF, no julgamento da ADI 1.854, corroborou essa proibição, impedindo a progressão vertical em quadro diverso do que integra o servidor policial.

Os princípios que integram o modelo de direito penal, enquanto garantias jurídicas, expressam condições *sine qua non* à consolidação da responsabilidade criminal e aplicação da pena. Essas garantias, tanto penais como processuais, condicionam o exercício do poder punitivo estatal (FERRAJOLI, 2002). De acordo com entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, autoridade de garantias é uma função tipicamente judicial, não se confunde com estritamente jurisdicional (ANSELMO et. al., 2017, p. 41). Assim, conjuntamente, a fase prejudicial (ou administrativa) e a fase judicial compõem a persecução penal brasileira (GAVIORNO, 2018).

O primeiro juízo de tipicidade da conduta é realizado pelo Delegado de Polícia. Esta atividade deve ser pautada na efetiva lesão ao bem jurídico protegido pelo ordenamento, requer a demonstração da tipicidade formal e material, sendo insuficiente a mera tipicidade formal que pode ser exemplificada pelas lesões insignificantes ou irrelevantes. Desse modo, por força do princípio da insignificância (causa supralegal de exclusão da tipicidade material), constatada a improcedência das informações (art. 5º, § 3º, do CPP), o delegado não está obrigado a lavrar o flagrante ou instaurar inquérito policial através de portaria. "*Possui nesse momento autoridade para fazer o primeiro juízo de tipicidade*" (NICOLITT, 2016). Nesta direção, BRENE (2019, p. 143) destaca que:

O não reconhecimento do princípio constitucional da insignificância, que representa a dimensão material da análise da tipicidade, erigida à causa supralegal de exclusão do fato típico (primeiro elemento analítico do crime a ser analisado), diante dos vetores axiológicos da Constituição Federal, no momento da lavratura de um auto de prisão em flagrante, cuja ressonância pela aplicabilidade é exaustiva nos Tribunais Superiores, bem como na doutrina, soaria incongruente e desassociado do postulado garantista, sob quaisquer de seus olhares.

Quanto à possibilidade de aplicação da insignificância pelo delegado de polícia, especialmente no instante da lavratura do Auto de Prisão em Flagrante Delito, instante de garantia de maior proteção à liberdade individual, PACELLI e FISCHER (2019, p. 30) expõem que a *verificação, pela Polícia, da presença de causa de justificação da conduta (art. 23, CP), de excludente da culpabilidade (arts. 21, 22, CP), de erro de tipo (art. 20, CP) e, “acrescentaríamos, sob o risco de inquietação no âmbito do Ministério Público e do Judiciário, nos casos de manifesta atipicidade material (juízo acerca da relevância da efetiva lesão ao bem jurídico objeto de proteção penal)”*, possui embasamento na própria ordem constitucional. Mais adiante, os mesmos autores acrescentam que *“não se pode subtrair ao delegado de polícia uma parcela tão pequena acerca da definição típica do fato, em prejuízo de um ganho tão grande na tutela das liberdades públicas”* (p. 638).

Importante destacar que, cabível em relação aos delitos cuja conduta criminosa revele inexpressiva lesão ao bem jurídico, tem-se, de acordo com a jurisprudência do STJ, a impossibilidade de aplicação da insignificância nos crimes contra a *“Administração Pública, posse de droga para consumo pessoal, envolvendo violência doméstica contra mulher e rádio clandestina (transmissão clandestina de sinal de internet via radiofrequência)”*. Ademais, em relação aos crimes de contrabando e descaminho, o STF e o STJ impõem o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para caracterizar a insignificância. Na dúvida, impõe-se o indiciamento para que a questão seja debatida em sede de instrução processual (BRENE, 2019, p. 196).

Considerações finais

A efetivação do princípio do delegado natural surge como uma garantia contra abusos, excessos ou desvio de poder. Significa que a designação do delegado com atribuição para analisar a matéria deve ser anterior ao fato a ser apurado, e o exercício de suas atribuições deve ser permanente, sem intervenção externa (política, econômica, mídia etc.), garantindo a independência, imparcialidade e eficácia das investigações. Com isso, evita-se a investigação de exceção, a avocação ilegal da investigação (art. 2º, §4º, da Lei 12.830/2013) e a remoção injustificada do delegado (art. 2º, §5º, da citada lei). Eventual restrição de direitos fundamentais do investigado deve ocorrer em nome do interesse maior da coletividade e da persecução penal, e não por fatores seletivos.

Referências

ANSELMO, Márcio Adriano; BARBOSA, Ruchester Marreiros; GOMES, Rodrigo Carneiro; HOFFMANN, Henrique; MACHADO, Leonardo Marcondes. **Investigação Criminal pela Polícia Judiciária**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

ARAÚJO, Moacir Martini. **O princípio do delegado natural como efetivação do Estado Democrático de Direito**. Revista Brasileira de Ciências Policiais. ISSN 2178-0013. Brasília, v. 3, n. 1, p. 27-41, jan/jun 2012.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. **Liberdade provisória com dispensa de fiança pelo Delegado de Polícia**. Disponível em: <<http://sindelpolrj.com.br/artigo/liberdade-provisoria-sem-fianca>>. Acesso em: 02 de maio de 2021.

BRENE, Cleyson. **Ativismo Policial: o papel garantista do delegado de polícia**. Salvador: Juspodivm, 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 2002.

GAVIORNO, Gracimere Vieira Soeiro de Castro. **Garantias constitucionais do indiciado no inquérito policial: controvérsias históricas e contemporâneas**. Dissertação (Mestrado Acadêmico em Direitos e Garantias Constitucionais) – Faculdades Integradas de Vitória, Vitória, 2006. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp075236.pdf>>. Acesso em: 11 de outubro de 2018.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3ª ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2016.

GOMES, Luiz Flávio e SCLIAR, Fábio. Investigação preliminar, polícia judiciária e autonomia. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/147325/investigacao-preliminar-policia-judiciaria-e-autonomia-luiz-flavio-gomes-e-fabio-scliar>>. Acesso em: 11 de abril de 2019.

LOPES JR., Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6ª ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Função da polícia e formas de investigação in AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Eneas Romero (Coord.). **Polícia e investigação no Brasil**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 6ª ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 22ª ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2018.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 11ª ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2019.

PRADO, Geraldo. A investigação criminal pelo Ministério Público in AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Eneas Romero (Coord.). **Polícia e investigação no Brasil**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

RANGEL, Carlos Eduardo de Araújo. **O princípio do delegado natural no Estado de Direito: matrizes dogmáticas no sistema de investigação criminal brasileiro**.

Disponível em: < http://www.escolasuperiorpoliciacivil.pr.gov.br/arquivos/File/Noticias1sem2016/Delegado__1.pdf >. Acesso em: 27 de março de 2018.

RIO DE JANEIRO. **Enunciados aprovados no 1º Congresso Jurídico dos Delegados de Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: <https://adepolam.org.br/enunciados-orientam-delegados-de-policia-na-atuacao-diaria-de-suas-funcoes/>. Acesso em: 02 de maio de 2021.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Novo Curso de Direito Processual Penal**. 15ª ed. rev. amp. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 4ª ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TRANSFERÊNCIAS INTERNACIONAIS: A EXPORTAÇÃO DO “PÉ DE OBRA” NO MERCADO FUTEBOLÍSTICO GLOBALIZADO

ANDRÉ GALDEANO SIMÕES: Advogado atuando desde 2010 como Gerente Jurídico de Futebol do C.R. Flamengo, Mestrando em Direito Desportivo pela PUC/SP. Pós-Graduado em Direito Desportivo – Centro Universitário da Cidade/RJ e em Gestão Esportiva pelo Programa FGV/FIFA/CIES. Membro da Comissão de Direito Desportivo da OAB/RJ. Árbitro Desportivo do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA).

PAULO SÉRGIO FEUZ

(orientador)

*“E agora como é que eu fico
nas tardes de domingo
Sem Zico no Maracanã
Agora como é que eu me vingo
de toda derrota da vida
Se a cada gol do Flamengo
Eu me sentia um vencedor”*

(“Saudades do Galinho”, Moraes Moreira, 1983).

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo refletir quanto a relevância das transferências internacionais e demonstrar na prática as principais cláusulas adotadas pelos clubes no Brasil e exterior. A desvalorização da moeda nacional aliada ao talento dos nossos atletas faz com que o Brasil seja o maior exportador de atletas, segundo estudo elaborado pela FIFA, evidenciando a vocação do Brasil como exportador de “pé de obra”. Fato que aponta a necessidade de maior profissionalismo para lidar com questões relativas à venda de atletas. É relevante o apoio jurídico desde a fase negocial da transferência visto que um deslizamento pode acarretar no fim das negociações. Para a elaboração contratual é importante conhecer e respeitar regras internacionais. Frequentemente ao negociarem atletas, os dirigentes desportivos pensam apenas em valores líquidos deixando de levar em consideração outros custos como impostos e com direito de formação, por exemplo. Cabe ao responsável jurídicos alertá-los sobre a existência desses e outros valores. Deve-se atentar também para as cláusulas de confidencialidade e suas exceções. Não menos

importante é a nomeação da cláusula de foro e legislação aplicável. Podem parecer pequenos detalhes irrelevantes, mas importantes para maior segurança jurídica das partes envolvidas no contrato

Palavras-chave: transferências internacionais, direito esportivo, FIFA

ABSTRACT: This article aims to reflect on the relevance of international transfers and demonstrate in practice the main clauses adopted by clubs in Brazil and abroad. The devaluation of the national currency combined with the talent of our athletes makes Brazil the largest exporter of athletes, according to a study conducted by FIFA, evidencing Brazil's vocation as an exporter of "manpower". This fact points to the need for greater professionalism in dealing with issues related to the sale of athletes. Legal support is relevant from the negotiation phase of the transfer, since a slip-up can lead to the end of negotiations. For the contractual elaboration it is important to know and respect international rules. Often when negotiating athletes, sports managers think only in net values, not taking into consideration other costs such as taxes and training rights, for example. It is up to the legal responsible to alert them about the existence of these and other values. One must also pay attention to the confidentiality clauses and their exceptions. No less important is the appointment of the jurisdiction clause and applicable law. These may seem like small irrelevant details, but they are important for the greater legal security of the parties involved in the contract.

Keywords: international transfers, sports law, FIFA

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo refletir a respeito da relevância das transferências internacionais, bem como demonstrar na prática quais as principais cláusulas adotadas pelos clubes no Brasil e em outros países.

Inicialmente, trataremos uma breve evolução histórica sobre o tema; posteriormente, serão analisados casos concretos, sendo apontadas críticas e observações a respeito.

Algumas sugestões de cláusulas e reflexões a respeito da matéria são necessárias para o aperfeiçoamento, a fim de garantir o crescimento do profissionalismo no esporte.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA:

As transferências internacionais eram raras no Brasil até o início da década de 80, quando alguns dos astros da seleção que encantou o mundo na Copa de 1982, realizada na Espanha, se transferiram para o futebol italiano que era naquele momento o grande centro futebolístico europeu.

Claro que existiram exceções, como no final da década de 50, quando o atleta Evaristo de Macedo se transferiu para o Barcelona. Na Europa, o futebol foi usado como instrumento de propaganda política tanto em ditaduras de extrema direita (como nos casos da Alemanha nazista de Hitler e a Itália fascista de Mussolini, nas décadas de 1930 e de 1940) quanto em ditaduras de extrema esquerda (como nos casos dos países do leste europeu, durante a Guerra Fria).

Na América do Sul, as conquistas pelas seleções de futebol do Brasil, em 1970, e da Argentina, em 1978, foram exploradas pela propaganda dos seus respectivos regimes militares.

No Brasil, a profissionalização do futebol que vem a ocorrer, de fato, em 1937, no Estado Novo de Vargas, é mais um exemplo de que o futebol pode ser utilizado pelo governo como instrumento aglutinador de seus valores pelo campo político.

Em 1941, durante a Segunda Guerra Mundial, foi promulgado o Decreto-lei nº 3.199, que estabelecia as bases da organização das práticas desportivas em todo o Brasil.

O mencionado decreto criou o CND (Conselho Nacional de Desporto) órgão ligado ao Estado, concentrando as funções legislativa, executiva e judicante, e que somente começou a soltar suas amarras através da Constituição Federal de 1988, mais especificamente em seu artigo 217, que prevê a autonomia esportiva e a necessidade de julgamento pela justiça desportiva em matérias relativas a competições e disciplina.

Profunda modificação legislativa se deu com o advento da Lei Zico (Lei 8.672/93) e, posteriormente, com a denominada Lei Pelé (Lei 9.615/98), atualmente em vigor, que buscaram a profissionalização do desporto.

Portanto, no Brasil, em razão deste longo período de mais de meio século, pode-se concluir que o desporto era unicamente ligado à iniciativa pública, que o utilizava como manifestação cultural com finalidades políticas e religiosas, sempre tendo em vista a manutenção do poder, passando a ser considerado autônomo apenas com a promulgação da "Constituição Cidadã".

A desvalorização da moeda nacional aliada ao enorme talento dos nossos atletas faz com que o Brasil seja o maior exportador de atletas, segundo recente estudo elaborado pela FIFA¹³⁵ e conforme relatado em artigo publicado pelos renomados advogados Bichara Abidão Neto e Victor Eleutério:

“De acordo com recente relatório publicado pela FIFA, o Brasil é há pelo menos dez anos o maior exportador de atletas do futebol mundial, superando em mais que o dobro a Argentina, segunda colocada no ranking. Foram mais de quinze mil transferências de brasileiros no período, mais de 11% do total mundial. Além disso, o país figura no relatório como o maior recebedor de pagamentos pela transferência de atletas, com mais de 7 bilhões de dólares acumulados nesses dez anos.”¹³⁶

Desta forma não há como negar a vocação brasileira de exportador de atletas, sendo que também em razão da necessidade de geração de recursos, a venda de atletas para o exterior é uma das maiores fontes de receita para alguns clubes.

3. OS DESAFIOS DAS ENTIDADES DE PRÁTICA DESPORTIVA EM RELAÇÃO ÀS TRANSFERÊNCIAS:

A evolução tecnológica e a crescente necessidade de profissionalismo fizeram com que a FIFA adotasse o *Transfer Matching System* (TMS), que se tornou obrigatório para todas as transferências internacionais de jogadores profissionais. O sistema de Regulamento de Transferências da FIFA monitora a movimentação do mercado entre países e clubes espalhados pelo mundo para evitar corrupção, lavagem de dinheiro, entre outras coisas.¹³⁷

Posteriormente, no final de 2014, através da circular 1.464 a FIFA bane a possibilidade de investidores no futebol que atuavam através de fundos que antecipavam receitas aos clubes através da garantia lastreada em direitos econômicos dos atletas. Havendo clara

¹³⁵<https://www.fifa.com/legal/football-regulatory/stakeholders/fifa-fund-for-players/media-releases/fifa-publishes-report-on-ten-years-of-international-transfers>. Acesso em 23/11/2021.

¹³⁶ <https://www.bicharaemotta.com.br/artigos/os-beneficios-da-saf-nao-sao-para-todos/>. Acesso em 23/11/2021.

¹³⁷<http://globoesporte.globo.com/futebol/times/flamengo/noticia/2012/01/problemas-em-documentacao-podem-melar-permanencia-de-itamar-no-fla.html>. Acesso em 23/11/2021.

interferência destes terceiros nas negociações dos atletas, assim possibilitando o retorno financeiro dos valores investidos.

A grande maioria dos clubes no Brasil, sob o regime de associação sem finalidade lucrativa, ainda geridos por dirigentes amadores conforme estatutos criados ainda no princípio do século passado. Havendo a necessidade de profissionalização da administração desportiva em âmbito nacional.

É importante definirmos o conceito de profissionalização. Profissionalizar é substituir a gestão política por uma gestão técnica, responsável e transparente. Importante que este conceito fique bastante claro para que possamos melhor analisar o futebol na atualidade.

A aversão pelo novo, característica inerente a maioria dos seres humanos, foi destacada pelo craque Zico em artigo denominado "Amador x Profissional" publicado no Diário Lance! de 28/07/2004:

"Um dos dilemas do futebol brasileiro na atualidade, principalmente nos grandes clubes, é a dificuldade de passar do amadorismo para o profissionalismo na administração. E infelizmente o Flamengo deu na última semana um forte exemplo das consequências negativas que a manutenção desse modelo amador desgastado pode causar (...) O mês precisa ter 30 dias! Mas o amador é assim. Na hora da paixão ele chega e quer tomar a atitude ali, não raciocina com os números, não vê o ambiente e nem se preocupa com a consequência de seus atos. (...)".¹³⁸

Em outras palavras: há a necessidade de mudança de mentalidade para que a transferência de atletas não seja para pagamento de dívidas e sim por questões desportivas.

A Lex Sportiva é estruturada integralmente de maneira a manter o ambiente esportivo isento de interferências alheias, potencialmente lesivas aos princípios que regem as atividades esportivas.

Desta forma, a FIFA foi obrigada a adotar regulamentos e procedimentos que tornassem o futebol cada vez mais profissional através das medidas anteriormente mencionadas.

138 CLUBE DE REGATAS DO FLAMENGO. FLAFUTEBOL. Relatório de Gestão 2004. Rio de Janeiro, 2004.

4. QUESTÕES PRÁTICAS NA ELABORAÇÃO DE CONTRATOS DE TRANSFERÊNCIA INTERNACIONAL:

Antes mesmo da elaboração contratual é importante o apoio jurídico na fase negocial da transferência, pois pequenos detalhes podem onerar o clube cedente sem que se atente para questões tributárias, a título exemplificativo. Recentemente o fisco espanhol pretendia tributar os clubes estrangeiros em razão da venda de atletas para aquele país. Ou seja, a ausência deste e outros cuidados podem trazer prejuízos inesperados.

Além desta questão acima, o dirigente deve sempre buscar conhecer os usos e costumes do país para o qual está negociando o atleta. Um pequeno deslize pode acarretar o final das negociações. Por exemplo, no mundo árabe deve sempre se sentar sem que mostre a sola dos sapatos pois é considerado um grande insulto nesses países. Por isso, muitas das vezes, o intermediário é peça fundamental para a concretização do negócio.

a) Questões preliminares - O início da redação de qualquer contrato é primordial que as partes incluam os “considerandos” em que todo o histórico relativo a questões do atleta e da negociação estejam presentes a fim de retratar a realidade dos fatos que culminaram com a assinatura deste contrato de transferência. É preciso ter em pensamento que este contrato poderá ser analisado por terceiros que não estiveram envolvidos diretamente nas tratativas (conselho fiscal do clube ou algum órgão fiscalizador ligado a entidade de administração desportiva).

Desde informações contratuais com o clube cedente, como prazo de vigência e se há compartilhamento de direitos econômicos, passando pela performance esportiva do atleta naquele momento (atleta revelação da temporada, por exemplo) até a necessidade do clube cessionário para aquisição do vínculo federativo.

Estes detalhes podem parecer que não são importantes, mas caso o atleta não possua boa performance no novo clube e com intuito de se defender de eventuais críticas ou supostas alegações de fraude na contratação. Por outro lado, os clubes brasileiros muitas vezes são cobrados pela torcida e da mídia em razão da venda “precipitada” de uma jovem promessa. Então a inclusão da necessidade de venda e de uma oferta vantajosa financeiramente justifica a razão da venda.

A forma de pagamento, eventuais sanções em caso de inadimplemento e a participação de intermediários devidamente cadastrados não podem faltar na redação destes contratos.

Em razão do *fair play* financeiro tem sido costumeiro que o pagamento das transferências seja efetuado de maneira parcelada, portanto caso o parcelamento seja a longo prazo é importante que o clube cedente tente incluir cláusula de vencimento antecipado das parcelas vincendas em caso de transferência definitiva do atleta para terceiro clube.

b) Do objeto da transferência - O objeto da transferência é o vínculo federativo do atleta, mas algumas questões se originam desta transferência do direito federativo. Tais como questões relativas à forma de transferência (temporária ou definitiva), eventuais bônus, prêmios de revenda, dentre outros.

Importante ressaltar a definição trazida pelo *Regulations on the Status and Transfer of Players* (RSTP) da FIFA que define a transferência internacional como "o movimento do registro de um jogador de uma associação para outra associação." Claro que quando a FIFA menciona "associação" está se referindo a uma entidade nacional, pois a entidade máxima do futebol não reconhece as associações regionais existentes dentro de uma entidade de administração desportiva nacional.

Cabe ao clube cessionário sempre observar o período de registros que são definidos pelas associações nacionais, as chamadas "janelas de transferência". Neste aspecto, a transferência poderá ocorrer a qualquer tempo, mas o registro para que o atleta tenha condições de atuação dependem da "janela" ou período de registro.

Além do clube cessionário sempre se atentar para regra que os jogadores poderão registrar-se em, no máximo, três clubes em uma temporada. Ou seja, durante essa temporada, o jogador somente poderá ser relacionado para atuar em partidas oficiais por dois clubes. Como exceção a essa regra, um atleta em trânsito entre dois clubes pertencentes a associações com temporadas sobrepostas (ou seja, o início da temporada de verão/outono oposta à temporada de inverno/primavera) poderá ser relacionado para jogar em partidas oficiais por um terceiro clube durante a temporada sobreposta, desde que tenha cumprido com as disposições contratuais em relação aos seus clubes anteriores.

Como de conhecimento público, a FIFA veda transferências que envolvam menores de 18 (dezoito) anos de idade.

Os atletas menores de 18 (dezoito) anos podem firmar contrato com a duração estabelecida pela legislação nacional de cada associação, porém, em caso de litígio submetido a órgão da FIFA, somente serão considerados os 3 (três) primeiros anos, em atendimento ao artigo 18.2 do FIFA RSTP.

A título exemplificativo, em meados de 2020 ocorreu o caso do atleta Lucas Fasson que notificou seu clube de origem com um pedido de rescisão unilateral do seu contrato que possuía validade superior aos 3 anos. O São Paulo discordou e ingressou com demanda junto a FIFA visando que o zagueiro cumprisse na íntegra seu contrato. O clube paulista notificou clubes europeus que possivelmente estivessem interessados e informou que, em caso de acerto com o jogador, exigiria o pagamento da multa rescisória de 40 milhões de euros. A FIFA determinou a liberação do registro provisório para que o jogador pudesse ser registrado pelo *La Serena* (Chile). No ano seguinte o atleta se transferiu definitivamente do clube chileno para o Athletico Paranaense. O caso foi decidido, em junho de 2022, contrariamente aos interesses do clube paulista na Corte Arbitral do Esporte (CAS).

Como acima mencionado, o artigo 19 do RSTP da FIFA estabelece algumas regras que tem a finalidade de proteger os atletas menores de 18 anos. Nesse sentido, a regra geral que deve ser observada por clubes e associações nacionais é de que transferências internacionais apenas serão permitidas quando os atletas envolvidos sejam maiores de 18 anos.

Contudo, a própria FIFA estabelece alguns critérios excepcionais que viabilizam eventual transferência ou vinculação de atleta menor de idade com clubes estrangeiros.

A primeira hipótese de vinculação de atleta menor de idade com clube estrangeiro prevista no RSTP se refere aos casos em que os pais do atleta se mudam para o país desse novo clube estrangeiro, por razões não relacionadas ao futebol. Importante destacar que no passado os próprios clubes costumavam empregar os pais dos atletas estrangeiros que desejam contratar a fim de enquadrar a contratação destes atletas na permissão regulamentar emanada pela FIFA. Portanto, a condição de que essa mudança de país por razões não relacionadas ao futebol é fundamental para que *ratio legis* desta norma regulamentar não seja desvirtuada.

Para ilustrar essa hipótese, podemos mencionar o atleta Metinho Silu, congolês, vinculado ao Fluminense *Football Club*. Seus pais se mudaram para o Brasil quando o atleta tinha cerca de 2 anos de idade. O Fluminense realizou todos os procedimentos juntos às

entidades de administração desportiva e o seu vínculo desportivo foi estabelecido com o clube brasileiro.¹³⁹

Outra hipótese se refere exclusivamente a atletas maiores de 16 anos e menores de 18, que podem ser transferidos ou vinculados a clubes estrangeiros, desde que essa transferência ocorra dentro da União Europeia ou da Zona do Euro. Bem, esse é o teor do que dispõe o Artigo 19(2)(b)(i) do RSTP.

No entanto, a FIFA e o CAS têm interpretado essa disposição regulamentar de forma extensiva e gravemente prejudicial aos clubes que não são localizados na área da União Europeia ou da Zona do Euro, especialmente os clubes da CONMEBOL, tradicionais formadores de talentos no futebol. O entendimento que prevalece atualmente na FIFA e no CAS é de que esta norma foi criada justamente para se adequar às regras de livre circulação de trabalhadores dentro da União Europeia e a criação de uma regra, por parte da FIFA, que tratasse desigualmente cidadãos europeus (com relação à possibilidade de se transferir em âmbito internacional) exclusivamente pelo fato um deles estaria anteriormente vinculado a um clube localizado dentro da União Europeia (ou Zona do Euro) e o outro vinculado a um clube localizado fora da União Europeia (ou Zona do Euro), estaria indo em sentido contrário à motivação inicial da FIFA quando editou esta norma específica.¹⁴⁰

Sem dúvida alguma, a interpretação do artigo 19(2)(b) gera um risco e um prejuízo sem precedentes aos clubes sul-americanos, na medida em que gera um desequilíbrio no mercado de transferências do futebol, tendo em vista que o RSTP e o entendimento adotado pela FIFA garantem aos clubes da União Europeia a possibilidade de atrair jogadores de todo o mundo, desde que esses atletas sejam maiores de 16 anos e possuam um passaporte europeu. No caso mencionado em nota de rodapé abaixo, o atleta argentino, que possui passaporte italiano, se vinculou ao clube inglês (antes do Brexit) com permissão expressa da FIFA e do CAS. No entanto, o mesmo atleta com dupla cidadania (argentina e italiana), caso quisesse realizar o caminho inverso, sair de um clube inglês e se vincular a um clube argentino, não poderia ser transferido por ausência de permissão regulamentar.

139 <https://globoesporte.globo.com/futebol/times/fluminense/noticia/metinho-revela-emocao-do-pai-e-de-parentes-no-congo-com-periodo-na-selecao-chegaram-a-chorar.ghtml>

140 Processo CAS 2016/A/4903, ajuizada pelo Club Atlético Velez Sarsfield v. The Football Association Ltd., Manchester City FC e FIFA, em 16 de abril de 2018.

Outra hipótese excepcional de vinculação de um atleta menor de idade a um clube estrangeiro prevista no Artigo 19 do RSTP é quando um determinado atleta vive a 50km da fronteira e o clube ao qual este atleta menor se vincula está igualmente a 50km da fronteira. A distância entre a sede do clube e a residência do atleta menor não pode ser superior a 100km.

A quarta hipótese prevista pela FIFA para que um atleta menor se vincule a um clube estrangeiro é quando o atleta sai de seu país, sem os seus pais, por razões humanitárias, tendo sua vida ou liberdade ameaçadas por motivo de raça, religião, nacionalidade, pertencer a um determinado grupo social ou em razão de opinião política.

Por fim, a última hipótese prevista pela FIFA é quando o jogador é estudante e está participando de programa de intercâmbio acadêmico. Nessa hipótese, o vínculo do atleta menor com o clube estrangeiro não pode durar mais que um ano e o clube estrangeiro deve ser exclusivamente amador, sem equipe profissional e sem qualquer vínculo com clubes profissionais.

c) Vedações legais (TPO, TPI e Transferências Ponte)

I. Transferência Ponte (*Transfer Bridge*): quando ocorrer duas transferências consecutivas de um mesmo jogador, nacionais ou internacionais, ligadas entre si e compreendendo um registro desse jogador com o clube do meio para contornar a aplicação dos regulamentos ou regras relevantes e/ou defraudar outra pessoa ou entidade.

Embora a CBF já regulasse desde 2016 a questão das transferências ponte, somente em 2019 a FIFA regulou a matéria. Assim evitando novos casos que ferem transferências que não possuem caráter desportivo e visam apenas benefícios financeiros.

A FIFA estabelece a presunção de transferência ponte caso ocorra transferência sucessiva com prazo inferior a 16 (dezesesseis semanas). Cabem as partes envolvidas demonstrar que a transferência possui caráter desportivo e não visa nenhum tipo de lucro financeiro.

O primeiro caso de punição disciplinar em decorrência de transferência ponte foi atribuída ao Racing Club de *Avellaneda* / Argentina (CAS 2014/A/3536).

II. *Third Party Ownership* (TPO): Os Contratos de Cessão de Direitos Econômicos eram permitidos até 31/12/2014 desde que com empresas que não interferissem nas

transferências ou em questões trabalhistas e podiam ser divididos. Não era difícil lermos nos jornais casos em que os atletas eram “fatiados” como verdadeiras pizzas e seus percentuais eram divididos entre os investidores e os clubes.

Durante um longo período esta era uma fonte de receita importante para a sobrevivência dos cofres de clubes em dificuldades para quitar suas obrigações em dia.

A FIFA, em razão de pressão da UEFA, editou a circular 1464 (22/12/2014) que baniu a possibilidade de terceiros serem detentores de direitos econômicos. Os contratos assinados até 31 de dezembro de 2014 seriam respeitados, desde que fossem inclusos no sistema TMS até abril de 2015, e aqueles assinados entre 1º de janeiro de 2015 e 30 de abril de 2015 somente teriam efeitos pelo período de 1 (um) ano.

Assim diversos clubes foram obrigados a correr para formalizar transferências ainda no ano de 2014, a fim de não serem contrárias a nova regulamentação imposta pelo novo artigo 18ter do RSTP da FIFA.¹⁴¹

Havia diversos casos de abuso dos investidores que impunham aos clubes cláusulas leoninas e assim nunca saiam perdendo. A título exemplificativo abaixo transcrevo um exemplo desta modalidade de cláusula imposta pelos investidores:

“Na hipótese de ser recebida uma proposta para a transferência do **ATLETA** por valor igual ou superior a €4.000.000,00 (quatro milhões de euros) mesmo que em qualquer outra moeda diferente, e não havendo interesse do **CLUBE X** em aceitá-la, fica conferida a **EMPRESA** a faculdade de optar entre:

I - Exigir e receber do **CLUBE X** o valor percentual a que teria direito a receber caso a proposta fosse aceita e nos moldes em que pactuado no presente instrumento, finalizando sua participação nos direitos econômicos do **ATLETA**; ou

II - Manter a vigência do presente instrumento e assim continuar detentora do percentual referido na Cláusula Primeira.”

Particularmente a maneira açodada que foi editada a circular foi de maneira impensada apenas excluir todo e qualquer terceiro, sendo que no período de sua edição

¹⁴¹<http://globoesporte.globo.com/futebol/times/flamengo/noticia/2014/12/fla-corre-para-garantir-cirino-ate-esta-quarta-feira-por-conta-de-regras-da-fifa.html>

consideravam o atleta como terceiro. Fato este que é um verdadeiro absurdo, pois os direitos econômicos nascem do vínculo federativo entre clube e atleta, portanto não seria o atleta uma figura estranha a relação e em boa hora a FIFA reviu seu pensamento e incluiu o atleta, além dos clubes anteriores, como aqueles que estão no rol que não podem ser considerados como terceiros.

Não apenas em razão da pandemia, que impossibilitou algumas fontes de receitas para os clubes, a FIFA deveria rever a sua opinião e ao invés de abolir deveria regulamentar a questão dos terceiros.

Portanto regular apesar de dar mais trabalho seria uma solução melhor para os clubes, pois assim viabiliza que clubes com menor possibilidade de investimento tenham capacidade de manter seus craques que cada vez mais cedo se transferem para o exterior e poderiam completar sua formação em seu país de origem.

III. *Third Party Influence (TPI)*: A FIFA, através do artigo 18bis, veda toda e qualquer influência de terceiros em relação ao contrato de trabalho entre clube e atleta, mesmo que este terceiro seja o clube detentor do vínculo definitivo do atleta e cede temporariamente para outro clube. Ou seja, o clube cedente não pode interferir no vínculo do novo contrato de trabalho entre atleta e clube cessionário.

Portanto, inválidas são as cláusulas que preveem a rescisão antecipada em razão de recebimento de propostas pelo clube cedente.

Um caso muito frequente são as denominadas cláusulas de “não atuação” em relação ao clube cedente. Estas são proibidas, então uma maneira de driblar esta questão é a cobrança de algum valor em razão da escalação do atleta. Nestes casos, o empréstimo gratuito se torna oneroso.

5. Cláusulas típicas nos contratos de transferência internacional:

5.1 *Sell on fee (Prêmio de Revenda)* – A cláusula “*Sell-on fee*” se refere à participação sobre os valores recebidos a título de transferência onerosa e definitiva do Atleta para outra entidade de prática desportiva, nacional ou estrangeira, durante a vigência do presente contrato, ou seja, se o novo clube transfere o jogador para um terceiro clube, o antigo clube tem direito a uma porcentagem sobre a nova taxa de transferência acordada, conforme definição da FIFA (Anexo III, art. 4.2 do RSTP) que impõe aos clubes o dever de informar o *sell-on fee* no sistema TMS.

Primeiro exemplo: O clube A e o clube B concordam na transferência 1 de modo que quando o jogador é transferido para o clube C (transferência 2), o clube A terá direito a receber 10% da nova taxa de transferência acordada entre o clube B e o clube C na transferência 2. O clube A e o clube B devem declarar a porcentagem da taxa de *sell-on* acordada na transferência 1.

Contrato: "Caso ocorra a transferência para terceiro clube (clube C) o clube B pagará ao clube A 10% (dez por cento) do total líquido da futura transferência (Cláusula '*Sell-on fee*')."

A manutenção deste percentual de uma transferência futura pode possuir variações.

Segundo Exemplo: percentual fixo sobre o valor total da futura transferência x percentual sobre eventual lucro obtido pelo novo clube em uma transferência futura:

Contrato: "Clube A e o clube B acordam a venda do Atleta no valor de € 10 milhões (transferência 1), caso o jogador seja transferido para o clube C (transferência 2), o clube A terá direito a receber 10% sobre o montante que exceder ao valor da transferência 1. Ou seja, caso a transferência acordada entre o clube B e o clube C na transferência 2 seja equivalente a €11 milhões; o clube B deverá pagar ao clube A o percentual de 10% (dez por cento) sobre €1 milhão excedentes da transferência 1.

Valor excedente de €1 milhão corresponde a € 100 mil (10% que deverá ser pago ao clube A)."

Uma questão que o clube cedente sempre deve se atentar para evitar que o clube cessionário que adquire o vínculo do atleta burle o direito de *sell-on fee* é sempre registrar que no caso de transferência para terceiro clube que não envolva valores, mas apenas troca de atletas as partes busquem um órgão com credibilidade para mensurar o valor de mercado daquela transferência e assim possa resguardar seu direito.

Ao contrário do mercado sul-americano, o mercado europeu prefere adotar a cláusula *sell-on fee* em detrimento da nomenclatura direitos econômicos.

5.2 Add-on fee (Bônus por performance): É o pagamento de bonificação em razão do alcance de metas pré-determinadas ligadas a performance desportiva pelo atleta (individual) ou pela equipe (coletiva).

É uma taxa de transferência condicional em que a quantia adicional paga pelo novo clube ao antigo clube, caso certas condições forem cumpridas.

Exemplo I: se o jogador marcar 10 gols ou atuar em 15 partidas como titular, o Clube B pagará ao Clube A a quantia de € 500 mil (bônus por performance individual).

Exemplo II: se o Clube B for campeão nacional ou se classificar para o principal torneio continental, o Clube B pagará ao Clube A a quantia de € 1 milhão (bônus por performance coletiva).

5.3 *Loyalty bonus* (Bônus de lealdade): O bônus por lealdade normalmente é pago pelo cumprimento do contrato de trabalho, pois ele privilegia a manutenção do contrato – uma espécie de pagamento de luvas de forma invertida.

Contrato: “Pela efetiva permanência no primeiro ano de contrato (01/07/2019 à 30/06/2020) - o CLUBE A terá direito a receber a quantia líquida de € 2 milhões, a título de bonificação de lealdade, através de parcela única, com vencimento em 31 de julho de 2020.”

Também pode ser pago ao Atleta, conforme disposição em seu contrato de trabalho:

Exemplo: “Pelo presente instrumento, a **CONTRATANTE** se obriga a pagar ao **CONTRATADO**, a título de bonificação individual de lealdade, um *loyalty bonus*, caso permaneça vinculado ao **CONTRATANTE** até o término de seu vínculo federativo, a bonificação conforme as tabelas do Anexo I ao presente instrumento.”

6. CESSÃO TEMPORÁRIA COM OPÇÃO DE COMPRA:

Há casos que o clube cede um atleta para outro e as partes, em comum acordo, resolvem fixar o valor de eventual transferência definitiva do vínculo federativo do atleta.
142

Neste caso importantíssimo que o clube cessionário faça o acerto salarial de eventual futuro contrato de trabalho, pois neste caso pode se acertar com o clube cedente, mas não conseguir efetivar a transferência.

Normalmente, esta é a redação desta cláusula de eventual transferência:

142<https://ge.globo.com/futebol/times/vasco/noticia/dirigente-do-independiente-confirma-acordo-e-vasco-aguarda-documentacao-para-acerto-com-benitez.ghtml>

“O **CEDENTE**, com autorização e concordância expressa do **ATLETA**, concede ao **CESSIONÁRIO** a opção de aquisição em definitivo do direito de inscrição federativa e vínculo esportivo, além de 50% (cinquenta por cento) dos direitos econômicos do **ATLETA**, pelo valor líquido de €10.000.000,00 (dez milhões de euros), a qual deverá ser exercida pelo **CESSIONÁRIO** por meio de notificação por escrito formalizada em até 30 (trinta) dias antes do término da presente cessão temporária.

Na hipótese de exercício da opção pelo **CESSIONÁRIO**, o **ATLETA** se compromete a celebrar contrato especial de trabalho desportivo, que deverá vigor pelo período mínimo de 3 (três) anos a contar da data do exercício pelo **CESSIONÁRIO** até 31/12/2022, com salário mensal inicial de € 8.000,00 (oito mil euros) a partir de 01/07/2020, € 12.000,00 (doze mil euros) a partir de 01/01/2021; e € 15.000,00 (quinze mil euros) a partir de 01/01/2022. Sendo desde já estipulada entre as partes que a Cláusula Indenizatória Desportiva para o exterior será equivalente em reais a € 30.000.000,00 (trinta milhões de euros).”

Qualquer contrato de transferência depende da expressa concordância e acerto salarial prévio com o atleta a fim de possuir eficácia, senão será uma “cláusula de arquibancada”, tais quais aquelas que impõem a possibilidade de nova transferência apenas para determinado clube ou a obrigatoriedade de apenas se transferir para o clube cedente em caso de eventual cessão temporária futura. No máximo, o que o clube cessionário poderá garantir é um direito de preferência, mas que na prática esbarra na vontade do atleta.

Outra questão que deve ser observada é a razoabilidade do valor da cláusula indenizatória imposta pelo clube empregador, pois caso não tenha razoabilidade com os valores de mercado ou pagos a título de remuneração ao atleta podem ser revistos pelo CAS.

Muitas vezes, independente da cláusula indenizatória, clube e atleta acertam a denominada “*buy-out clause*” onde as partes livremente estipulam um “valor de saída”.

Tem sido cada vez mais frequentes casos em que os clubes, com intuito de evitar sanções impostas pelo *fair play* financeiro, incluem uma “opção obrigatória de compra”, foi o caso do empréstimo do atleta Mbapé do Mônaco ao PSG, em agosto/2017, com opção de compra por €180 milhões.

As metas devem ser razoáveis e obrigatoriamente guardar relação direta com a atuação do atleta, por exemplo não se pode incluir como meta “chover em Londres”, ou

seja, uma meta sem razoabilidade desportiva (“atuar em 1 partida o clube B deve exercer a opção de compra”).

6.1. Cláusula de recompra (Buy-back clause)

Esta modalidade de cláusula é frequente nos empréstimos com opção de compra para atletas consideradas “jovens promessas”, um exemplo de redação desta cláusula seria:

“No caso em que o Clube A exerça a Opção de Compra do Jogador, o Clube B terá, durante o período de dois anos após a data em que a Opção de Compra do Clube A entrar em vigor, uma opção para readquirir o registro do Jogador permanentemente em consideração da Taxa de Recompra (a “Opção de Recompra”). A Opção de Recompra deve poder ser exercida pelo Clube B: - enviando uma notificação por escrito ao Clube A em ou antes de 30 de novembro de 2019 para entrar em vigor no mais breve possível após 1 de janeiro de 2020; ou, - notificando por escrito o Clube A em ou antes de 30 de novembro de 2020, a partir de 1 de janeiro de 2021 ou o mais cedo possível. No caso de a Opção de Recompra ser exercida (sujeito ao Clube B e o Jogador concordar com os termos do contrato de jogo que serão aplicados após o retorno do Jogador ao Clube B, e esse fato ser notificado ao Clube A por escrito), pelo Clube B, o Clube A e o Jogador tomarão imediatamente as medidas necessárias para efetivar a transferência permanente do registro do Jogador para o Clube B e o cancelamento do contrato do Jogador com o Clube A o mais rápido possível. A Taxa de Recompra a ser paga pelo Clube B ao Clube A pelo exercício da Opção de Recompra na cláusula x acima será: 22.000.000 € pagáveis em três parcelas iguais da seguinte maneira: 7.333.333 € pagáveis dentro de 7 dias após o re-registro do Jogador no Clube B (o “Re-registro do Clube B”); 7.333.333 euros a pagar no aniversário do Reinscrição do Clube B; e 7.333.334 € a pagar no segundo aniversário do Reinscrição do Clube B, em cada caso, sujeito ao re-registro do Jogador no Clube B, de forma permanente.”

Esta modalidade de cláusula é bastante utilizada pelos *multi-club ownership* que ao adquirirem jovens atletas costumam emprestá-los com intuito de adquirirem experiência e valorização no mercado.

6.2. A validade da transferência: condicionantes nulas

De acordo com a FIFA a reprovação nos exames médicos após a sua assinatura e que deveriam ter ocorrido antes da celebração do ajuste laboral, além da obtenção de visto ou permissão de trabalho, quando se tratar de atleta estrangeiro, não podem ser condicionantes nulas, por força do art. 18.4 do Regulamento da FIFA sobre o *Status* e a Transferência de Jogadores, para a validade do contrato de trabalho.

7. MECANISMO DE SOLIDARIEDADE E TRAINING COMPENSATION.

Frequentemente os dirigentes desportivos ao negociarem os atletas pensam apenas em valores líquidos e o clube que contrata deixa de levar em consideração o custo com direito de formação ou mecanismo de solidariedade.

Portanto, importante sempre alertar sobre esta questão que pode causar um desgaste desnecessário, a fim de também evitar um aumento no custo final da operação.

Será sempre devida seja por transferência temporária ou definitiva, desde que onerosa. Incluindo-se também eventuais bônus acessórios recebidos em função da transferência e acima mencionados.

Em regra, o clube cessionário deve reter o percentual de 5% (cinco por cento) para após a análise do passaporte desportivo do atleta fazer a distribuição dos valores daqueles clubes que contribuíram para formação desportiva do atleta entre 12 e 23 anos de idade.

No cálculo do pagamento de mecanismo é a questão do cômputo de acordo com o período da temporada, isto porque na Europa, por exemplo, o início da temporada ocorre no meio do ano enquanto no Brasil a temporada se inicia em janeiro.

Desta forma, há a sobreposição de temporadas (*overlapping seasons*) que pode gerar uma pequena alteração nos cálculos.

Definição no contrato de transferência se o valor de transferência já inclui eventuais valores devidos à título de mecanismo de solidariedade e/ou *training compensation* é importante para evitar discussões futuras sobre a responsabilidade sobre o pagamento destes valores.

Exemplo: Clube A pagará x milhões líquidos (livre de impostos). O valor da transferência não inclui valores de mecanismo de solidariedade e/ou direito de

formação que não serão retidos e ficarão sob responsabilidade do Clube A pagar diretamente aos clubes que contribuíram com a formação do atleta.

Definição no contrato de transferência se o antigo clube do atleta será responsável por reembolsar o novo clube caso este seja cobrado por um terceiro clube em valores de mecanismo de solidariedade ou *training compensation*.

Exemplo: Em caso de cobrança direta, o Clube A deverá reembolsar o Clube B pelas despesas decorrentes do pagamento que seria de sua responsabilidade.

O mecanismo de solidariedade interno, recentemente, passou a ser admitido pelo RSTP da FIFA. Portanto, o caso de um atleta que se transfere entre dois clubes de um mesmo país. Anteriormente não seria possível a cobrança de mecanismo de solidariedade – fato que hoje pode ser cobrado.

Já a compensação por treinamento poderá ser cobrada caso o atleta assine seu primeiro contrato de trabalho com clube diverso daquele que foi seu clube formador ou em caso de transferência internacional em idade de formação (até 23 anos de idade).

8. DA IMPORTÂNCIA DAS DISPOSIÇÕES FINAIS DO CONTRATO DE TRANSFERÊNCIA:

Uma questão primordial que as partes sempre devem sempre estarem atentas na redação de um contrato de transferência internacional é em relação ao idioma. Escolher dentre os idiomas oficiais da FIFA aquele que tenha maior proximidade e em caso de contratos bi colunados com outro idioma não deixar de incluir que em caso de eventual controvérsia prevaleça o idioma que lhe for mais próximo e traga maior segurança.

Os canais de comunicação devem ser incluídos, pois com o crescimento tecnológico é importante a agilidade na troca de correspondências entre as partes. Ideal é sempre adotar os e-mails corporativos dos clubes, pois os e-mails dos profissionais podem mudar caso tenha mudança no corpo diretivo dos clubes.

Deve-se atentar também para as cláusulas de confidencialidade e suas exceções, além de cláusulas anticorrupção e *compliance* – além do respeito as leis de proteção de dados.

Não menos importante é a nomeação da cláusula de foro e legislação aplicável. Ideal é escolher os estatutos da FIFA e seus órgãos judicantes. Subsidiariamente a legislação suíça, a fim de fugir de eventuais desgastes com a parte contrária.

O CAS tem sido a melhor alternativa para eventual recurso das decisões emanadas dos órgãos judicantes da FIFA, mas é importante prever como será composto o painel em razão do alto custo da arbitragem internacional. Se será árbitro único ou três árbitros, além da língua do painel.

Podem parecer pequenos detalhes irrelevantes, mas importantes para maior segurança jurídica das partes envolvidas no contrato.

9. CONCLUSÃO

A evidente vocação do Brasil como exportador de “pé de obra” fortalece a necessidade de maior profissionalismo para lidar com as questões relativas à venda de atletas. Desde os usos e costumes até a legislação pertinente sobre a matéria.

Contratos melhor elaborados trazem maior segurança jurídica aos clubes e conseqüentemente mais recursos que podem ser investidos no futebol de base.

Desta forma elevaremos o número de novos talentos e criando um ciclo virtuoso que contribuirá para o fortalecimento de nosso futebol e novamente colocando o Brasil em posição de destaque no cenário mundial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BRASIL **Lei 9.615/98 de 24 de março de 1998**. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências. (Lei Pelé). Diário Oficial da União, Brasília - DF, publicado em 25 de março de 1998.

CALIXTO, Vinicius. **Lex Sportiva e Direitos Humanos. Entrelaçamentos transconstitucionais e aprendizados recíprocos**. Editora D’Plácido. Belo Horizonte, 2017.

CAMARGOS, Wladimir. **Constituição e Esporte no Brasil**. Editora Kelps. Goiânia, 2018.

COELHO, Paulo Vinicius. **Bola fora: a história do êxodo do futebol brasileiro**. Editora Panda Books. São Paulo, 2009.

CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE FUTEBOL. **Regulamento Nacional de Registro e Transferência de Atletas de Futebol**. Rio de Janeiro, 2021.

COUTINHO FILHO, José Eduardo. **Futebol Globalizado: paixão de bilhões, mercado de trilhões**. Editora D’Plácido. Belo Horizonte, 2021.

FEDERATION INTERNATIONALE DE FOOTBALL ASSOCIATION. **Regulations on the Status and Transfer of Players**. Zurique (Suíça), 2021.

MELO FILHO, Álvaro & SANTORO, Luiz Felipe Guimarães. **Direito do Futebol - Marcos e Linhas Mestras**. Editora Quartier Latin. São Paulo, 2019.

NICOLAU, Jean Eduardo. **Direito Internacional Privado do Esporte**. Editora Quartier Latin. São Paulo, 2018.

PELA DISCUSSÃO DE UMA DIGNIDADE MENSTRUAL

JENNIFER ALINE ERNESTO DE OLIVEIRA:

Advogada. Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2019), mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2022).

Resumo: No ano de 2021, foi promulgada a Lei Federal nº 14.214 de 6 de outubro de 2021, a qual institui o Programa de Proteção e Promoção da Saúde Menstrual e outras disposições. No entanto, a lei foi promulgada com o veto do artigo 1º e 3º, os quais previam a distribuição gratuita de absorvente higiênicos, e que estabelecia a lista de beneficiárias, respectivamente, sob o argumento de que as medidas contrariavam a Lei de Responsabilidade Fiscal. No entanto, a proposta previa que os recursos seriam embasados aos recursos destinados da União ao Sistema Único de Saúde – SUS e, nos casos das presidiárias, do Fundo Penitenciário Nacional. Nesse contexto, o presente trabalho tem a finalidade de analisar a pobreza menstrual, sob a ótica do Feminismo Decolonial e da Filosofia do Direito, explorando que a precariedade menstrual é um subgênero do racismo e do classismo atrelados aos corpos que menstruam.

Palavras-chave: Direito. Filosofia do Direito. Gênero. Sexualidade. Precariedade menstrual.

Abstract: In the year 2021, the Brazilian Federal Law No. 14.214 of October 6, 2021 was enacted, which institutes the Program for the Protection and Promotion of Mental Health and other provisions. However, the law was enacted with the veto of articles 1 and 3, which provided for the free distribution of sanitary pads, and which established the list of beneficiaries, respectively, under the argument that the measures contradicted the Fiscal Responsibility Law. However, the proposal foresaw that the resources would be based on the resources destined from the Union to the Health System (Sistema Único de Saúde – SUS) and, in the cases of the prisoners, from the National Penitentiary Fund. In this context, this paper aims to analyze menstrual poverty from the perspective of Decolonial Feminism and Philosophy of Law, exploring that menstrual precariousness is a sub-genre of racism and classism linked to menstruating bodies.

Keywords: Law. Philosophy of law. Gender. Sexuality. Menstrual precariousness.

1. Introdução

O presente artigo tem a finalidade de apresentar a discussão política sobre a instituição e garantia de uma dignidade menstrual para os corpos que menstruam. A hipótese levantada é que na sociedade brasileira, há um longo caminho a ser construído

para uma efetiva discussão sobre gênero e sexualidade e isso impacta diretamente no bem viver das mulheres e das pessoas que menstruam.

A princípio, conceitua-se Pobreza Menstrual com fundamento no relatório de “Pobreza Menstrual no Brasil, desigualdades e violações de direitos” produzido pelo Fundo de População das Nações Unidas – UNFPA e pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância – UNICEF, da seguinte forma:

“Pobreza menstrual é conceito que reúne em duas palavras um fenômeno complexo, transdisciplinar e multidimensional, vivenciado por meninas e mulheres devido à falta de acesso a recursos, infraestrutura e conhecimento para que tenham plena capacidade de cuidar da sua menstruação. É recorrente o total desconhecimento do assunto ou, quando existe algum conhecimento, há a percepção de que este é um problema distante da realidade brasileira. Imagina-se que a pobreza menstrual atinja apenas países que, no senso comum, seriam muito pobre ou mais díspares em termos de desigualdade de gênero que o Brasil. Já para o cenário brasileiro, com esforço, eventualmente lembramos da situação de mulheres encarceradas, mas não se observa a situação de meninas brasileiras que vivem em condições de pobreza e vulnerabilidade mesmo nas grandes metrópoles, privadas de acesso a serviços de saneamento, recursos para a higiene e até mesmo do conhecimento sobre o próprio corpo.” (UNICEF. UNFPA. 2021)

De forma sucinta, a **pobreza menstrual** é uma condição, temporária ou permanente, de impossibilidade de acesso aos produtos de saúde menstrual adequados, quando necessários, pelas mulheres e pelas pessoas que menstruam.

A pobreza menstrual é expressa nas seguintes situações: (a) falta de acesso a produtos adequados para o cuidado da higiene menstrual tais como absorventes descartáveis, absorventes de tecido reutilizáveis, coletores menstruais descartáveis ou reutilizáveis, calcinhas menstruais, etc., além de papel higiênico e sabonete, entre outros; (b) questões estruturais como a ausência de banheiros seguros e em bom estado de conservação, saneamento básico (água encanada e esgotamento sanitário), coleta de lixo; (c) falta de acesso a medicamentos para administrar problemas menstruais e/ou carência de serviços médicos; (d) insuficiência ou incorreção nas informações sobre a saúde menstrual e autoconhecimento sobre o corpo e os ciclos menstruais; (e) tabus e preconceitos sobre a menstruação que resultam na segregação de pessoas que menstruam de diversas áreas da vida social; (f) questões econômicas como, por exemplo, a tributação

sobre os produtos menstruais e a mercantilização dos tabus sobre a menstruação com a finalidade de vender produtos desnecessários e que podem fazer mal à saúde; e (f) efeitos deletérios da pobreza menstrual sobre a vida econômica e desenvolvimento pleno dos potenciais das mulheres e das pessoas que menstruam (UNICEF, UNFPA, 2021).

E, diante da impossibilidade de obtenção dos itens destinados à saúde menstrual, as mulheres e pessoas que menstruam não encontram outra saída a não ser optar por atitudes perigosas para conter o fluxo natural do corpo:

Quando não há acesso adequado aos produtos de higiene menstrual, é amplamente reportado por diversas pesquisas em várias regiões do mundo que meninas e mulheres fazem uso de soluções improvisadas para conter o sangramento menstrual com pedaços de pano usados, roupas velhas, jornal e até miolo de pão. Outra face do problema, para além dos meios improvisados, diz respeito à situação em que meninas e mulheres não conseguem realizar de três a seis trocas diárias de absorventes, conforme a indicação de ginecologistas, permanecendo com o mesmo absorvente por muitas horas, seja porque o custo dos absorventes exerce um peso importante no orçamento das famílias mais pobres (que em vários casos enfrentam algum grau de insegurança alimentar), seja porque o item é considerado supérfluo mesmo quando existe algum espaço orçamentário que acomodaria a compra de uma quantidade maior do produto, ou ainda nos casos em que a menina ou mulher está institucionalizada e tem o seu acesso aos produtos menstruais controlado, para citar apenas alguns fatores. (UNICEF, UNFPA, 2021).

Neste trabalho, a expressão “mulheres e pessoas que menstruam” é utilizada porque, importa a informação de que o sexo biológico e o gênero de identificação não são presumidos como uma discussão apenas do campo dos diversos Feminismos. Esta discussão é inserida no contexto do Direito, da Discriminação de Gênero e Igualdade, sob uma ótica de análise Feminista Decolonial. Optando-se em manter expresso de que, há a escolha epistemológica de que os corpos que menstruam são: (a) **os corpos de mulheres cisgênero**: sendo que uma mulher cis é uma pessoa que nasceu com o órgão sexual feminino, tem atitudes e comportamentos relacionados ao papel de gênero feminino e se identifica como mulher; (b) **os corpos de homem transexual**: sendo uma pessoa que nasceu com o sexo biológico feminino, mas se identifica com um gênero diferente daquele que foi atribuído no nascimento; e (c) **alguns corpos não-binários**: que são as pessoas que a identidade de gênero e expressão de gênero não são limitadas ao masculino e feminino.

Nessa linha, a UNFPA e UNICEF entendem que o conceito de pobreza menstrual deve analisar:

“Além das questões econômicas, garantir a dignidade menstrual vai ao encontro da garantia dos direitos sexuais e reprodutivos, sendo também uma maneira de assegurar o direito à autonomia corporal e à autodeterminação para as meninas, meninos trans e pessoas não binárias que menstruam. A privação desses direitos como caracterizada pela pobreza menstrual é, portanto, um problema multidimensional que exige uma abordagem multidisciplinar visando solucionar os problemas decorrentes da não garantia dos direitos humanos. Não é possível pensar em direitos menstruais sem considerar as múltiplas realidades no Brasil. É preciso uma abordagem interseccional da questão, considerando diversidades raciais e territoriais, entre outras, a fim de enfrentar o problema e elaborar soluções adequadas. Não estamos tratando de categorias homogêneas e a visibilidade da interação entre distintos marcadores evidencia uma profunda desigualdade no acesso às condições mínimas para o cuidado menstrual” (UNICEF. UNFPA. 2021)

O relatório de “Pobreza Menstrual no Brasil, desigualdades e violações de direitos” produzido pela UNICEF e pela UNFPA no ano de 2021 é abrangente e robusto. Foi realizado o compromisso da ressalva em relação ao gênero, sexualidade e etnia em relação aos corpos menstruantes. No entanto, por questões estatísticas, o relatório é concentrado na categoria mulher cis. Ou seja, ainda a ressalva de inclusão de outros grupos marginalizados que participam da categoria “corpos que menstruam” tenha sido realizada, a discussão é centralizada no viés mulher cis porque é uma representação da realidade brasileira em sua maioria¹⁴³. Destaca-se que, os outros grupos que pertencem a categoria de pessoas que menstruam não foram ignorados para fins de análises, no entanto, há escassez de dados em relação aos homens trans e pessoas não binárias. Dessa forma, a condição da mulher biológica é o objeto majoritário de estudo, no entanto, a categoria mulher está em disputa, sendo necessária o constante estudo, atualização e a aceitação dos novos termos dentro

143 “Os resultados mostram que pessoas identificadas como transgênero representam 0,69% e os não binários, 1,19%. O termo transgênero descreve “pessoas que se identificam com um gênero incongruente ou diferente daquele que lhes foi atribuído no nascimento”, conforme explicação da Unesp. MACIEL, Camila. **Transgêneros e não binários são 2% dos brasileiros, revela estudo.** Agência Brasil – São Paulo. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2021-11/transgeneros-e-nao-binarios-sao-2-dos-brasileiros-revela-pesquisa#:~:text=Os%20resultados%20mostram%20que%20pessoas,%E2%80%9D%2C%20conforme%20explica%C3%A7%C3%A3o%20da%20Unesp. Acesso em 16.08.2022.>

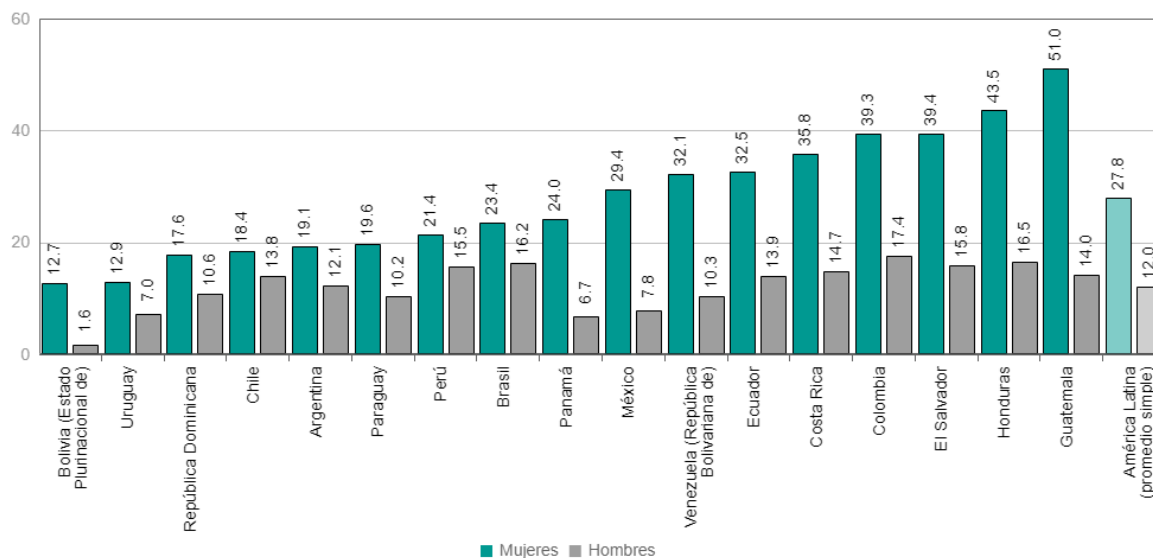
dessa discussão, para que haja abrangência não apenas como um exercício de retórica científica, mas que reflita a realidade social¹⁴⁴.

2. A pobreza das mulheres no Brasil e na América Latina

A pobreza é uma barbárie provocada pela dinâmica de escassez e produtividade da sociedade capitalista¹⁴⁵. E, no jogo social frenético, para que uns tenham riqueza, é necessários que outros não tenham condições mínimas de existência. Nesse contexto, faz-se necessário o destaque dos seguintes índices abaixo do Observatório de Igualdade de Gênero da América Latina e do Caribe – CEPAL o qual realiza diversos levantamentos de estatísticas para apresentar a condição das mulheres no Brasil:

a. América Latina (17 países): População sem renda própria por sexo, último período disponível (em porcentagem)

O índice de 2019 demonstra que no Brasil e na América Latina, as mulheres representam uma maior proporção da população acima de 15 anos que não recebe renda monetária individual e não estuda exclusivamente (segundo sua condição de atividade), em relação ao total da população feminina (masculina) acima de 15 anos que não estuda exclusivamente:



Sendo que, receber renda própria outorga poder de decisão sobre a administração das retribuições econômicas para cobrir as necessidades próprias e de outros membros do

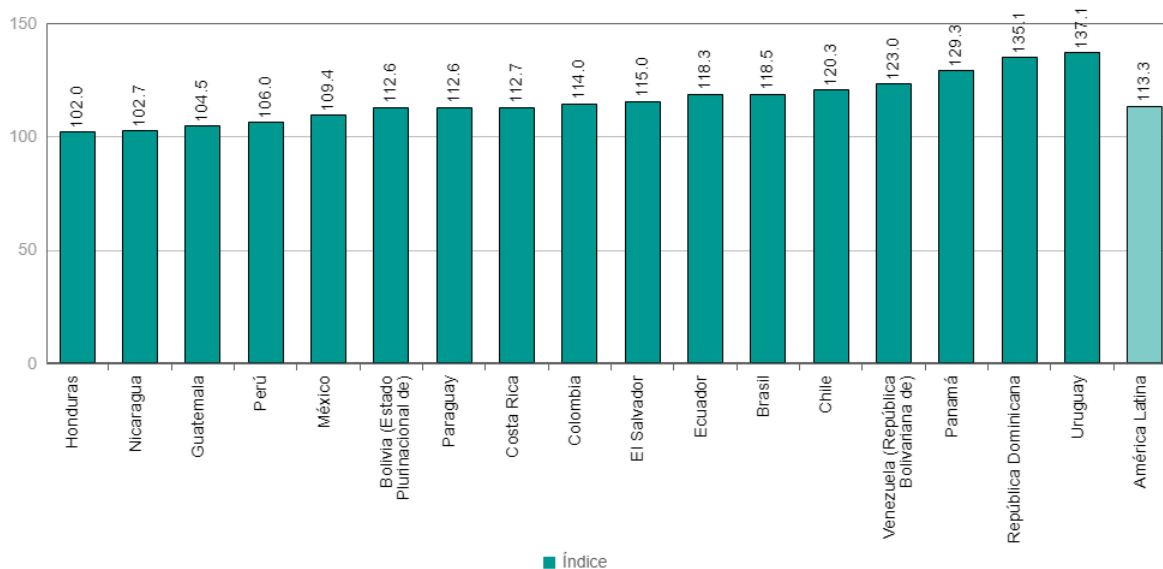
¹⁴⁴ Nota da autora: por isto, ao longo do texto, há a intercalação entre os termos mulheres e pessoas que menstruam

¹⁴⁵ ARRUZZA, Cinzia ; BHATTACHARYA, Tithi ; FRASER, Nancy. Feminismo para os 99%: um manifesto Trad. de Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2019.

lar, de maneira que este indicador é chave para caracterizar a falta de autonomia econômica das mulheres. Se bem o incremento da participação laboral feminina tenha contribuído para a diminuição da proporção de mulheres sem renda própria desde as primeiras medições, feitas no final da década de 1990, ainda em 2019 esta proporção alcançava, na média regional, 28.6% – enquanto que para os homens a cifra era de 10.4%. Isso significa que quase um terço das mulheres da região depende de outros para sua subsistência, o que as torna vulneráveis desde o ponto de vista econômico e dependentes daqueles que possuem renda, que em geral são os homens. (CEPAL, 2019)

b. América Latina (17 países): Índice de feminidade em domicílios pobres, em torno de 2019

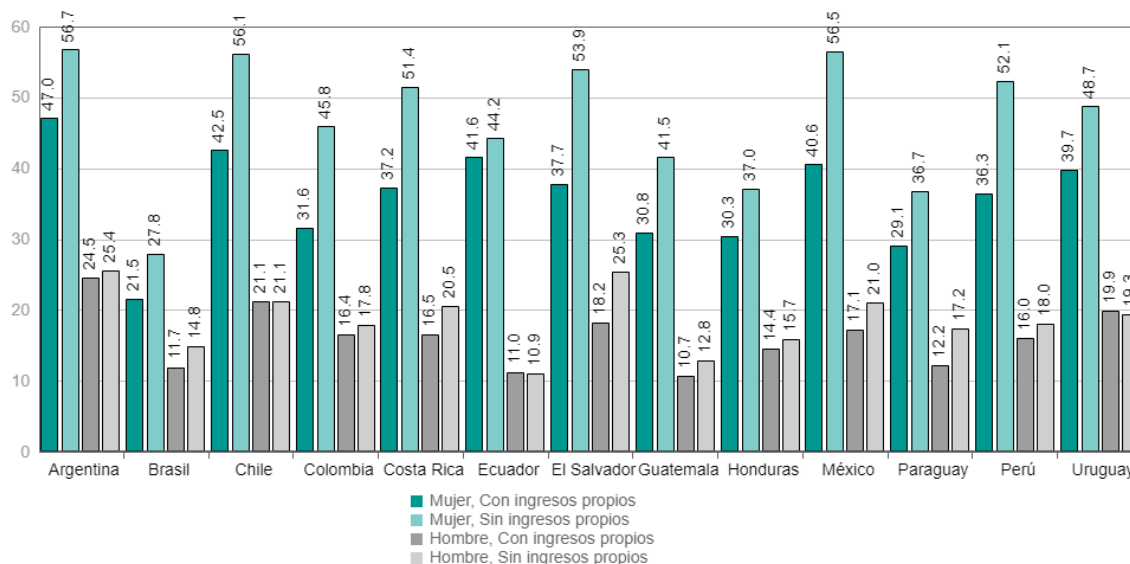
Ainda, o CEPAL divulgou índice que mostra as disparidades na incidência da pobreza (indigência) entre mulheres e homens. Um valor superior a 100 indica que a pobreza (indigência) afeta em maior grau às mulheres que aos homens; um valor inferior a 100, a situação contrária. E, ainda que o Brasil não ocupe uma posição de destaque como o Uruguai (137,1), o Brasil ocupa a relevante posição de 118,5 na escala de disparidade:



c. América Latina (12 países): Tempo de trabalho não remunerado da população de 20 a 59 anos segundo rendimentos próprios por sexo, último período disponível (Horas semanais)

Ademais, em relação ao tempo dedicado ao trabalho pela população de 20 a 59 anos de idade ao trabalho não remunerado; isto é, ao trabalho que se realiza sem pagamento algum e se desenvolve majoritariamente na esfera privada. Mede-se quantificando o tempo que uma pessoa dedica ao trabalho para autoconsumo de bens, a

tarefas domésticas e de cuidados não remunerados para o próprio lar ou para apoio a outros lares. Apresenta-se desagregado por sexo e pela condição que tenha a pessoa de apresentar rendimentos monetários individuais:



Da análise dos recursos essenciais para autonomia econômica (renda e o tempo) é possível observar grandes diferenças entre homens e mulheres, havendo o aspecto monetário, mas também o da alocação das atividades demandadas no lar, o que aumenta a distância entre o gênero destes. Em relação as mulheres sem renda própria, o tempo de trabalho não remunerado não excede entre 16% à 56% o tempo de trabalho não remunerado dedicado pelas mulheres que possuem renda própria. Um aspecto a ser destacado para o desenho de políticas públicas é que, embora as mulheres reduzam sua carga de trabalho não remunerado ao obter uma renda própria, o que está associado à possibilidade de pagar por alguns serviços e produtos e ao uso do tempo no mercado de trabalho, a diferença de gênero não diminui.

A diferença de horas destinadas ao trabalho não remunerado entre homens e mulheres permanece muito grande, mais do que o dobro na maioria dos casos. Essa dinâmica tem sido amplamente atribuída à discriminação e aos estereótipos tradicionais de gênero na atribuição do trabalho e em suas respectivas valorizações sociais. Políticas que promovam o acesso das mulheres à renda própria podem afetar a diminuição de sua carga de trabalho não remunerada, mas se isso não for acompanhado pela abordagem de corresponsabilidade entre homens e mulheres na família, as desigualdades de gênero não poderão ser superadas em termos de redistribuição da carga total de trabalho. (CEPAL, 2019).

Os 3 (três) índices acima: "População sem renda por sexo", "Índice de feminidade nos domicílios pobres" e "Tempo de trabalho não remunerado" demonstram como as

mulheres estão no foco da pobreza, seja na renda recebida, ou no índice de pobreza nos domicílios pobres, e ainda em relação a não remuneração do serviço doméstico.

E, ainda que não seja enfoque deste trabalho, o questionamento da pobreza como um fenômeno estruturante do capitalismo, faz-se necessário apresentar que o papel de gênero mulher no contexto da sociedade capitalista é o de sustentar os trabalhos reprodutivos (doméstico, criação, economia do cuidado), e, não há interesse político de que essa estrutura de organização social do trabalho seja alterada.

“Em virtude da própria estrutura, portanto, o capitalismo nos priva da capacidade de decidir de forma coletiva exatamente o que e quanto produzir, sob qual base energética e por meio de quais tipos de relações sociais. Ele também nos rouba a capacidade de determinar como queremos usar o excedente social que produzimos coletivamente, como queremos nos relacionar com a natureza e as futuras gerações e como queremos organizar o trabalho de reprodução social e sua relação com o trabalho de produção. Em suma, o capitalismo é fundamentalmente antidemocrático.” (ARRUZZA; BHATTACHARYA; FRASER, 2019)

Nesse sentido, Cinzia Arruzza, Tithi Bhattacharya e Nancy Fraser constroem um manifesto feminista para os 99%, o que significa: a construção de um feminismo que expresse a realidade das mulheres marginalizadas na pobreza e na racialidade, o qual entende a reprodução social da seguinte forma:

“A reprodução social é uma questão feminista. No entanto, é permeada, em todos os pontos, pelas diferenças de gênero, raça, sexualidade e nacionalidade. Um feminismo voltado para a resolução da crise atual deve compreender a reprodução social através de uma lente que também engloba, e relaciona, todos esses eixos de dominação.” (ARRUZZA; BHATTACHARYA; FRASER, 2019)

Ou seja, a Pobreza Menstrual é uma expressão da Pobreza e da Desigualdade Social, a qual é agravada pelas características de raça e gênero, bem como de localização geográfica e acesso ao saber. A menstruação, tida socialmente como um tabu relacionado ao corpo feminino, como impuro, sujo e relacionado ao pecado da criação, é no século XXI um grande problema de saúde pública o qual demanda discussão, estudo, construção de políticas públicas e responsabilização do Estado democrático de Direito.

3. A Pobreza Menstrual no Brasil, desigualdade e violações de direitos

Com a finalidade de entender a realidade brasileira sobre a pobreza menstrual, a UNICEF em parceria com a UNFPA construiu o **Relatório de Pobreza menstrual no Brasil – desigualdades e violações**. Documento este que organizou os dados do IBGE e outras pesquisas para demonstrar que a questão afeta não apenas as pessoas pobres, mas a sociedade como um todo. Ou seja, a finalidade foi iniciar um estudo que ensejasse numa conversa com a sociedade civil sobre a saúde menstrual em toda.

O relatório é robusto e destacou-se pelo recorte de gênero e etário, e ainda, contou com a identificação de diferentes recortes nos dados que avaliem outras desigualdades tais como a raça, classe social, renda familiar, dentre outros. Sendo que, para os importou “entender a realidade das meninas que menstruam, escolarizadas ou não, e como essas são afetadas pela dificuldade de acesso a seus direitos menstruais” (UNICEF, UNFPA, 2021)

Os dados analisados foram fundamentados nos índices do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística e de outros dados responsáveis pela realização do levantamento de dados. Ainda:

“Para tal, como uma etapa que se inicia antes do tratamento de dados e acompanha todas as demais etapas deste trabalho, realizamos uma extensa revisão bibliográfica, apesar de não a esgotar, englobando artigos publicados em periódicos, livros e, mesmo a chamada grey literature, que representa uma parcela extensa do volume total de trabalhos sobre a pobreza menstrual. É importante frisar aqui que, embora seja possível encontrar um número considerável de estudos normativos e qualitativos, raríssimas são as fontes de dados quantitativos, que, quando encontradas (à exceção de fontes oficiais tais como as do IBGE), são cifras em que não é possível confirmar a fonte, ou que não conseguimos verificar a metodologia empregada para a obtenção do dado final, ou ainda cuja amostra é muito pouco representativa das meninas e mulheres da população brasileira.” (UNICEF, UNFPA, 2021)

Assim, o trabalho demonstrou a urgência da discussão da precariedade menstrual, sob uma perspectiva quantitativa, definido que no Brasil a situação das pessoas que menstruam é uma barbárie.

Tanto é real a situação de pobreza menstrual no Brasil, que em 2015, a jornalista Naná Queiroz publicou o livro intitulado “Presos que menstruam”, a qual denunciou já na citação inicial de seu livro:

“Para o Estado e a sociedade, parece que existem somente 440 mil homens e nenhuma mulher nas prisões do país. Só que, uma vez por

mês, aproximadamente 28 mil dessas presas menstruam.” Heidi Ann Cerneka, coordenadora da Pastoral Carcerária nacional para as questões femininas, em artigo de setembro de 2009. (QUEIROZ, 2015)

Ou seja, as mulheres – ou pessoas encarceradas como mulheres, para além de estarem na situação carcerária, são punidas duplamente pela condição de mulher, uma vez que não há recursos suficientes que atendam a saúde menstrual. Resultando numa condição de indignidade, que para além do vexame de não poder conter o fluxo natural do corpo, as pessoas que menstruam estão expostas a infecções e tantas outras possibilidades de doenças.

A Pobreza Menstrual, expressão da pobreza e da desigualdade social, fruto de um tabu generalizado, o qual não se possibilita sequer a discussão sobre o assunto, requer discussão e expansão, bem como concretização do direito constitucional de saúde:

CF/88 - Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

CF/88 - Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

E, com fundamento nas garantias constitucionais, no ano de 2019 e 2020, respectivamente, as deputadas Marília Arraes (PT-PE) e Tábata Amaral (PDT-SP) apresentaram projetos de lei com a finalidade de viabilizar a distribuição gratuita de produtos de higiene menstrual. O projeto da primeira propunha a distribuição de absorventes nas escolas públicas e o da Tábata Amaral sugeria que o produto fosse distribuído em locais públicos.

a. Tentativa de Institucionalização

A justificativa para a proposta de ARRAES foram fundamentadas pelas necessidades biológicas das mulheres sendo inerentes e inevitáveis, as quais deveriam ser tratadas com normalidade. Dessa forma, a lei teria a finalidade de combater o estigma em torno da menstruação e o conceito de impureza e outras discriminações. A pobreza menstrual é um problema mundial e que é pouco discutida no Brasil e não conta com apoio governamental.

Em 2014 a Organização das Nações Unidas – ONU reconheceu o direito à higiene menstrual como questão de direitos humanos e saúde pública. Os produtos de higiene menstrual são hoje considerados bem de luxo por pessoas em vários países, há situações, como no sistema prisional, em que é usado até mesmo como moeda de troca entre as detentas. A movimentação financeira em torno da comercialização desses produtos é alta, porém as consequências para a população mais vulnerável podem ser terríveis e acabam marginalizando ainda mais essas mulheres.¹⁴⁶

Nesse contexto, foi proposto do Projeto de Lei nº 5474/2019 (PL 5474/2019) o qual tinha a finalidade de viabilizar a distribuição de absorventes higiênicos pelas unidades de saúde, dentro das condições estabelecidas pelas normas regulamentadoras, a exemplo da Escócia, em em novembro e 2020 tornou-se o primeiro país do mundo a oferecer absorventes sem custo¹⁴⁷. Concretizando esse objetivo, no ano de 2021, foi promulgada a Lei Federal nº 14.214 de 6 de outubro de 2021 (Lei nº 14.214/2021), a qual institui o Programa de Proteção e Promoção da Saúde Menstrual; e altera a Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006, para determinar que as cestas básicas entregues no âmbito do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (Sisan) deverão conter como item essencial o absorvente higiênico feminino.

No entanto, em contrapartida a efetividade do marco legal, o Presidente da República vetou dispositivos basilares, os quais sustentavam o objetivo da lei promulgada, sendo eles os artigos artigo 1º e 3º, §2º os quais dispuseram sobre a distribuição gratuita de absorvente higiênicos, e ainda, estabeleciam a lista de beneficiárias. Abaixo, discrimina-se o dispositivo do PL 5474/2019 e os vetos presidenciais:

PL 5474/2019 –Art. 1º –“Esta Lei institui o Programa de Proteção e Promoção da Saúde Menstrual para assegurar a oferta gratuita de absorventes higiênicos femininos e outros cuidados básicos de saúde menstrual.”

Razões do veto – “A proposição legislativa institui o Programa de Proteção e Promoção da Saúde Menstrual, que asseguraria a oferta gratuita de absorventes higiênicos femininos e outros cuidados básicos de saúde menstrual. Contudo, embora meritória a iniciativa do legislador, a proposição legislativa contraria o interesse público, uma

146 ARRAES, Marília. ARRAES, Marília. Projeto de Lei. 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1666AF0CDEBA02162AF1E7E9EB706FFB.proposicoesWebExterno1?codteor=1819075&filename=PL+5474/2019

147 <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-55076962>

vez que não há compatibilidade com a autonomia das redes e estabelecimentos de ensino. Ademais, não indica a fonte de custeio ou medida compensatória, em violação ao disposto nos art. 16, art. 17, art. 24 e art. 26 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal, nos art. 125 e art. 126 da Lei nº 14.116, de 31 de dezembro de 2020 – Lei de Diretrizes Orçamentárias 2021 e na Lei Complementar nº 173, de 27 de maio de 2020.”

PL 5474/2019 – § 2º do art. 3º – “§ 2º Os recursos financeiros para o atendimento das beneficiárias de que trata o inciso III do caput deste artigo serão disponibilizados pelo Fundo Penitenciário Nacional.”

Razões do veto – “A proposição legislativa estabelece que, no âmbito do o Programa de Proteção e Promoção da Saúde Menstrual, os recursos financeiros para o atendimento de mulheres apreendidas e presidiárias, recolhidas em unidades do sistema penal seriam disponibilizados pelo Fundo Penitenciário Nacional.

Entretanto, a despeito da meritória intenção do legislador, a proposição legislativa contraria o interesse público e incorre em vício de inconstitucionalidade, uma vez que não indica a fonte de custeio ou medida compensatória, em violação ao disposto nos art. 16, art. 17, art. 24 e art. 26 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal, nos art. 125 e art. 126 da Lei nº 14.116, de 31 de dezembro de 2020 – Lei de Diretrizes Orçamentárias 2021 e na Lei Complementar nº 173, de 27 de maio de 2020, e em violação ao art. 167, I e II da Constituição.

Ademais, a proposição legislativa também contraria o interesse público ao determinar que o custeio do Programa, para uma categoria específica de beneficiárias, caberia a fundo público, pois o art. 3º da Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, não elenca o objeto do Programa no rol de aplicação de recursos do Fundo Penitenciário Nacional – Funpen. Por fim, outras despesas decorrentes do mesmo Programa correriam à conta de dotações orçamentárias disponibilizadas ao Sistema Único de Saúde – SUS, para atenção

primária à saúde, observados os limites de movimentação, empenho e pagamento da programação orçamentária e financeira anual.”¹⁴⁸

O foco argumentativo dos vetos são (i) a lesão à Lei de Responsabilidade Fiscal e (ii) a lei de diretrizes orçamentárias de 2021. Ficando registrado o império da forma em detrimento da materialidade da lei. Isto porque, o conteúdo legal concentrava o objetivo da criação de um programa de construção da dignidade dos corpos que menstruam.

Ainda que a instituição de uma Política Pública não dependa de apenas uma lei, os itens vetados não poderão ser regulamentados por outras normas, sob pena de legislação em instrumentos inadequados – ou seja, usurpação do poder legislativo. Ficando claro que foi uma opção política a promulgação de uma norma que não será efetiva, não haverá distribuição gratuita dos absorventes.

A lei passou a ter apenas um caráter informativo, sendo que o seu Decreto nº 10.989, de 8 de março de 2022, promulgado no dia internacional da mulher, enseja o questionamento referente a prioridade dessa discussão enquanto política pública, uma vez que traz o seguinte dispositivo:

Art. 7º A execução do Programa de Proteção e Promoção da Saúde Menstrual fica condicionada à disponibilidade orçamentária e financeira.

A regulamentação é genérica, não há quaisquer indícios de um programa sendo elaborado ou que há perspectiva de dotação orçamentária e financeira, uma vez que não há datas para instituição da política pública, nem sequer pesquisas de levantamento da demanda nos estados da federação. Para as pessoas que menstruam restará a espera para que estados e municípios disputem pela regulamentação, dotação orçamentária e assim por diante, para que haja a efetividade da norma.

4. Considerações Finais

Considerando o apresentado, este trabalho teve a finalidade de iniciar um estudo sobre a construção legislativa e de políticas públicas sobre a precariedade ou pobreza menstrual. Começando por uma consideração das discussões de gênero e sexualidade, passando pela situação da pobreza das mulheres na América Latina e no Brasil, até a análise das escolhas políticas do legislativo e do executivo em relação a temática de um dos aspectos da saúde das mulheres e das pessoas que menstruam.

¹⁴⁸ BRASIL. Mensagem de Veto nº 503 de 6 de outubro de 2021. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Msg/VEP/VEP-503.htm Acesso em 15.08.2022

Este análise é um ponto de partida, e há a pretensão de que seja atualizado, com os estudos analíticos específicos e detalhados dos aspectos do tabu menstrual até o papel das mulheres na divisão social do trabalho.

Considerando que a proposta legislativa original era abrangente e previa que os recursos seriam inclusive relacionados as verbas destinadas da União ao Sistema Único de Saúde – SUS e, nos casos das presidiárias, do Fundo Penitenciário Nacional, o presente trabalho identifica que a pobreza ou precariedade menstrual é uma questão de saúde pública, mas essencialmente, uma questão que é abrangida pelo pensamento Feminista Decolonial e da Filosofia do Direito, sendo um subgênero do racismo e do classismo atrelados aos corpos que menstruam.

A Lei promulgada vetou aspectos importantes da proposta política erigida pelas deputadas, sendo que as possibilidades de uma construção da educação menstrual no Brasil ficam contidas e dependem da vontade política daqueles que estarão no poder. Ou seja, a política pública não foi instituída, a lei foi promulgada para fins informativos e, até para apaziguar a demanda. Isto porque, é por meio de políticas públicas efetivadas que os governantes comunicam a sociedade civil sobre as temáticas que são importantes de serem discutidas, os assuntos os quais os recursos públicos são destinados e aonde que serão enveredados os esforços.

Dessa forma, a precariedade menstrual um subproduto da desigualdade social, refletida na desigualdade de gênero, majorada pela discriminação racial. Ou seja, é um problema de destaque social, entende-se pela urgência da discussão da pobreza menstrual, com a finalidade da construção de uma dignidade menstrual para as mulheres e para as pessoas que menstruam.

REFERÊNCIAS

ARRAES, Marília. Projeto de Lei. 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1666AF0CDEBA02162AF1E7E9EB706FFB.proposicoesWebExterno1?codteor=1819075&filename=PL+5474/2019 Acesso em dezembro de 2021.

ASSAD, Beatriz Flugel. Políticas públicas acerca da pobreza menstrual e sua contribuição para o combate à desigualdade de gênero. Revista Antinomias, v.2, n.1, jan./jun., 2021. Disponível em: <http://www.antinomias.periodikos.com.br/article/60e39095a9539505a0471774/pdf/antinomias-2-1-140.pdf> Acesso em dezembro de 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Caderneta de Saúde da Adolescente. Disponível em https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/caderneta_saude_adolescente_feminina.pdf

BRASIL. Ministério da Saúde. Cadernos de Atenção Básica, nº 24. 1ª edição – 2009. Disponível em https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cadernos_atencao_basica_24.pdf. Acesso em dezembro de 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Federal nº 4.968 de 2019. Institui o Programa de Fornecimento de Absorventes Higiênicos nas escolas públicas que ofertam anos finais de ensino fundamental e ensino médio. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2219676> Acesso em dezembro de 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 428/2020. Dispõe sobre a distribuição de absorventes higiênicos em espaços públicos. Apensado ao PL 4.968/2019. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2238110&fichaAmigavel=nao>

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em dezembro de 2021.

BRASIL. Lei Federal nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm Acesso em dezembro de 2021.

BRASIL. Lei Federal nº 14.214, de 6 de outubro de 2021. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Lei/L14214.htm Acesso em dezembro de 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde, Brasília/DF. Proteger e Cuidar da Saúde dos Adolescentes Atenção Básica (2018) Disponível em https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/proteger_cuidar_adolescentes_atencao_basica.pdf Acesso em dezembro de 2021.

BRASIL. Sistema Único de Saúde - SUS. Ministério da Saúde & Brasil, Ministério da Mulher, da F. e dos direitos humanos. Adolescência primeiro gravidez depois. (2020). Disponível em https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nac_atencao_mulher.pdf Acesso em dezembro de 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa. Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais / Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa, Departamento de Apoio à Gestão Participativa. Brasília: 1. ed., 1. reimp. Ministério da Saúde, 2013. Disponível em https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_saude_lesbicas_gays.pdf Acesso em 26.7.2022.

MACIEL, Camila. Transgêneros e não binários são 2% dos brasileiros, revela estudo. Agência Brasil – São Paulo. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2021-11/transgeneros-e-nao-binarios-sao-2-dos-brasileiros-revela->

[pesquisa#:~:text=Os%20resultados%20mostram%20que%20pessoas,%E2%80%9D%2C%20conforme%20explica%C3%A7%C3%A3o%20da%20Unesp.](#) Acesso em 16.8.2022.

MENDONÇA, Jeniffer. Homens também menstruam: por que o assunto não é só feminismo. Disponível em: <https://ponte.org/homens-tambem-menstruam-por-que-o-assunto-nao-e-so-feminino/> Acesso em 26.7.2022.

MOTTA, Ivan Dias da. ARAÚJO, Maria de Lourdes. SILVA, Marcos Alves da. Por uma política pública educacional nacional de fornecimento de produtos de higiene menstrual. Revista Direito e Sexualidade, v.2, n. 2, p. 189-212, jul./dez.2021. <https://periodicos.ufba.br/index.php/revdirsex/article/view/47217/25706> Acesso em julho de 2022.

Movimento Nacional ODS Santa Catarina. Projeto de Lei trata da pobreza menstrual. 2020. Disponível em: <https://sc.movimentoods.org.br/2020/07/03/projeto-de-lei-trata-da-pobreza-menstrual/> Acesso em dezembro/2021.

Núcleo de Direitos Humanos e Cidadania LGBT (NUH-UFGM), Departamento de Antropologia e Arqueologia (DAA-UFGM). Relatório Descritivo. Projeto Transexualidades e saúde pública no Brasil: Entre a invisibilidade e a demnada por políticas públicas para homens trans. Disponível em <https://www.nuhufmg.com.br/homens-trans-relatorio2.pdf> Acesso em 16.8.2022

ONG Trata Brasil. O saneamento e a vida da mulher brasileira. 2018. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/images/estudos/itb/pesquisa-mulher/relatorio.pdf> Acesso em 6.2.2021.

ONU CEPAL. Índice de feminidad de la pobreza extrema y de la pobreza según área geográfica. Disponível em <https://oig.cepal.org/pt/indicadores/indice-feminidade-da-pobreza> e https://statistics.cepal.org/portal/cepalstat/technical-sheet.html?lang=es&indicator_id=3330&area_id=221 Acesso em 16. 8.2022.

ONU CEPAL. População sem renda própria por sexo. Disponível em <https://oig.cepal.org/pt/indicadores/populacao-sem-renda-propria-sexo> e https://statistics.cepal.org/portal/cepalstat/technical-sheet.html?lang=es&indicator_id=2315&area_id=221 Acesso em 16.8.2022.

Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA) e Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF). Pobreza Menstrual no Brasil: desigualdade e violações de direitos. Publicado em 2021. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/relatorios/pobreza-menstrual-no-brasil-desigualdade-e-violacoes-de-direitos> Acesso em 16.8.2022

ONU Água. Gender, Water and Sanitation: A Policy Brief. 2006. Disponível em: http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/un_water_policy_brief_2_gender.pdf

ONU MULHERES. Financiamento Transformador pode acabar com a desigualdade de gênero até 2030, destaca ONU Mulheres. 2015. Disponível em:

<http://www.onumulheres.org.br/noticias/financiamento-transformador-pode-acabar-com-a-desigualdade-de-genero-ate-2030/> Acesso em dezembro de 2021.

Organização Mundial da Saúde. Progress on Drinking Water, Sanitation and Hygiene: 2017 Update and SDG Baselines. Geneva: OMS e UNICEF, 2017. Disponível em: <https://www.who.int/mediacentre/news/releases/2017/launch-version-report-jmp-water-sanitation-hygiene.pdf?ua=1> Acesso em dezembro de 2021.

PALETTA, Gabriela cabral. DIEGUEZ, Roberta Siqueira Mocaiber. O que a psicologia tem a dizer sobre isso?": deslocamentos e provocações sobre pobreza menstrual entre duas psicólogas e um grupo de mulheres universitárias. Anais da VIII Reunião de Antropologia da Ciência e da Tecnologia – ISSN: 2358-5684. Disponível em <https://ocs.ige.unicamp.br/ojs/react/article/download/3805/3670/14154> Acesso em 26.7. 2022.

PERIOD - End of Sentence (Absorvendo o Tabu) Direção de Rayka Zehtabchi, Roeteiro de Ajeya Anita, Gouri Choudari, Ano: 2018, Estados Unidos, Índia, Documentário, Duração: 26 minutos. Disponível em <https://www.netflix.com/br-en/title/81074663> Acesso em dezembro/2021.

PUCPR. Palestra sobre dignidade menstrual. Disponível em <https://www.facebook.com/clinicaDHPUCPR/videos/palestra-casp-e-absorver/1326337281157286> Acesso em dezembro/2021.

QUEIROZ, Nana. Presos Que Menstruam: a brutal vida das mulheres - tratadas como homens – nas prisões brasileiras. Rio de Janeiro: Record, 2015.

SOUZA, Érica Renata. Corpos transmasculinos, hormônios e técnicas: reflexões sobre materialidades possíveis. Disponível em <https://www.scielo.br/j/cpa/a/gjbHXhCfGHnvYzLwJcTzkks/?lang=pt> Acesso em 26.7..2022.

Diversos autores... Pobreza menstrual no mundo: uma revisão de literatura. Brazilian Journal of Development, Curitiba, v.8, n.2, p. 10704-107 14.2.2022

ANIMAIS COMO SUJEITOS DE DIREITO SOB A PERSPECTIVA DO ANTROPOCENTRISMO ALARGADO

MATHEUS SAD SERENATO: Advogado; Pós Graduando em Direito Ambiental e Agronegócio – PUC/PR; Graduado no curso de Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa

RESUMO: A presente pesquisa justifica-se sob perspectivas social e jurídica, como se passa a discorrer, associando-se tais justificativas aos seus respectivos pressupostos teóricos. Há uma nova tendência moral de afetos da relação humana com os animais e o desenvolvimento da sociedade passa a demonstrar a necessidade de novas proteções jurídicas aos animais. Para tanto, analisa-se se a perspectiva constitucional do antropocentrismo alargado dentro do direito civil. Consequente examinar-se-á a relação dos animais dentro do direito civil e a partir desta compreensão problematiza-se sobre a possibilidade de caracterizar os animais como sujeitos de direito no direito civil em conformidade com o ordenamento jurídico constitucional. O objetivo geral é identificar a possibilidade de animais serem titulares de direitos, a partir do princípio da dignidade humana e do princípio da solidariedade. Do ponto de vista metodológico, será realizada pesquisa de cunho descritivo e exploratório, a partir de meios de pesquisa bibliográficos e documentais.

Palavras-chave: Animais como sujeitos de direitos; Antropocentrismo alargado; Direito Civil; Direito Constitucional Ambiental.

INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho se apresenta nas grandes áreas de Filosofia do Direito, Direito Ambiental, Direito dos Animais e Direito Civil. A partir desses, o presente tema especifica-se na dignidade dos animais. A dignidade dos animais é uma matéria com amplo debate na jurisprudência e na doutrina, isso porque o Direito Civil Clássico define o animal somente como posse, *res nullis*. Ocorre que, com o advento de um novo paradigma ético ambiental, o ordenamento jurídico passa por uma transformação de sua concepção, e assim surge a necessidade de conceituar os animais de outra forma, além de um mero objeto.

Atualmente o direito tem se atualizado, os animais não são compreendidos somente como posse, como determinava-se no Direito Civil Clássico. Evidentemente há uma tutela aos animais, mas ainda há amplo debate sobre a definição jurídica dos animais, se são, ou não, sujeitos de direito. A partir da compreensão de como a Carta Magna define

os animais, pesquisa-se o embate da nova perspectiva ética constitucional com o direito civil e de como os animais são considerados e tutelados pelo direito privado.

Problematiza-se no presente trabalho em que medida a ética constitucional do antropocentrismo alargado pode modificar a compreensão dos animais serem considerados como objetos para o direito civil.

Nesta ótica, de um antropocentrismo alargado, de forma como prescreve a Constituição da República Federativa do Brasil em seu art.225, o objetivo geral é confrontar os estudos bibliográficos da teoria ética com as teorias e normas do direito civil brasileiro. Trata-se de uma pesquisa jurídica, de cunho exploratório.

Como objetivos específicos, em um primeiro momento, busca-se apresentar um breve relato acerca da formação da conjuntura ética e da mudança de paradigma previsto na Constituição; indicar a fundamentação doutrinária e legislativa do antropocentrismo alargado; analisar os reflexos da ética nos princípios constitucionais; pontuar as proteções constitucionais e infraconstitucionais aos animais; compreender como o direito civil brasileiro identifica os animais, se há ou não personalidade jurídica e qual a teoria jurídica que define a defesa de seus direitos.

O tema é de grande relevância no contexto atual, uma vez que cada vez mais há o aumento de judicialização de casos que envolvem os animais e recentemente tem se compreendido pela jurisprudência e doutrina a possibilidade de os animais serem sujeitos de direito. O presente artigo busca analisar o centro do debate, que é em que medida e como estes se configuram no atual sistema.

Nesse contexto, de proteção a um direito fundamental, relacionado ao meio ambiente, e a configuração deste no direito civil, expande-se o raciocínio jurídico ao relacionar-se com outras áreas do conhecimento para abarcar a construção filosófica e doutrinária.

A pesquisa desenvolveu-se, do ponto de vista metodológico, por meio da doutrina de filosofia do direito e do direito civil e de acesso aos artigos científicos já publicados em plataformas científicas. Apresentou-se a partir do método dedutivo, de pesquisa interdisciplinar exploratória.

1.O MEIO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A recente preocupação com a matéria ambiental é uma complexa questão no direito internacional e nacional, há uma intensa mudança e modernização que afetam diretamente o mundo jurídico, bem como o direito dos animais. Os direitos fundamentais de terceira geração inseridos na ordem internacional inauguraram novos valores éticos da sociedade.

Antes da Conferência Internacional do Meio Ambiente Humana, realizada em Estocolmo, capital da Suécia, em 1972, havia nos diversos ordenamentos jurídicos a compreensão de uma ética antropocêntrica, no qual o homem era o centro de todo o sistema. Como bem aponta José de Robson da Silva (2002), o antropocentrismo puro, ou clássico, não determina qualquer homem como centro de todo ordenamento, limita-se ao sujeito de direito que detém a propriedade, silenciando os não proprietários.

A partir de 1972 o ordenamento jurídico internacional há uma abertura para uma nova ética ambiental, a de um antropocentrismo alargado. Nesta, o homem ainda impera como centro de todo ordenamento jurídico, mas não somente o homem que possui a propriedade, há uma ampliação para a incorporação de sujeitos de direitos como um todo, aqueles que detém a dignidade da pessoa humana.

O ordenamento jurídico é determinado pelo estado da evolução social, o contexto social define como as normas jurídicas configurar-se-ão. A partir disso há mudança no seu conceito, no conjunto de práticas concretas e na função social de todo o campo jurídico (BITTAR; ALMEIDA, 2015).

É importante para o campo jurídico a compreensão da mudança dos valores e percepções sociais, uma vez que a propedêutica jurídica fundamenta, a partir do paradigma ético, a sistemática jurídica constitucional. Ressalta-se que a doutrina ambiental analisa um novo paradigma ambiental, o paradigma antropocêntrico alargado. Este engloba para si novos princípios, com finalidades de proteção e dignidade, para o humano, mas como também para o ambiente.

A matéria ambiental brasileira tem a sua base no artigo 225 da Constituição Federal, o qual notoriamente se fundamenta em uma ética paradigmática antropocêntrica, desta forma normatizado:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988).

Notadamente na definição do caput do art.225, que embasa o ordenamento jurídico brasileiro, reconhece o meio ambiente como bem jurídico autônomo e recepciona-o na forma de sistema, e não como um conjunto fragmentário de elementos. A definição de um meio ambiente equilibrado é compreendida tanto como um direito da personalidade, na perspectiva do direito privado, como um direito humano e subjetivo de garantia constitucional (BENJAMIN, 2008).

O antropocentrismo alargado é perceptível a partir desta compreensão, uma vez que mantém o princípio da dignidade da pessoa humana como centro, o meio ambiente é um bem de uso comum do povo. Mas também, alarga o conceito ao qualificar que todos têm direito a um ambiente ecologicamente equilibrado, sendo ele essencial à qualidade de vida. Assim, é possível uma abertura para novas óticas éticas, ou seja, biocêntricas e ecocêntricas, que passam a ter outros objetos de direitos, que não somente os humanos.

A partir disso, há de se entender que a Constituição traz em si uma superação do antropocentrismo clássico, vez que não há mais a crença da existência de uma linha divisória entre o ser humano e o resto da natureza. O ser humano é ainda a principal fonte, mas não é a única moralmente relevante. A natureza não humana não está para o direito como tendo como único propósito servir como coisa ao ser humano (ECKERSLEY, 1992, *apud* BENJAMIN, 2011).

A ética ocidental que coloca o homem no centro do universo, passa a não ser mais cabível e sustentável ao convívio do homem no planeta. Além das consequências da destruição ambiental, o paradigma antropocêntrico confronta diretamente os novos valores sociais, o qual tem por finalidade a dignidade da pessoa humana.

Há uma perspectiva de mistura racionalista e humanista que separa a humanidade da natureza, que cindiu o mundo físico do universo mental, tendo como resultado um individualismo filosófico. A tradição ocidental dicotomiza homem e natureza, com fundamento num logocentrismo definidor de que o homem por ter poder de fala, poder viver a moralidade é ele quem domina todos os outros elementos. A importância do homem e o desprezo ao mundo natural é notada, por exemplo, com a frase de Hobbes, que define mau quando traços animais tomam conta do homem, o traço para quem o homem é o lobo do homem (GODOY, 2004).

No antropocentrismo puro há uma separação entre a humanidade e o resto da natureza, sendo incompatível com a totalidade da dignidade humana, uma vez que há uma simbiose direta entre os dois objetos de direito. Os novos valores da sociedade, bem como os princípios do atual direito, em especial o princípio da solidariedade, regem pela dignidade humana e pelo meio ambiente.

A palavra meio ambiente, ou seja, de acordo com sua origem latina significa o meio em que vivemos, o que está à nossa disposição e tudo aquilo que nos rodeia, esta definição mesmo que pareça redundante delineia a essência da relação do homem com o que está em seu entorno. Desta forma, o meio ambiente é o conjunto de todas as reações e interações, sendo tudo aquilo que envolve o objeto principal de direito, que é o ser humano.

Nesta ótica, o ordenamento jurídico brasileiro tem como base uma forma ampliada do paradigma antropocêntrico, que se baseia nas convenções já estabelecidas pelo Direito Clássico, mas que se amplia a uma nova ética e novos princípios.

Há, desta forma, dois aspectos diferentes na própria ética do ordenamento jurídico brasileiro. Um mais utilitarista, que é presente principalmente no direito privado, denominado antropocentrismo extrínseco e outro que admite conferir um estatuto de “sujeito moral” ao meio ambiente, que porém não reconhece nele valor intrínseco ou a possibilidade de titulação de direito (BENJAMIN, 2011).

O princípio da solidariedade compreende que de forma complementar à tutela das gerações futuras, há o reconhecimento de que os seres da natureza merecem um status próprio, inclusive jurídico, não como sujeitos de direito, mas uma conformação normativa que vai além de tipificar os animais como simples *res*, ou coisa, como compreende o Direito Privado tradicional (BENJAMIN, 2011).

No âmbito do Direito positivo constitucional nacional a dignidade humana impera como o princípio fundamental, ocorre que no mesmo projeto social gravou-se na Constituição o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um de seus núcleos. Não há dessa maneira confusão entre o antropocentrismo clássico e o alargado, uma vez que este aceita em parte um paradigma biocêntrico em conjunto, contanto que este seja vinculado aos interesses e perspectivas da pessoa humana (SILVA, 2002).

O antropocentrismo clássico é baseado principalmente na teoria de Immanuel Kant, este elenca que todas as coisas, estando incluído assim os animais, devem servir como meio para o bem do ser humano, uma vez que este é o único portador de dignidade. Sendo esta dignidade contemplada pela racionalidade que tem um fim em si mesmo, não como meio (KANT, 2007).

Com a evolução do princípio da solidariedade, bem como na compreensão de que o direito passa a contemplar direitos difusos, em detrimento a coletividade, não é possível a análise de um antropocentrismo puro. Mesmo que a natureza não seja um sujeito de direito, há de se compreender que esta são objetos de direito e de proteção, tanto em detrimento ao homem presente, como ao homem futuro.

Ainda mais, analisa-se a valoração que o homem dedica a cada coisa, uma vez que a moralidade é criada pela pessoa natural que tem o ordenamento jurídico como finalidade de contemplação do seu direito.

Há que se compreender que a natureza não contém valores em si, mas ela por si só tem um ser, o homem, que naturalmente valora cada elemento que a natureza contém.

Desta forma, a manifestação do homem cria em si o mundo das coisas e dos direitos, que assim passa a definir o valor de cada elemento no ordenamento jurídico (HERMANN, 2006).

Deste modo, a doutrina ambiental, baseando-se na compreensão do antropocentrismo alargado se contrapõe ao radicalismo proposto por Kant, e assim compreende-se que:

é certamente possível questionar o excessivo antropocentrismo que informa tanto o pensamento kantiano quanto a tradição filosófica ocidental de um modo geral, especificamente confrontando-a com os novos valores ecológicos que alimentam as relações sociais contemporâneas e que reclamam de uma nova concepção ética, ou, o que talvez seja mais correto, a redescoberta de uma ética de respeito à vida que já era sustentada por alguns. (SARLET; FENSTERSEIFER. 2017. p. 90 e 91).

Há também outras teorias e pensamentos filosóficos que não coadunam com o ordenamento jurídico brasileiro, um deles é a filosofia utilitarista, proposta por Bentham e Mill. A filosofia utilitarista propõe que as escolhas a serem feitas devem proporcionar o maior número de bem-estar para a maior quantia de pessoas possível, não somente se restringindo a um único ser, podendo incidir a qualidade inclusive para os animais não-humanos (SANDEL, 2012).

Ocorre que, o princípio da solidariedade não contempla em si o maior número de bem-estar, mas sim a qualidade e dignidade da pessoa humana, não somente a atual geração, como também as futuras. Sendo impossível mensurar o bem-estar futuro do ser humano deve se proteger para que as próximas gerações possam definir como proteger e definir os direitos do meio ambiente em sua totalidade.

Desta maneira, há a conclusão deste capítulo no sentido de que há a necessidade de reformular as compreensões doutrinárias, bem como propor compreender a teoria antropocêntrica alargada para a correta interpretação do artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Deve-se reformular o conceito de dignidade, especialmente em relação aos animais, encontrando desta maneira o reconhecimento de um fim em si mesmos. Ressalta-se que há a necessidade para o direito brasileiro do reconhecimento de um valor intrínseco conferido aos seres sensitivos não humanos, com o fim de ter reconhecido o seu status moral e dividir com o ser humano a mesma comunidade moral (SARLET, 2017).

O antropocentrismo clássico, ainda tem força no atual ordenamento jurídico, uma vez que a forte tradição humanista ainda impera na base ética da sociedade. Desta maneira

é que o antropocentrismo alargado surge como uma solução para a compreensão da dignidade dos animais, vez que a base ética do atual ordenamento jurídico propõe mais do que somente a dignidade e bem estar do humano.

A compreensão que as normas ambientais atingem diferentes indivíduos e populações, deve ser compreendida com uma forma de solucionar as diversas lacunas jurídicas, bem como a inércia de muitos estados em dar efetividade à defesa dos direitos dos animais. Quando os desafios ambientais não são enfrentados pela atual doutrina há riscos severos que atingem a sociedade em geral, sendo o dever do ordenamento jurídico amparar a dignidade humana, bem como ao todos os objetos de direito que são conferidos direitos pelo próprio ser humano.

2.O DIREITO CIVIL E DIREITO DOS ANIMAIS

No capítulo anterior compreendeu-se que, a partir da Constituição se interpreta que a base constitucional ambiental traduz um antropocentrismo alargado. Há uma grande relevância nessa compreensão, uma vez que é a partir desta que se interpreta as demais normas infraconstitucionais. A ética antropocêntrica alargada faz parte da norma hipotética fundamental que fundamenta o ordenamento jurídico brasileiro.

As normas constitucionais, quando regulam os direitos difusos do meio ambiente, normatizam, em seu inciso VII do §1º do Artigo 225 da Constituição Federal, a proibição de práticas que coloquem em risco a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade. Tal proteção tem caráter ambiental, baseado no direito difuso e no princípio da solidariedade intergeracional.

Há também, outras proteções aos animais que decorrem diretamente dos seus proprietários, isso porque os animais não humanos, como elencado no artigo 82 do Código Civil, são considerados como um bem móvel semovente, ou seja, propriedades. Salienta-se que todo proprietário deve cumprir a função social da propriedade, sendo esta função social pertinente a defesa dos direitos dos animais.

Nestas duas posições os animais são objetos de direito, os animais silvestres como bens de uso comum, e os domésticos como seres passíveis de serem objetos de direitos reais. Ocorre que, não há nesse aspecto uma fundamentação jurídica condizente para a nova normativa constitucional trazida pela Constituição, deste modo, objetiva o presente artigo fundamentar a questão dos animais no direito civil. De maneira que haja compatibilidade com a ética do antropocentrismo alargado e a teoria jurídica do direito civil.

A possibilidade mais concreta é o enquadramento dos animais como seres sujeitos de direito, uma vez que estes são protegidos pela lei pela sua própria subjetividade, independente dos direitos dos proprietários e dos direitos difusos. Destarte, os animais classificam-se para o direito civil como sujeitos não personificados ou despersonalizados.

A personalização não é condição para possuir direitos ou ser obrigado a qualquer prestação, a personalidade confere ao sujeito uma autorização genérica para atos e negócios jurídicos, de forma diferente quando há um sujeito sem a personalidade, que tem atributos próprios e podem praticar atos inerentes à sua finalidade, bem m os atos autorizados por lei. Os sujeitos de direitos despersonalizados são aptos a titularizar direitos e deveres (COELHO, 2012).

Sujeitos de direitos são gênero, que corresponde ao sujeito que é titular de interesses em sua forma jurídica, podendo ser personificados ou despersonalizados. Desta maneira, pessoa é espécie, assim, nem todo sujeito de direito é pessoa, embora toda pessoa seja sujeito de direito (DINIZ, 2012).

É compreendido que as pessoas despersonalizadas são um agrupamento de sujeitos que não se enquadram para o direito como pessoas naturais, bem como não se enquadram como simples bens, uma vez que possuem uma aptidão limitada para ser titular de direitos e deveres. Desta forma, o ordenamento jurídico cria normativamente e tecnicamente esta categoria.

São os entes despersonalizados um conjunto de direitos e obrigações, pessoas e bens, sem personalidade jurídica. Desta forma qualquer enumeração feita será sempre exemplificativa, e não taxativa. O inciso VII do art. 12 admite interpretação extensiva desses entes (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO; 2017).

Os entes despersonalizados constituem uma comunhão de interesses, uma vez que têm consigo um conjunto de direitos e obrigações, deste modo, são dotados de capacidade processual, mediante representação, conforme normatiza o artigo 12 do Código Civil (DINIZ, 2012).

Desta maneira, há a possibilidade de compreender que os animais são entes despersonalizados, a partir de uma interpretação extensiva do art.12 do Código Civil. Tal classificação garante aos animais a qualidade tanto de objeto, como de sujeito nas relações jurídicas. Desta maneira, além de configurarem como seres sujeitos aos direitos difusos e da propriedade, os animais podem ter direitos próprios e o reconhecimento de uma dignidade relativa, que leva em conta serem seres sencientes.

Compreende-se de forma diferente à parte da doutrina, que compreende que o legislador deixou de reconhecer os animais como seres sencientes, e ainda que, segue-se

a lógica utilitarista uma vez que somente são objetos para serem utilizados pelo ser humano, sendo possível a sua proteção somente quando há interesse humano da posse dos seres humanos.

Na concepção Kantiana, os animais são coisas, as quais são meios, sendo sua finalidade a completa dignidade do ser humano. Ressalta-se que o homem por ser o único ser racional é o único que porta a dignidade (KANT, 2007).

Apesar de haver uma clara confusão entre as duas doutrinas, é possível analisar que Kant se baseia na concepção da dignidade da pessoa humana, a qual determina a base de todo o sistema constitucional brasileiro. De diferente forma ocorre com a utilitarista, que se baseia na proporcionalidade de maior número de bem-estar.

É possível questionar o excessivo antropocentrismo no pensamento kantiano e na tradição filosófica, ainda mais quando os confronta com os novos valores éticos e ecológicos, que determinam as relações sociais contemporâneas. Sendo necessário uma redescoberta de uma nova ética a respeito da vida para o ordenamento jurídico (SARLET; FENSTERSEIFER. 2017).

Desta forma, não se alia e nem mesmo se distancia da concepção de Kant, uma vez que não se encontra no ordenamento jurídico normatizações que conferem uma aptidão genérica aos animais. É possível encontrar diversas normas que determinam direitos e deveres específicos, de acordo com a sua finalidade, como também, a sua sentiência. A partir dessa análise é possível compactuar às normas que prescrevem a proibição de maus tratos, ao normatizado nas normas infraconstitucionais de que o animal é propriedade.

De forma pacífica, se concilia com a norma hipotética fundamental do atual sistema jurídico, uma vez que o *caput* do art.225 da Constituição prevê um antropocentrismo alargado. Nesta ética, a partir do ponto de vista jurídico, tem considerado a natureza, ora como objeto, ora como sujeito (SIRVINSKAS, 2018).

Ressalta-se que o antropocentrismo quando vinculado a uma Doutrina Clássica não promove efetivamente uma centralidade do homem, mas sim uma negação da totalidade humana. Essa cosmovisão não defende o humanismo, mas a proteção do direito das propriedades negando a totalidade humana. Já o antropocentrismo alargado compreende que para a efetividade do direito à dignidade humana, o ser humano tem de reconhecer que outros seres tem um valor em si, sendo na maioria das vezes um valor vinculado ao ser humano, isto porque o ser humana é um ser que valora os bens ao seu redor (SILVA, 2002).

A lógica utilitarista do antropocentrismo clássico é superada pela lógica humanista, que tem o humano como centro, mas que este valora e compreende o mundo ao seu redor. Sendo assim, a preocupação com a totalidade humana passa principalmente aos que foram postas às margens do sistema. O direito fundamental ao equilíbrio ambiental não é dicotômico, mas sim um valor que se insere como direito humano.

Desta forma o ordenamento jurídico insere-se na filosofia com descendência na tradição humanista grega, uma vez que o homem que detém a racionalidade é capaz de compreender a realidade ao seu redor, podendo assim propor uma hierarquia de direitos aos seres. De acordo com a anatomia aristotélica, por exemplo, as plantas possuem apenas propriedades nutritivas, já os animais em geral são dotados de propriedades sensitivas e motoras, os animais superiores são dotados de matéria, forma, movimento, sensibilidade e potencialidade receptiva, e por fim, ao topo da pirâmide há o homem aliando a todas essas propriedades em grau elevado (FREITAS, 2013).

Insere-se neste aspecto de forma sistemática as relações civis, que determinam as relações do homem, a partir de normas que se fundamentam na natureza social humana e na necessidade de organização da sociedade. Desta maneira, o animal como um elemento das relações sociais, acaba por participar da integração normativa de fatos e valores (DINIZ, 2012).

A complexidade das relações exige do Direito a construção de conceitos abstratos, destinados a dar uma forma jurídica para a titularidade dos interesses dos quais os humanos valoram. De forma que, a partir da norma constitucional é possível determinar que o ser humano valora de forma específica os animais, sendo estes capazes, como “seres ideais”, de serem titulares de direito. Ressalta-se que a finalidade do direito é promover a superação do conflito de interesses da sociedade humana, de forma que caracterizando como sujeitos os entes despersonalizados, está tratando racionalmente a convergência (e divergência) de interesses do humano (COELHO, 2012).

É visível que na passagem para o século XXI percebe-se o valor moral das “coisas” da natureza, bem como a análise das influências delas na vida dos seres humanos. O ambiente não é neutro, suas relações devem ser vistas com valores morais, após séculos de devastação se percebe que a correlação humana com a natureza deve ser mantida, protegida e restaurada (BENJAMIN, 2011).

Evidentemente há uma tutela aos animais, mas ainda há amplo debate sobre a definição jurídica desses seres, destoando em diversas decisões e posições se os animais são ou não sujeitos de direito. Deste modo, deve haver uma compreensão, também, da relação social e de afetividade entre os animais e os seres humanos, além da consideração desses animais como sujeitos de direito com personalidade jurídica limitada.

Mesmo que o antropocentrismo alargado seja a base do sistema constitucional e uma solução para diversos conflitos, ao possibilitar a ampliação da dignidade dos animais, há ainda, por parte da maioria doutrina jurídica, em especial a civilista, um pensamento conservador, que impede o avanço da doutrina animalista.

Apesar disso, atualmente percebe-se um movimento de modificação da jurisprudência, a partir da doutrina e das decisões dos tribunais. Em sessão na data de 14 de setembro de 2021 a jurisprudência da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR), decidiu por unanimidade que os animais têm capacidade processual, classificando-os como sujeitos de direito despersonalizados. Da mesma forma, a 3ª turma do Superior Tribunal de Justiça analisa atualmente a possibilidade de pensão alimentícia para animais, recurso advindo de uma ação julgada procedente no Tribunal de Justiça de São Paulo.

A conservação dos valores do antropocentrismo clássico ainda impera no direito civil. A tradição dominadora e privatista do direito ainda é a configuração da base ética da sociedade. Tal fato é compreensível, para uma ética que foi construída por séculos tendo por base somente o ser humano, há uma dificuldade de aceitar que a sua realidade vai além de si mesmo, que há um macrocosmo do qual o ser humano só é uma das relações.

Destaca-se, porém, uma constante mudança na compreensão dos animais no campo jurídico, valorizando-os de forma distinta a de *res nullis*, visualiza-se desta forma uma possível compreensão de personalidade jurídica limitada no direito civil.

CONCLUSÃO

O confronto da teoria ética com a teoria civilista, a partir de estudos bibliográficos, evidenciou que os animais, apesar de serem tratados como meros objetos de direitos pelo direito civil, têm seus direitos previstos constitucionalmente. Além disso, a compreensão da teórica ética antropocêntrica alargada demonstra que há possibilidade de o ordenamento jurídico ampliar a defesa de direitos dos animais, conforme ocorra a valoração e a compreensão da senciência desses.

Compreende-se que o ordenamento jurídico determina as normas jurídicas a partir da evolução social, ao modificar os valores e percepções sociais a Carta Constitucional definiu que para a contemplação do princípio da dignidade humana, há necessidade de ser protegido o ser humano e os bens ambientais à sua volta. De forma que para a definição de proteção desses bens o ordenamento jurídico deve valorar conforme a relação e a importância destes para o ser humano.

Deste modo, a partir do paradigma ético, a sistemática jurídica constitucional engloba para si novos princípios, com finalidades de proteção e dignidade, que impactam diretamente nas normas infraconstitucionais. Assim, o sistema civil brasileiro, ao ser interpretado de acordo com a ética do antropocentrismo alargado, deve reconhecer que os animais, apesar de não serem entes com personalidades jurídicas plenas, devem ter direitos reconhecidos por si só e não somente como bem ambiental e da defesa da propriedade.

E assim, com o progresso da sociedade e a modificação das relações, há a possibilidade da construção de conceitos abstratos, destinados a dar uma forma jurídica para a titularidade dos animais, de forma distinta para cada relação possível, conforme os interesses dos quais os humanos valoram.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman. A natureza no Direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. **Revista do PPGD da UFC**. Curitiba: v. 31, n.1, jan.-jun., 2011, p. 79-96.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo. Atlas: 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Lei 10.406: promulgada em 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 2017/0239804-9**. Recurso Especial. Direito Civil. Dissolução de união estável. Animal de estimação. Aquisição na constância do relacionamento. Intenso afeto dos companheiros pelo animal. Direito de visitas. Possibilidade, a depender do caso concreto. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 09 de outubro de 2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%27201702398049%27.REG>. Acesso em: 7 mai. 2022.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: parte geral, volume 1. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: volume 1, teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 6:** direito de família. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GODOY, Arnaldo Moraes. Fundamentos filosóficos da proteção ambiental. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 5/6, n. 43, p. 196-204, 2004.

HERMANN, Nadja. Rousseau: o retorno à natureza. *In*: CARVALHO, I.; GRÜN, M. e TRAJBER, R. (Org.) **Pensar o Ambiente:** bases filosóficas para Educação Ambiental. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada Alfabetização e diversidade. UNESCO, 2006.

PARANÁ. Tribunal de Justiça (7ª Câmara Cível). **Agravo de Instrumento 0059204-56.2020.8.16.0000.** Recurso de agravo de instrumento. Ação de reparação de danos. Decisão que julgou extinta a ação, sem resolução de mérito, em relação aos cães rambo e spike, ao fundamento de que estes não detêm capacidade para figurarem no polo ativo da demanda. Pleito de manutenção dos litisconsortes no polo ativo da ação. Acolhido. Animais que, pela natureza de seres sencientes, ostentam capacidade de ser parte (personalidade judiciária). Inteligência dos artigos 5º, xxxv, e 225, § 1º, vii, ambos da constituição federal de 1988, c/c art. 2º, §3º, do decreto-lei nº 24.645/1934. Precedentes 52 do direito comparado (argentina e colômbia). Decisões no sistema jurídico brasileiro reconhecendo a possibilidade de os animais constarem no polo ativo das demandas, desde que devidamente representados. Vigência do decreto-lei nº 24.645/1934. Aplicabilidade recente das disposições previstas no referido decreto pelos tribunais superiores (stj e stf). Decisão reformada. Recurso conhecido e provido. Relator: Marcel Guimarães Rotoli de Macedo, 23 de setembro de 2021. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000015415821/Ac%C3%B3rd%C3%A3o0059204-56.2020.8.16.0000>. Acesso em: 7 mai. 2022.

SILVA, José Robson da. **Paradigma biocêntrico:** do patrimônio privado ao patrimônio ambiental. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SANDEL, Michael J. Justiça: O que é fazer a coisa certa. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

ADPF 779: TRIBUNAL DO JÚRI E A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

MARIA LUIZA FELIPE CAMELO AGUIAR:

Bacharelada do Curso de Direito da Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS)/ Palmas – TO, Brasil.

YURI ANDERSON PEREIRA JURUBEBA¹⁴⁹

BUENÃ PORTO SALGADO¹⁵⁰

(coautores)

Resumo: Este artigo objetiva ponderar sobre as discussões trazidas pela decisão liminar concedida parcialmente na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 779 pelo ministro Dias Toffoli do Supremo Tribunal Federal (STF). A metodologia adotada foi a pesquisa bibliográfica com análise de conteúdo da decisão e jurisprudência correlata ao tema no intuito de refletir acerca das conclusões trazidas na medida cautelar sobre a inconstitucionalidade da tese legítima defesa da honra e a possibilidade de relativização do princípio da plenitude de defesa no Tribunal do Júri.

Palavras-chave: ADPF 779; Tribunal do Júri, Legítima defesa da honra; Plenitude de defesa; Direitos Fundamentais.

Abstract: This article aims to ponder on the discussions brought by the preliminary decision partially granted in the Fundamental Precept Noncompliance Claim 779 by Minister Dias Toffoli of the Federal Supreme Court (FSC). The methodology adopted was the bibliographic research with content analysis of the decision and jurisprudence related to the theme in order to reflect on the conclusions brought in the injunction on the unconstitutionality of the thesis legitimate defense of honor and the possibility of relativizing the principle of fullness of defense in the Jury court.

Key-words: ADPF 779; Jury Court; Legitimate defense of honor; Fullness of defense; Fundamental rights.

1. Introdução

¹⁴⁹ Doutorando em Direito pela PUC-Rio. Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Professor da Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS). Assessor Jurídico de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. E-mail: yuri.jurubeba@yahoo.com.br.

¹⁵⁰ Doutor em Direito pela UNESA-Rio. Mestre em Direito pela EPD-SP, Professor da Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS). Auditor do TCE-TO. E-mail: jurisportosalgado@gmail.com.

Este trabalho discorre sobre as ponderações discutidas no voto do Ministro Dias Toffoli do Supremo Tribunal Federal que concedeu parcialmente a medida cautelar na ADPF 779 proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT).

A escolha do tema tem origem no fato de que a tese de legítima defesa da honra, comumente utilizada para defesa de acusados de feminicídio no contexto do tribunal do júri, foi declarada inconstitucional pela liminar do ministro Dias Toffoli, além de obstar a sustentação de tal argumento durante o julgamento, decisão que relativiza o princípio da plenitude de defesa assegurado constitucionalmente.

O impedimento pela decisão monocrática de utilização da legítima defesa da honra como recurso argumentativo no julgamento do tribunal do júri, sob a fundamentação de que tal tese é ofensiva à dignidade da pessoa humana, à vedação de discriminação e aos direitos à igualdade e à vida, levanta questionamentos a respeito das formas de harmonização de direitos fundamentais que possam ser conflitantes.

Assim, após a dissertação sobre algumas características do tribunal do júri, em especial sobre a plenitude de defesa, além da dinâmica da utilização da tese legítima defesa da honra nos julgamentos, serão analisados os argumentos e conclusões da decisão liminar concedida na ADPF 779.

2. A plenitude de defesa e soberania dos veredictos no tribunal do júri

O júri popular é um instituto processual penal presente na legislação brasileira desde 1822, momento em que a legislação apenas limitava sua competência aos crimes de imprensa. Atualmente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece alguns princípios basilares da estrutura do tribunal do júri, entre eles a plenitude de defesa assegurada ao acusado e soberania dos veredictos assegurada ao Conselho de Sentença.

O art. 5º, inciso XXXVIII da CF/88 dispõe que:

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida; (BRASIL, 1988)

Não obstante, o júri ainda pode decidir com base em sua íntima convicção, ou seja, ao contrário do dever de fundamentação do magistrado¹⁵¹, a decisão do júri popular pode ser embasada simplesmente em sua consciência particular.

A garantia constitucional de uma defesa plena possibilita a utilização de recursos argumentativos jurídicos, bem como não jurídicos na dinâmica do tribunal do júri, a defesa pode se beneficiar com teses e conjecturas que alcancem não só a parte racional, mas também a sentimental dos jurados leigos.

Fernando Capez explica que:

A plenitude da defesa implica o exercício da defesa em um grau ainda maior do que a ampla defesa. Defesa plena, sem dúvida, é uma expressão mais intensa e mais abrangente do que defesa ampla. Compreende dois aspectos: primeiro, o pleno exercício da defesa técnica, por parte do profissional habilitado, o qual não precisará restringir-se a uma atuação exclusivamente técnica, podendo também servir-se de argumentação extrajurídica, invocando razões de ordem social, emocional, de política criminal etc. Esta defesa deve ser fiscalizada pelo juiz-presidente, o qual poderá até dissolver o conselho de sentença e declarar o réu indefeso (art. 497, V), quando entender ineficiente a atuação do defensor. Segundo, o exercício da autodefesa, por parte do próprio réu, consistente no direito de apresentação de sua tese pessoal no momento do interrogatório, relatando ao juiz a versão que entender ser a mais conveniente e benéfica para sua defesa (2020, p. 1.014 e 1.015).

A figura do tribunal do júri tem grande importância procedimental no direito penal. A competência de julgar crimes tão relevantes - homicídio doloso, infanticídio, participação em suicídio, aborto e seus crimes conexos – torna seu papel muito importante na sociedade. Somado a isso, o fato de crimes tão hediondos serem julgados por pessoas “comuns” o torna um antro proliferador da opinião pública.

Streck relembra que

Desde sua criação, o júri causou polêmica no que tange à sua representatividade e principalmente quanto a capacidade dos jurados para decidir questões consideradas pelos juristas como de “alta relevância técnica”, que os juízes de fato ou leigos não tinham capacidade de alcançar. A discussão sobre a justeza dos veredictos

¹⁵¹ Art. 93, inciso IX da CF.

emanados dos julgamentos do Tribunal do Júri surgem à tona principalmente quando é julgado um crime que tenha repercussão social. [...] Até hoje se discute a justiça ou a injustiça da condenação de Sócrates. (2001, p. 90)

Ser julgado pelo seu vizinho ou pela bibliotecária de sua cidade possibilita que o acusado sinta que o veredito foi dado por alguém como ele, com valores, dores e crenças semelhantes. Afasta a figura de um juiz arbitrário e imparcial que não quer saber suas motivações ou histórico.

A utilização de certos argumentos no julgamento popular faz aflorar o lado emocional dos jurados e pode ser a última alternativa para a defesa tentar uma absolvição. É a personificação do ditado popular “cada um luta com as armas que tem”.

Ressalta-se que a composição do júri, apesar de escolhido dentro da sociedade, não representa sua real configuração diversa em gênero, raça, classe social ou etnia (MACHADO *et al.*, 2022).

Há que seja contrário a este procedimento, contudo conforme explica Streck citando Mariza Correia,

os argumentos favoráveis ou contrários à manutenção do júri ou à sua representatividade popular são sempre argumentos políticos ou ideológicos, ou seja, levantados a partir dos interesses dos envolvidos na discussão - seja em termos de sua função e atuação no júri ou fofa dele - e argumentos fundados na visão de mundo dos debatedores. A própria definição do Direito Penal brasileiro como contraditório implica que sempre seja possível encontrar um contra-argumento para qualquer argumentação. É importante frisar que não há qualquer levantamento que comprove, por exemplo, que o Tribunal do Júri, no Brasil, absolve mais do que o fazem os juízes singulares em seus julgamentos. No entanto, esta é uma afirmação requente, às vezes dos que defendem a manutenção do júri, às vezes dos que são contrários a ele; às vezes pelos que o condenam por ser pouco técnico, às vezes pelos que o elogiam por sua qualidade democrática, dependendo da situação em que se encontrem. (STRECK, 2001, p. 96 e 97).

Outrossim, Paulo Rangel, em 1961, se mostrou contrário ao sistema da íntima convicção tanto para o juiz togado quanto para o júri popular, revelando que recursos argumentais usados pelas partes manipulam os fatos e o direito como melhor lhes aproveite.

No sistema da íntima convicção, “o juiz não precisa fundamentar sua decisão e, muito menos, obedecer a critério de avaliação das provas. A intuição da verdade adquire grande prestígio”. O júri é composto pelo juiz presidente e pelo Conselho de sentença, sendo que o fato e o direito são decididos pelos jurados, mas a sanção, se houver, ou a sentença absolutória, é proferida pelo juiz. Logo, se decisão de mérito há, deve esta ser motivada, pois a motivação tem a finalidade de estabelecer limites ao exercício do poder jurisdicional, sendo, portanto, uma garantia do cidadão contra o arbítrio do poder estatal. Não faz sentido que o poder emane do povo e seja exercido em seu nome, por intermédio dos seus representantes legais, mas quando diretamente o exerça não o justifique para que possa lhe dar transparência. Todos os atos do Poder Judiciário devem ser motivados e o júri não pode fugir dessa responsabilidade ética. Flávio Böechat Albernaz ensina: ‘Esse sistema, ao desobrigar o julgador de demonstrar a consonância da sua decisão com a verdade obtida pela atividade contraditória, dialética, das partes, extingue qualquer fronteira porventura existente entre a discricionariedade e a arbitrariedade na atividade jurisdicional, possibilitando aos integrantes do Conselho manipular os fatos e o direito como melhor lhes aproveite, julgando o fato da vida a eles apresentado, consoante critérios puramente subjetivos, pessoais e, quando não, formar o seu convencimento a partir de elementos não só estranhos aos autos, mas estranhos, inclusive, ao ilícito que ao acusado se imputa’. (RANGEL, 1961, p. 199).

Quanto à soberania dos veredictos, o STF firmou através do HC 178.777, em setembro de 2020, o entendimento de que não cabe apelação ministerial contra veredito do tribunal do júri manifestamente contrário às provas dos autos (art. 593, inciso III, alínea d e parágrafo 3º do CPP) embasado na resposta afirmativa ao quesito genérico de absolvição estampado no art. 483, inciso III e parágrafo 2º do CPP.

O fundamento principal de tal decisão já havia sido explanado pelo ministro Celso de Mello ao julgar o RHC 117.076 em 1/8/2019. Vejamos um trecho da decisão:

[...] a apelação do Ministério Público, fundada em alegado conflito da deliberação absolutória com a prova dos autos (CPP, art. 593, III, “d”), caso admitida fosse, implicaria frontal transgressão aos princípios constitucionais da soberania dos veredictos do Conselho de Sentença, da plenitude de defesa do acusado e do modelo de íntima convicção dos jurados, que não estão obrigados – ao contrário do que se impõe

aos magistrados togados (CF, art. 93, IX) – a decidir de forma necessariamente motivada, mesmo porque lhes é assegurado, como expressiva garantia de ordem constitucional, “o sigilo das votações” (CF, art. 5º, XXXVIII, “b”) [...] (BRASIL, 2019).

Recentemente, o STF reafirmou tal parecer pela decisão do ministro Ricardo Lewandowski nos Recursos Ordinários em Habeas Corpus (RHCs) 192431 e 192432, para os quais já havia negado provimento por decisão monocrática em outubro de 2020 com base na jurisprudência até então consolidada de que a determinação de novo julgamento pelo Tribunal do Júri não viola a soberania dos veredictos, contudo, em fevereiro de 2021 reconsiderou a decisão através de Agravo Regimental e concedeu a ordem de habeas corpus a partir de precedente da Segunda Turma no HC 185068.

Como demonstrado, a Corte maior vem reiterando a soberania dos vereditos, em especial quando com base no quesito genérico de absolvição, conferindo-lhe uma força quase que absoluta na instituição do júri.

Opiniões contrárias à parte, o Tribunal popular faz parte do processo penal brasileiro e dentro dele é assegurado constitucionalmente ao acusado uma defesa plena e ao júri a soberania de seus veredictos, o que nos leva a discutir a respeito do próximo tópico: a manifestação da tese legítima defesa da honra durante os julgamentos.

3. A tese legítima defesa da honra

Conforme visto, o direito a uma defesa plena possibilita o uso de teses defensivas variadas nas sessões perante o júri popular.

A legítima defesa é um direito assegurado à pessoa para se resguardar de agressões injustas desferidas contra si ou a outrem e deve obedecer aos requisitos legais. Disciplina o Código Penal Brasileiro:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

II - em legítima defesa;

Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem (BRASIL, 1940).

É uma tese defensiva comumente utilizada em variados momentos e procedimentos do processo penal. Apesar de não estar diretamente disposta na Constituição da República

Federativa do Brasil, está intrinsecamente relacionada com direitos fundamentais como à vida, dignidade da pessoa, saúde, entre outros.

A legítima defesa da honra é um recurso argumentativo manejado por advogados, que se fazendo valer da possibilidade de defesa plena e não tendo outra justificativa para a atitude dos acusados, como uma "interpretação extensiva" da excludente de ilicitude legítima defesa assegurada legalmente. Como os jurados leigos não precisam entender a adequação jurídica da tese, muitas vezes acabam acatando-a levando à absolvição.

Mendes *et al.* (2007) dispõe que:

Para absolver os clientes que matavam impelidos por esses sentimentos os advogados de defesa se utilizavam da excludente perturbação dos sentidos e da inteligência, mas com sua revogação, surgiu, no Tribunal do Júri, a tese de legítima defesa da honra, criada por astutos advogados de defesa que pretendiam alcançar a absolvição de clientes acusados de crimes passionais. (p. 8)

Em uma sociedade machista e patriarcal como é a brasileira, a construção e proteção da honra, prioritariamente a masculina, é de extrema importância. A tese legítima defesa da honra era e é - antigamente com mais força - utilizada para justificar atos de violência de homens contra as mulheres, seja em casos de homicídio ou lesão corporal.

A honra acompanha o ser humano desde a antiguidade. Para homens, uma imagem ilibada perante a sociedade correspondia à sua honra. Para mulheres, sua devoção ao lar e ao marido, além da fidelidade (MENDES, et al., 2007)

Nos casos de homicídio, o júri popular convocado por vezes absolvía o réu por concordar que a honra havia sido "manchada" com a atitude da vítima. Como visto, o júri popular também tem suas crenças e preconceitos e, ao contrário do juiz togado, não precisa obedecer obrigatoriamente à imparcialidade.

Margarita Danielle Ramos explana que:

a honra masculina é um enunciado que parece não mais fazer parte dos discursos proferidos em nossa cultura. Seu significado e uso parecem fazer parte de um passado longínquo, como se fosse algo que não estivesse de acordo com os arranjos feitos pelas relações de gênero atuais. Porém, o que se tem visto, hoje em dia, é o uso indiscriminado desse enunciado para justificar e ainda banalizar atitudes violentas dos homens contra as mulheres (2012, p. 54).

A autora, ao traçar um histórico da construção da honra masculina, disciplina que esta já era um tesouro digno de proteção social e que com a elaboração do Código Filipino passa a ser legitimada – sendo vista como um bem jurídico tutelado pelo Estado – pelos mecanismos doutrinários como um bem mais valioso que a vida da mulher adúltera. (2012, p. 62) Contudo, conclui que com as reivindicações dos direitos das mulheres principalmente a partir do século XXI, a Jurisprudência brasileira começou a ser menos tolerante com a alegação de legítima defesa da honra usada de forma arbitrária nos Tribunais do Júri (2012, p. 69).

Assim, observa-se que apesar de a legítima defesa da honra não se configurar como a legítima defesa estabelecida pelo Código Penal¹⁵² por não observar os seus requisitos como a razoabilidade, foi uma tese utilizada para absolver ou atenuar a pena de homens (em sua maioria) que matavam ou agrediram mulheres.

A doutrina e jurisprudência com o passar dos anos e com a ampliação da equidade entre homens e mulheres vem rechaçando a utilização de tal tese. Nos Tribunais Estaduais, os relatores expressavam divergências quanto à alteração do julgamento feito com base no reconhecimento da tese defensiva, vejamos:

APELAÇÃO. CRIME DOLOSO CONTRA À VIDA. JÚRI. ABSOLVIÇÃO. RECONHECIMENTO DE EXCLUDENTE DE ILICITUDE. LEGÍTIMA DEFESA A HONRA. LIVRE CONVICÇÃO DOS JURADOS. RECURSO MANEJADO PELO ÓRGÃO MINISTERIAL. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. IMPROVIMENTO DO APELO. I - Se a decisão do Conselho de Sentença está respaldada por uma das vertentes da prova produzida nos autos, optando os jurados, por íntima convicção, pela tese defensiva, consistente na legítima defesa própria ou da honra, não há que se falar em contrariedade à prova dos autos. II - Apelo improvido. (TJ-AC 00190600620108010001, Relator: Francisco Djalma, Data de Julgamento: 02/10/2014, Câmara Criminal, Data de Publicação: 10/10/2014)

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME CONTRA A VIDA - HOMICÍDIO QUALIFICADO - RECURSO MINISTERIAL - ABSOLVIÇÃO POR LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA - EXCESSO DOLOSO - DECISÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - CASSAÇÃO - RECURSO CONHECIDO E

152 Art. 25 do CP.

PROVIDO. I - Ainda que os veredictos proferidos pelo Tribunal do Júri sejam soberanos, suas decisões devem encontrar na prova carreada aos autos apoio mínimo que as ampare. Não o fazendo, comportam anulação com fulcro no art. 593, § 3º do Código de Processo Penal. II - O adultério não coloca o cônjuge ofendido em estado de legítima defesa, por evidente incompatibilidade com os requisitos do art. 25 do Código Penal, sendo a conduta, com evidenciado excesso doloso, injustificável. (TJ-MG - APR: 10084120014901002 MG, Relator: Adilson Lamounier, Data de Julgamento: 26/01/2016, Data de Publicação: 01/02/2016).

4. ADPF 779: discussões e extensão da decisão

Ao deferir em parte por liminar, referendada pelo pleno, a medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 779, o ministro Dias Toffoli do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a tese legítima defesa da honra, por vezes utilizada como recurso argumentativo de defesa no tribunal do júri, é inconstitucional e obstou que os agentes do processo a utilizem, sob pena de nulidade do ato ou do julgamento.

Ao afirmar que os direitos assegurados pela Constituição de 1988 como à vida e à igualdade não sustentam a prática da tese legítima defesa da honra, o relator pondera a respeito de um conflito de princípios. A plenitude de defesa parece ficar em segundo plano nesta análise.

A conclusão da liminar foi:

- (i) firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, caput, da CF);
- (ii) conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, inciso II, e 25, caput e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa e, por consequência,
- (iii) obstar à defesa que sustente, direta ou indiretamente, a legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como no julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento (BRASIL, 2021).

Muitos podem ser os posicionamentos e efeitos desta decisão. Por um lado, há autores que entendem a decisão como uma forma de proteger a dignidade humana de mulheres vítimas de violência, em detrimento, de certa forma, da liberdade argumentativa (MACHADO *et al.*, 2022). Por outro lado, há autores que defendem que a decisão pode criar zonas impeditivas de defesa que parecem criminalizar o próprio defensor e o ato de defender (ANDRADE, 2021).

Esta autora, apesar de compactuar com o entendimento de que a tese legítima defesa da honra foi criada por homens para lhes proteger de pagar por seus atos violentos e não se encaixa nos requisitos da excludente de ilicitude disciplinada na legislação brasileira, entende que é importante debater a eficácia dos objetivos esperados pela decisão e os impasses que poderão ser observados na prática, além de quais serão os rumos que a dinâmica do tribunal do júri poderá tomar frente à possibilidade de relativização de princípios.

A esse respeito, Anna Luisa Borges Klotz ao escrever sobre a insuficiência da vedação da tese de legítima defesa da honra trazida pela ADPF 779 e os impactos no feminicídio, sabiamente, ressalta que *de pouco adianta proibir o uso da tese se o jurado, inserido em uma sociedade machista, vota sem fundamentar e, assim, pode se utilizar da mesma visão preconceituosa para absolver* (2021, pág. 42).

Machado *et al.* (2022) também demonstram preocupações quanto aos desafios da implementação das medidas da ADPF na corte popular, entendendo que mesmo que o argumento seja vedado para utilização pelo sujeitos técnicos do processo, o réu ainda pode fazer alusão direta ou indiretamente a tal tese durante seu depoimento perpetuando, ainda que de forma longínqua, o caráter machista que a decisão pretende coibir.

Outrossim, a restrição de uma tese argumentativa na dinâmica do tribunal parece ferir um dos princípios basilares desta corte. Edilson Bonfim (2012) salienta que não é possível dizer que um argumento seja mais valioso ou reprovável que outro, ou seja, inexistente a possibilidade de traçar uma hierarquia argumentativa:

Comuns, no Júri, nesse diapasão, o *argumentum ad personae*, o *argumentum pietatis causae* ou *ad misericordiam*, o *argumentum ad baculum*, o *argumentum ad terrorum*, o *argumentum ad populum*, dentre muitos outros, todos se configuram em falácias, argumentos extralógicos, combatíveis na argumentação plenária, sem que, com isso, se possa proscrever toda a variada gama argumentativa, ou dizer, mesmo, que um seja mais danoso que outro à verdade real que se busca. (2012, p. 1.069).

O autor explica que figuras de linguagem, ironia, ênfase, jogos malabares linguísticos, ou seja, argumentos lógicos e extralógicos pertencem à essência dos discursos no júri, quiçá a todos os discursos jurídicos, não sendo possível suprimi-los sem que o próprio direito e o pressuposto da democracia e o tribunal popular o fossem.

O perigo de se proibir o uso de um argumento defensivo em um tribunal que, teoricamente, assegura a plenitude de defesa é que, no caso, relativiza o principal “benefício” do júri popular: o julgamento por seu igual.

De acordo com o disposto no segundo tópico deste texto, o STF vem reafirmando a soberania dos veredictos do Conselho de Sentença impossibilitando o recurso em casos de absolvição pelo quesito genérico mesmo quando manifestamente contrária à prova dos autos. A recente decisão tomada na ADPF 779, conforme explana Andrade (2021), demonstra uma tentativa de compatibilizar os dois entendimentos de modo que ao proibir que o defensor utilize a tese considerada inconstitucional para que não sirva de fundamento ao jurado para absolver, uma vez que não poderá ser reformada a resposta ao quesito.

Resta-nos a questão: até que ponto é razoável relativizar um princípio tão importante e presente no Tribunal do Júri, alterando a dinâmica defensiva da corte popular? Além disso, em quais situações essas ponderações podem afetar as instituições jurídicas?

5. Conclusão

Conforme o exposto no presente trabalho, a ponderação de princípios constitucionais é um assunto complexo que requer razoabilidade e uma análise detalhada. No contexto do Tribunal do Júri, instituição secular mundial, a complexidade desta análise é ainda maior. Direitos fundamentais como à vida, liberdade e dignidade humana em discussão tornam o ambiente sensível às mudanças que uma interpretação pode causar.

Após uma análise do direito à plenitude de defesa na corte popular, destacando a diferença entre defesa ampla e plena, foi mostrada a força conferida pelo STF a este princípio constitucional juntamente com a soberania dos veredictos.

Além disso, foi abordado como a tese legítima defesa da honra é utilizada nos julgamentos populares, mostrando como escritores, de ramos acadêmicos diferentes, encaram a perpetuação desta tese.

Por fim, tratou-se de como a decisão liminar no julgamento da ADPF 779 pode impactar nesse instituto jurídico e merece ser discutida com cautela pelos operadores do direito, em especial os ministros do STF que efetivamente decidirão os rumos dessa ação. Para

embasar a complexidade da discussão foram citadas opiniões diversas a respeito da decisão da medida cautelar.

Dito isto, é preciso que profissionais e estudiosos enriqueçam a discussão, mostrando pontos de vista a partir das perspectivas de suas respectivas áreas de atuação, a ponto de subsidiar debates futuros sobre ponderação de princípios e, inclusive, a decisão final na ADPF 779.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 18 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República [1940]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 18 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 779**. Referendo de medida cautelar. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Interpretação conforme à Constituição. Artigos 23, inciso II, e 25, caput e parágrafo único, do Código Penal e art. 65 do Código de Processo Penal. "Legítima defesa da honra". Não incidência de causa excludente de ilicitude. Recurso argumentativo dissonante da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, caput, da CF). Medida cautelar parcialmente deferida referendada. [...] Relator: Min. DIAS TOFFOLI. Data de julgamento: 15/03/2021. Data de publicação 20/05/2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur446516/false>>. Acesso em 7 dez. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 27 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

KLOTZ, Anna Luiza Borges. **A insuficiência da vedação da tese de legítima defesa da honra, trazida pela APF 779, e os impactos no feminicídio**. Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário Curitiba, Faculdade de Direito de Curitiba; Curitiba, 2021.

MENDES, B. C.; FERREIRA, K. R. O.; DIAS, P. S.; AQUOTTI, M. V. F. Legítima Defesa da Honra. **ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498**, v. 3, n. 3, 2007.

RAMOS, Margarita Danielle. Reflexões sobre o processo histórico-discursivo do uso da legítima defesa da honra no Brasil e a construção das mulheres. **Revista Estudos Feministas**, v. 20, n. 1, p. 53-73, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do júri**: símbolos e rituais / Lenio Luiz Streck: 4 ed. rev. e mod. — Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BREVE ANÁLISE DO DANO MORAL COLETIVO

BEATRIZ MACHADO GAMELEIRA: Pós-graduada em Direito Processual pela UNIT em parceria com a ESMAL e em Direito Tributário pela DAMASIO.

RESUMO: A fim de melhor entender a configuração do dano moral coletivo, faz-se necessário um breve estudo geral sobre dano moral e sobre os direitos coletivos, com o intuito de compreender como ocorre sua reparação.

Palavras-chave: Direitos coletivos; danos morais; reparação.

1 INTRODUÇÃO

A análise do dano moral coletivo, com suas respectivas características e especificidades é o objetivo do estudo do presente artigo. No que concerne às responsabilidades civis consequentes a reparação dos danos morais, a questão da aplicação de tal hipótese no âmbito coletivo, desperta interesse para se destrinchar tal matéria.

A abordagem do tema foi feita através de pesquisa bibliográfica em sites e livros que contemplem o dano coletivo no sistema jurídico brasileiro. Tendo assim, como finalidade, destacar e esclarecer quaisquer dúvidas ou questionamentos a respeito da existência e reparação do dano moral coletivo.

Para entendimento aprimorado do tema é de primordial compreensão as modalidades do dano, em que o dano moral está inserido e abrangendo consequentemente o dano moral coletivo.

Serão apresentados e discutidos a configuração do dano coletivo, com suas legislações e legitimados, aplicações jurisprudências do quantum reparatório, abordando também as divergências to tema e o entendimento das jurisprudências. Por fim, a finalidade de tal análise é a compreensão geral do dano moral coletivo.

1. DA DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS INDIVIDUAIS E DIREITOS COLETIVOS

Direitos Individuais são os direitos próprios da pessoa natural. São direitos de titularidade individual de cada indivíduo, disciplinados no âmbito do direito privado, tendo como principal fundamento a dignidade da pessoa humana.

Os Direitos Coletivos, por outro lado, são direitos que pertencem a uma pluralidade de sujeitos. Tais direitos são classificados pela legislação e doutrina em direitos coletivos *stricto sensu*, direitos difusos e direitos individuais homogêneos.

A diferença básica entre os direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* gira em torno do grau de indeterminação dos sujeitos, enquanto que os direitos individuais homogêneos são tratados pela doutrina como direitos acidentalmente homogêneos, pois se referem a direitos individuais que são reunidos por uma origem em comum.

No caso dos direitos difusos, os titulares dos direitos são sujeitos são indeterminados ligados entre si por circunstâncias de fato, a exemplo do direito ao meio ambiente sustentável. Em contrapartida, os titulares dos direitos coletivos *stricto sensu* são sujeitos determinados ou determináveis, representados por um grupo ou categoria de pessoas que compartilham uma relação jurídica base.¹⁵³

Os direitos individuais homogêneos decorrem de uma origem em comum. Veja o como dispõe o artigo 81 do Código de Processo Civil:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Entendida a distinção entre os direitos individuais e os direitos coletivos, bem como suas respectivas subdivisões, necessário entender o surgimento da tutela do dano moral coletivo.

153 RIBEIRO, Saulo Telles. Das Questões relevantes sobre o dano moral coletivo. Disponível na Internet via: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/edicoes/n1novembro2012/pdf/SauloTellesRibeiro.pdf>

2. DO SURGIMENTO DANO MORAL COLETIVO

A tutela dos danos morais encontra na doutrina algumas fases históricas. Segundo a teoria negativista, não havia possibilidade de indenização por dano moral em razão da imensurabilidade do dano e impossibilidade de conversão patrimonial. Já a teoria eclética, apesar de admitir a reparação, condicionava à repercussão patrimonial.¹⁵⁴

Ambas as teorias foram rechaçadas pelo ordenamento brasileiro que adotou a teoria positivista, admitindo a indenização do dano moral independentemente de repercussão patrimonial. A partir daí foi-se desenvolvendo o estudo dano coletivo. Entretanto, ainda há divergências sobre o tema que serão tratadas no presente artigo.

2.1. CONFIGURAÇÃO DO DANO COLETIVO

No ordenamento brasileiro, os direitos coletivos estão positivados expressamente na Constituição Federal de 1988 no Título II, Capítulo I - Dos Direitos Individuais e Coletivos. Além disso, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, inciso VI, consagra a reparação por danos morais individuais e coletivos, assim como a Lei 7.347/85 art. 1º, inciso IV estabelece as ações de responsabilidade por danos morais causados a interesses coletivos.¹⁵⁵

A configuração do dano coletivo ocorre sempre que um direito ou interesse coletivo é violado, cujo titular pode ser pessoa determinada (lesão a direito coletivo em sentido estrito) ou indeterminada (lesão a direito difuso).

3. LEGITIMADOS COLETIVOS

Não há no ordenamento jurídico brasileiro um código que trata dos direitos coletivos. Nesse cenário, a Lei nº 4.717/65, Lei da Ação Popular, inovou a tutela coletiva ao amparar alguns direitos transindividuais previstos na Constituição Federal (art. 129, inciso III). Logo após, a tutela coletiva foi estendida a diversos dispositivos legais, em especial ao Código de Defesa do Consumidor, Estatuto do Idoso, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei de improbidade Administrativa e a Lei de Mandado de Segurança,¹⁵⁶ diplomas

¹⁵⁴OLIVEIRA, Jaciara de. Breves Considerações Sobre o Dano Moral Coletivo. Disponível na Internet via: <http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=6672>.

¹⁵⁵ op. cit.

¹⁵⁶PATRIARCA, Giselle Christine Malzac. **Responsabilidade civil por dano extrapatrimonial à coletividade. Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3974. Disponível na Internet via: <<http://jus.com.br/artigos/28594>>.

pertencem ao que a doutrina denomina de microsistema de tutela coletiva.

Nesse interim, não se pode olvidar que o Código de Processo Civil estabelece que para demandar em juízo é necessário ter interesse e legitimidade, temas tratados pela doutrina como condições da ação.

Tais condições, de acordo com a teoria da asserção adotada pelos Tribunais Superiores, são analisadas pelo juiz de acordo com as afirmações do autor, desprezando provas posteriormente produzidas. Enrico Tullio Liebman explica:

Legitimação para agir (*legitimatío ad causam*) é a titularidade (ativa e passiva) da ação. O problema da legitimação consiste em individualizar a pessoa a quem pertence o interesse de agir (e, pois, a ação) e a pessoa com referência à qual [*nei cui confronti*] ele existe (...). Também quanto à ação, prevalece o elementar princípio segundo o qual apenas o seu titular pode exercê-la; e tratando-se de direito a ser exercido necessariamente com relação a uma parte contrária, também esta deve ser precisamente a pessoa que, para os fins do provimento pedido, aparece como titular de um interesse oposto, ou seja, aquele em cuja esfera jurídica deverá produzir efeitos o provimento pedido. A legitimação, como requisito da ação, é uma condição para o pronunciamento sobre o mérito do pedido: indica, pois, para cada processo, as justas partes, as partes legítimas, isto é, as pessoas que devem estar presentes para que o juiz possa julgar sobre determinado objeto.¹⁵⁷

A legitimidade, portanto, é a condição da ação na qual se verifica quem é o titular do direito alegado.

Nesse contexto, a ação popular concede aos cidadãos brasileiros ou portugueses equiparados, no pleno exercício dos direitos políticos, legitimidade para promover demanda coletiva, pois conforme artigo 5º, LXXIII da Constituição Federal:

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:

157 LIEBMAN, Enrico Tullio *apud* SALES, Cleber Martins. Legitimidade *ad causam*. Espólio e herdeiros na Justiça do Trabalho. Disponível Internet via: <<http://www.amatra18.org.br/site/ProducaoCientifica.do?acao=carregar&vo.codigo=182>>.

(...)

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

De acordo com o artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, são legitimados para propor demanda em defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas, exercida individualmente ou a título coletivo: o Ministério Público, a União, os Estados e os Municípios e o Distrito Federal, as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código e as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Já o artigo 1º da Lei de Ação Civil Pública, Lei nº 7.347/85 estabelece a

responsabilidade por danos moais causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, por infração da ordem econômica, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e ao patrimônio público e social. Também alarga o rol legitimados:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblar.

A referida lei autoriza ainda ao juiz dispensar o requisito da pré-constituição das associações nos casos de grande relevância jurídica, para que seja admitido o litisconsórcio facultativo entre órgãos públicos e para autorizar a realização de termos de ajustamento de conduta.

O artigo 21 da Lei nº 12.016/09, Lei do Mandado de Segurança, esclarece que o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano.

Refere-se a um instrumento com respaldo constitucional para a defesa dos interesses transindividuais, que também pode ser utilizado para a defesa de danos morais coletivos.

4 REPERCUSSÃO JURÍDICA DO DANO COLETIVO

A tutela dos direitos coletivos permite a resolução de litígios de forma eficaz e ampla e célere. Para Silvio de Salvo Venosa: “A postura da legislação e, conseqüentemente, do juiz nesse campo é voltada sempre para o interesse coletivo e nunca para o interesse individual.”.158

Nessa conjuntura, “constata-se que toda a legislação constitucional e infraconstitucional, evoluiu no sentido de criar instrumentos que assegurem uma efetiva tutela aos direitos coletivos, e neste âmbito aparece positivada em dois diplomas legais, quais sejam: Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública) e Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor)”. 159

Com o objetivo de proteger os direitos fundamentais, foi criada a ação civil pública regulamentada pela Lei nº 7.347 de julho de 1985, que “fixou a disciplina da responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.160.

158 VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil – Responsabilidade Civil Vol. 4. São Paulo: Atlas, 2014, ed 14. p. 48.

159 RIBEIRO, Saulo Telles. Das Questões relevantes sobre o dano moral coletivo. Disponível na Internet via: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/edicoes/n1novembro2012/pdf/SauloTellesRibeiro.pdf>.

160 JR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Jus Podivum, 2014, ed 8. p.684.

O Código de defesa do consumidor de 1990 ampliou direitos positivados na Lei nº 7.347/85, abordando além dos direitos difusos e coletivos os direitos individuais homogêneos. Sob um novo viés, a ação civil publica tem por finalidade a tutela jurídica dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.¹⁶¹

Mas tudo ainda não explica o fundamento do dano moral coletivo.

Quando se pensa em dano moral, logo se lembra da dor, angústia, do abalo emocional e psíquico sofrido pelo indivíduo. Dessa forma, como poderia a coletividade ser vítima de dano moral?

Tal fato se explica porque o dano moral coletivo é considerado um direito transindividual, ou seja, que ultrapassa a esfera da individualidade, como extensão do princípio da dignidade da pessoa humana. Sobre o tema Marcel Freire Sampaio Costa: “Essa citada projeção comunitária ou social do princípio da dignidade da pessoa humana representa a existência de um dever geral de respeito no âmbito da comunidade dos seres humanos, seja a dimensão singular ou coletiva”.¹⁶²

Carlos Alberto Bittar Filho:

Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico; quer dizer isso, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial. Tal como se dá na seara de dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*).¹⁶³

Porém, a problemática da existência do dano moral coletivo estar longe de ser a única questão a gerar controvérsias. Há também bastantes críticas acerca do rol de legitimados coletivos.

Sobre o caso pontifica Rodolfo Camargo Mancuso: “a natureza da tutela dos interesses difusos não parece exigir rigor formal na constituição dos grupos que

161 JR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Jus Podivum, 2014, ed 8. p. 685

162 COSTA, Marcel Freire Sampaio apud OLIVEIRA, Jaciara de. Breves considerações sobre o dano moral coletivo. Disponível Internet via: <http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=6672>.

163 FILHO, Carlos Alberto Bittar apud OLIVEIRA, Jaciara de. Breves considerações sobre o dano moral coletivo. Disponível Internet via: <http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=6672>.

pretendem sustentá-los”, e ao hipotetizar uma situação de desastre ecológico numa pequena cidade e não haver associação constituída, indaga se poderia um grupo de moradores interessados na causa interpor a ação, “sacrificar-se-ia o fundo pela forma?”.¹⁶⁴

Vale ressaltar que não há exclusividade dos órgãos ou entidades no que diz respeito à propositura da ação civil pública, o que ocorre na verdade é uma legitimidade concorrente. Visto que a iniciativa pode ser tomada por qualquer um deles, porém, esse fato não impede que outro legitimado atue na ação como litisconsorte.

Outra questão também bastante criticada pela doutrina é o fato do indivíduo, mesmo sem possuir legitimidade, pode participar da ação como litisconsorte e pode também liquidar individualmente e executar seus direitos. Segundo André Vitor de Freitas:

A finalidade da norma além de manifesta é louvável, pois busca facilitar a defesa e a satisfação dos interesses de consumidores lesados. No entanto, parece confundir conceitos ao qualificar como litisconsorte alguém que não tem legitimidade de agir, nem pode dar prosseguimento a ação caso o autor dela desista ou se demonstre negligente em sua condução. Este posicionamento legislativo conflita diretamente com os ensinamentos doutrinários tradicionais, e tem por consequência a (in)definição de quais atos o ingressante pode praticar, com ou sem anuência dos demais litigantes que ocupam o mesmo polo da ação.¹⁶⁵

5 QUANTUM REPARATÓRIO

A reparação dos danos morais coletivos, assim como ocorre na reparação dos danos morais individuais, não segue uma tabela fixa de valores. A análise do cada caso concreto é essencial para a aplicação da quantia necessária para indenizar o dano moral.

Vale ressaltar que a princípio, a jurisprudência não reconhecia a possibilidade da reparação de danos morais coletivos. O Supremo Tribunal de Justiça, no entanto, vislumbrou tal direito ao garantir a indenização no acórdão Resp 1.057.274-RS que segundo Jaciara de Oliveira: “mudou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que

¹⁶⁴ MANCUSO, Rodolfo Camargo apud MELO, Nehemias Domingos de. Dano moral coletivo nas relações de consumo. Disponível Internet via: <<http://jus.com.br/artigos/5462/dano-moral-coletivo-nas-relacoes-de-consumo>>.

¹⁶⁵ FREITAS, André Vitor de. Apud MELO, Nehemias Domingos de. Dano moral coletivo nas relações de consumo. Disponível Internet via: <<http://jus.com.br/artigos/5462/dano-moral-coletivo-nas-relacoes-de-consumo>>.

os pressupostos aplicados para caracterização do dano moral coletivo, se pautam nos ditames dos direitos difusos e coletivos e não nos paradigmas dos danos individuais”. 166

A evolução para a reparação do direito moral coletivo foi inevitável:

Após o referido julgado houve significativo avanço no que concerne ao dano moral metaindividual, de modo que a jurisprudência reverteu no sentido da aplicabilidade, reconhecendo, portanto, ser a coletividade detentora de direitos imateriais. Nesse sentido, importante passo foi dado em nosso judiciário, considerando que as transformações econômicas e culturais hodiernas, as quais sobejaram à figura do indivíduo, se faz pertinente e necessária a tutela coletiva de direitos. Portanto, o instituto faz jus a uma maior atenção por parte dos nossos Tribunais.¹⁶⁷

Após o reconhecimento de danos morais coletivos pela jurisprudência dos tribunais superiores, fica a cargo do juiz a aplicação do quantum reparatorio não há como se fixar um valor prévio para reparações de danos morais.

Imperioso ressaltar, que os pressupostos para caracterização do dano moral coletivo não se confundem com os ditames do dano moral individual, de modo que quaisquer atos lesivos aos direitos difusos ou coletivos deverão ser reparados com base na legislação pertinente ao instituto. A indenização auferida deve ser destinada aos fundos competentes, cujo objetivo é restituir ou reparar o bem lesado, seja de forma direta ou indireta. Nesse sentido, a função da condenação é sancionatório-pedagógico. 168

O quantum reparatorio do dano moral coletivo ainda é tema controverso, já que o valor não é destinado a apenas um indivíduo, mas sim para coletividade e com isso sua definição encontra novas dificuldades.

7 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Paralelamente às discursões doutrinárias, a questão do dano coletivo também foi alvo de contradições na jurisprudência. A princípio no julgamento do REsp 598.281/MG,

166 OLIVEIRA, Jaciara de. Breves Considerações Sobre o Dano Moral Coletivo. Jurisway, 2011. Disponível Internet via: <http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=6672>.

167 op. cit.

168 OLIVEIRA, Jaciara de. Breves Considerações Sobre o Dano Moral Coletivo. Jurisway, 2011. Disponível Internet via: <http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=6672>.

em 2006, a primeira Turma do Supremo Tribunal de Justiça entendeu, por maioria de votos, que não haveria de se falar em dano moral aplicado a entes despersonalizados (tais como as coletividades) pelo dano moral estar intimamente ligado ao aspecto subjetivo da pessoa humana, requerendo para sua configuração, dor ou lesão psíquica.

Neste sentido, o voto do Ministro Francisco Falcão esclarece que “para a condenação em dano moral, faz-se impositiva a comprovação de que o estrago alcançou a órbita subjetiva de terceiros, atingindo *uti singuli* a pessoa, de forma a lhe causar desconforto de caráter individual”.

Em sentido contrário, embora vencido, o Ministro Luíz Fux entendeu pela possibilidade de reparação por dano moral coletivo. Como fundamentos citou a expressa previsão no ordenamento pela Lei da Ação Civil Pública e da própria Constituição Federal de 1988. 169

Já em 2007, no julgamento do REsp 636.021/RJ, o voto de Nancy Andrigui foi fundamental para os avanços da matéria. Mais tarde, no final de 2009, Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.057.274/RS estabeleceu que o dano moral coletivo pertence a uma categoria própria, diversa do dano moral individual.

Embora ainda haja múltiplas discussões sobre a matéria, é evidente que os precedentes dos Tribunais Superiores conferem pertinência ao dano moral coletivo categoria autônoma de direito.

CONCLUSÃO

O dano moral coletivo é um direito assegurado pela lei, doutrina e jurisprudência. Entretanto, o tema ainda divide opiniões entre doutrinadores e juristas, que não reconhecem esfera coletiva do dano moral.

REFERÊNCIAS

COSTA, Marcel Freire Sampaio apud OLIVEIRA, Jaciara de. Breves considerações sobre o dano moral coletivo. Disponível Internet via: <http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=6672>.

169 RIBEIRO, Saulo Telles. Das Questões relevantes sobre o dano moral coletivo. Rio de Janeiro, 2012. Disponível Internet via: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/edicoes/n1novembro2012/pdf/SauloTellesRibeiro.pdf>

FILHO, Carlos Alberto Bittar apud OLIVEIRA, Jaciara de. Breves considerações sobre o dano moral coletivo. Disponível Internet via: <http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=6672>.

FREITAS, André Vitor de. Apud MELO, Nehemias Domingos de. Dano moral coletivo nas relações de consumo. Disponível Internet via: <<http://jus.com.br/artigos/5462/dano-moral-coletivo-nas-relacoes-de-consumo>>.

JR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Jus Podivum, 2014, ed 8.

LIEBMAN, Enrico Tullio *apud* SALES, Cleber Martins. Legitimidade *ad causam*. Espólio e herdeiros na Justiça do Trabalho. Disponível Internet via: <<http://www.amatra18.org.br/site/ProducaoCientifica.do?acao=carregar&vo.codigo=182>>.

MANCUSO, Rodolfo Camargo apud MELO, Nehemias Domingos de. Dano moral coletivo nas relações de consumo. Disponível Internet via: <<http://jus.com.br/artigos/5462/dano-moral-coletivo-nas-relacoes-de-consumo>>.

OLIVEIRA, Jaciara de. Breves Considerações Sobre o Dano Moral Coletivo. Jurisway, 2011. Disponível Internet via: <http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=6672>.

PATRIARCA, Giselle Christine Malzac. Responsabilidade civil por dano extrapatrimonial à coletividade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3974, 19 maio 2014. Disponível Internet via: <<http://jus.com.br/artigos/28594>>.

RIBEIRO, Saulo Telles. Das Questões relevantes sobre o dano moral coletivo. Rio de Janeiro, 2012. Disponível Internet via: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/edicoes/n1novembro2012/pdf/SauloTellesRibeiro.pdf>.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil – Responsabilidade Civil Vol. 4. São Paulo: Atlas, 2014. ed 14.

NA BUSCA IDEAL DE UM CONCEITO PARA O DIREITO TRIBUTÁRIO

JORGE HENRIQUE SOUSA FROTA:

Especialista em Direito Tributário.

Especialista em Direito Constitucional.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Noções introdutórias e essenciais do direito tributário. 2.1. Direito tributário como ramo do direito público e os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado; b) e a indisponibilidade dos bens públicos. 2.2. Noções introdutórias acerca do conceito de tributo. 2.2.1. Prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir. 2.2.2. Não constituição de sanção de ato ilícito. 2.2.3. Instituída em lei. 2.2.4. Cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. 2.3. Obrigação tributária, crédito tributário e sujeitos da relação jurídica tributária. 2.4. Hipótese de incidência, fato gerador e não incidência. 2.5. Das limitações constitucionais ao poder de tributar. 2.6. Conceitos de direito tributário. 3. Conclusão. 4. Referências.

RESUMO: O presente artigo trata da busca do autor de um conceito ideal para o direito tributário.

1. INTRODUÇÃO

Objetivo do artigo em questão da busca do autor de um conceito ideal para o direito tributário.

Para alcançar o desígnio acima, foram estudados os institutos mais essenciais do direito tributário, bem como foi lido inúmeros conceitos do citado ramo direito com o fim de propor um conceito mais perto do ideal.

2. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS E ESSENCIAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO

É de extrema importância para o objetivo do presente texto, tecer comentários acerca dos institutos mais essenciais do direito tributário para que possamos obter o melhor e mais eficaz conceito desse importante ramo do direito público.

03.1. DIREITO TRIBUTÁRIO COMO RAMO DO DIREITO PÚBLICO E OS PRINCÍPIOS DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO; B) E A INDISPONIBILIDADE DOS BENS PÚBLICOS

O direito tributário é classificado como ramo de Direito Público (dentro daquela velha dicotomia utilizado pela doutrina em dividir o direito em público e privado), ou seja, ele (direito tributário) tem como norte aqueles dois macros princípios do Direito

Administrativo (ou da Administração Pública ou mesmo do Direito Público), quais sejam: a) a supremacia do interesse público sobre o privado; b) e a Indisponibilidade dos bens públicos. Sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, o advogado Caio César Soares Ribeiro Patriota⁰¹, em seu artigo “O princípio da supremacia do interesse público”, de forma bastante didática informa:

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é um princípio implícito, que tem suas aplicações explicitamente previstas em norma jurídica. Trata-se, pois, das prerrogativas administrativas.

A essência desse princípio está na própria razão de existir da Administração, ou seja, a Administração atua voltada aos interesses da coletividade. Assim, em uma situação de conflito entre interesse de um particular e o interesse público, este último deve predominar. É por isso que a doutrina considera esse um princípio fundamental do regime jurídico administrativo.

Para Maria Silvia Zanella Di Pietro, o princípio da supremacia do interesse público está presente tanto no momento de elaboração da lei como no momento de execução em concreto pela Administração Pública. Dessa forma, o princípio serve para inspirar o legislador, que deve considerar a predominância do interesse público sobre o privado na hora de editar normas de caráter geral e abstrato.

É possível ver a sua aplicação em diversas ocasiões como exemplo:

a) nos atributos dos atos administrativos, como a presunção de veracidade, legitimidade e imperatividade;

b) na existência das chamadas cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, que permitem, por exemplo, a alteração ou rescisão unilateral do contrato;

c) no exercício do poder de polícia administrativa, que impõe condicionamentos e limitações ao exercício da atividade privada, buscando preservar o interesse geral;

d) nas diversas formas de intervenção do Estado na propriedade na propriedade privada, como a desapropriação (assegurada a

indenização), a servidão administrativa, o tombamento de imóvel de valor histórico, a ocupação temporária, etc.

Por fim, deve-se destacar que nas situações em que a Administração não atuar diretamente para a consecução do interesse público, como nos contratos de locação, de seguro ou quando agir como Estado-empresário, não lhe cabe invocar o princípio da supremacia. Contudo, Alexandrino e Paulo destacam que, mesmo que indiretamente, ainda nessas situações – quando não são impostas obrigações ou restrições aos administrados -, os atos da Administração Pública revestem-se de aspectos próprios do direito público, a exemplo da presunção de legitimidade. (Grifos nossos)

Quando se fala em Princípio da Indisponibilidade dos bens públicos, tem-se aqui a aplicação do princípio em sua acepção ampla, envolvendo todo o conglomerado de bens públicos, incluindo, os direitos e anseios da coletividade. Faz-se conveniente preferir que deste princípio emanam todas as limitações cominadas à atividade administrativa.

As restrições existem, pelo simples fato de que a Administração Pública não é proprietária da coisa pública (dos bens públicos, do patrimônio público), mas uma mera gestora de bens e interesses públicos. Os bens públicos são indisponíveis à Administração Pública, bem como a seus agentes, pertencendo, em veridicidade, ao coletivo, ao povo.

Exemplos deste princípio no âmbito do Direito Tributário podem ser vistos, a título de exemplo, em dois comandos legais do Código Tributário Nacional, a saber: a) art. 3º; b) parágrafo único do art. 142. Seguem os comandos legais, bem como comentários pertinentes:

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e **cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada**. (Grifos nossos)

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido,

identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. (Grifos nossos)

Ao dispor que o tributo é cobrado mediante atividade administrativa plenamente vinculada, o comando legal tá informando que o agente fiscal tem que cobrar o tributo, caso seja verificado as condições legais para tanto, ele é obrigado a fazer isso, não tendo nenhuma margem de discricionária para aplicar ou não a exação tributária. Já tratei⁰² sobre o tema em momento oportuno no passado, vejamos o que foi dito:

O Sujeito Ativo (Credor-Estado) concretiza atos administrativos presos à lei, o administrador não pode utilizar do instituto da discricionariedade para efetivar a arrecadação, exigência e fiscalização do tributo, isso quer dizer que a autoridade fiscal está plenamente preso-vinculado ao comando da lei.

A parte final do referido art. 3º está inteiramente conexa ao princípio da indisponibilidade dos bens públicos, “princípio-mor” do Direito Público (da clássica divisão didática entre Direito Público e Direito Privado).

(...)

O princípio da indisponibilidade do interesse público (denominação ofertada por Marcelo Alexandrino) traz como resultado lógico, que há um comando principiológico que dele emanam várias restrições legais que impossibilitam os agentes públicos de exercitarem atos-comportamentos que possam depreciar a coisa pública.

Luís Silveira Difini ao dissertar sobre a atividade plenamente vinculada alude que: “A arrecadação dos tributos é ato vinculado, em consequência mesmo do princípio da legalidade. Se o tributo é previsto em lei, é devido e tem de ser cobrado, não podendo qualquer funcionário fiscal, independente de hierarquia, dispensar seu pagamento, por considerações de justiça, conveniência ou mesmo excessivo ônus no caso concreto. Se o tributo não é previsto em lei, não pode ser cobrado, em face do princípio da legalidade, por mais que fosse

justo que “A” ou “B” contribuísse para a satisfação de determinada necessidade pública” (DIFINI, 2008).

Como os tributos “são cobrados mediante atividade plenamente vinculada”, não há espaço para ponderação sobre mérito político-administrativo, exame discricionário do administrador ou juízo de conveniência ou oportunidade do servidor que aplica a norma jurídico-tributária.

O mesmo raciocínio se tem quando o CTN nos informa que “a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional” da autoridade administrativa. Sobre o tema Eduardo Ribas⁰³ nos informa:

O texto do art. 142 denota, de forma inequívoca, que a atividade da administração pública na constituição do crédito tributário é plenamente vinculada, estando estritamente determinada na lei. Descabe, portanto, qualquer análise de conveniência e oportunidade por parte da autoridade administrativa – como ocorreria em atos administrativos discricionários. Concomitantemente, a atividade é obrigatória, pois havendo o nascimento da relação entre sujeito ativo e sujeito passivo, a autoridade administrativa estará obrigada a constituir o crédito tributário. Parte da doutrina considera a expressão vinculada e obrigatória uma redundância, já que os atos vinculados são, por definição do direito administrativo, obrigatórios.

Uma vez superado o tema quanto a classificação do Direito Tributário como ramo do Direito Público, bem como a aplicação dos princípios abordados no tópico, segue ensinamentos introdutórios quanto ao conceito de tributo.

03.2. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS ACERCA DO CONCEITO DE TRIBUTO

De acordo com o art. 3º do Código Tributário Nacional, tributo “é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

Segundo leciona Ruy Barbosa Nogueira⁰⁴, “os tributos (...) são as receitas derivadas que o Estado recolhe do patrimônio dos indivíduos, baseado no seu poder fiscal (poder de tributar, às vezes consorciado com o poder de regular), mas disciplinado por normas de direito público que constituem o Direito Tributário”

Para Delmo Zenari⁰⁵ tributos são “imposições legais do Estado instituídas para obtenção de recursos financeiros” (DENARI, 2008). Crepaldi⁰⁶ ao conceituar o instituto jurídico tributo alude:

O tributo é a receita derivada, compulsoriamente lançada e arrecadada pelo Estado, na forma da lei, em moeda corrente ou em valor que por ela se possa exprimir, sem contraprestação diretamente equivalente, cujo montante é aplicado na execução das finalidades que lhe são próprias.

Caracteriza-se pela compulsoriedade, pelo pagamento em dinheiro ou valor equivalente, pelo seu caráter não punitivo, pela previsão legal e pela sua cobrança vinculada, sem margem de discricionariedade.

A doutrina denomina de elementos do gênero tributo as categorias que formam o seu conceito legal, a saber: a) prestação pecuniária compulsória; b) não constituição de sanção de ato ilícito; c) instituição em lei; d) e cobrança mediante atividade administrativa plenamente vinculada. Sobre os elementos acima indicados, seguem comentários.

2.2.1. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA COMPULSÓRIA, EM MOEDA OU CUJO VALOR NELA SE POSSA EXPRESSAR

O termo “prestação” vem do verbo “prestar”, que significa a grosso modo a atribuição a determinado sujeito de uma forma de se comportar e/ou desempenhar alguma tarefa ou atividade.

Quando aludimos ao termo “pecuniário”, queremos expor que o objeto do elo jurídico-tributário (prestação) entre o sujeito ativo, ora denominado Estado, e o sujeito passivo, simplesmente alcunhado de contribuinte, será, o de dar (entregar, transferir, passar as mãos) dinheiro que advém da Obrigação Tributária Principal – que é pagar o tributo - conforme se depreende do Art. 113, *caput* e parágrafo 1º, do CTN, *in verbis*:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

Observa-se que o tributo surge com esse objeto, e comumente se suprime com a entrega da coisa (entregar o dinheiro para o ente fiscal competente).

Hugo de Brito Machado⁰⁷ aduz que: “Toda prestação pecuniária: cuida-se de prestação tendente a assegurar ao Estado os meios financeiros de que necessita para a consecução de seus objetivos, por isto que é de natureza pecuniária”.

O conceito predito no art. 3º possibilita a interpretação de que não é lícito instituir tributos *in natura* ou *in labore*, ou seja, não há possibilidade de adimplir a exação por meio da entrega de bens (salvo a exceção do art. 156, XI do CTN), produção ou prestação de serviços.

O art. 162 do Código Tributário Nacional adverte que o pagamento do tributo deve ser feito em moeda corrente, cheque ou vale postal e/ou nos casos previstos em lei, em estampilha, em papel selado, ou por processo mecânico, senão vejamos:

Art. 162. O pagamento é efetuado:

I – em moeda corrente, cheque ou vale postal;

II – nos casos previstos em lei, em estampilha, em papel selado, ou por processo mecânico.

Carecemos atentar a expressão “cujo valor nela se possa exprimir”, pois tal redação consente que o tributo seja expresso não somente em dinheiro, como também em títulos e/ou coisas que possam ser convertidos em pecúnia.

Exemplo disso é a novidade trazida pela lei complementar 104/2001 que alterou o art. 156 do CTN possibilitando extinguir crédito tributário mediante “dação em pagamento em bens imóveis”, *verbis*: “Art. 156. Extinguem o crédito tributário: (...) XI – a dação em pagamento em bens imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei.”

Luciano Amaro⁰⁸ explica que “dação em pagamento, na lei civil, dá-se quando o credor consente em receber prestação diversa da que lhe é devida (CC/2002, art. 356)”.

De acordo com raciocínio do festejado autor, o fisco competente aceita receber imóveis no lugar da prestação pecuniária, ou seja, consente que contribuinte salde sua dívida tributária com Estado, por meio da transferência de propriedades imobiliárias, desde que observadas às condições estabelecidas em lei.

Outra característica acerca da conceituação do tributo é a compulsoriedade, que denota que o pagamento do Tributo não depende da pretensão do contribuinte, ou seja, a cobrança é feita por força da lei.

Sobre a compulsoriedade, Hugo de Brito Machado⁰⁹ delinea que “embora todas as prestações jurídicas sejam, em princípio, obrigatórias, a compulsoriedade da prestação tributária caracteriza-se pela ausência do elemento vontade”. Sobre o tema dispõe Vitório Cassone¹⁰ o seguinte:

prestação obrigatória – porque devida por força de lei (regime jurídico de direito público); motivo pelo qual costuma-se dizer que o tributo é ex lege, distinguindo-se da obrigação ex voluntate, derivante do regime jurídico de direito privado. A facultatividade se distingue da compulsoriedade, à medida que aquela se apresenta em algumas exações parafiscais não tributárias, em que a pessoa tem plena liberdade de associar-se, ou não, a uma determinada entidade.

Hugo de Brito Machado Segundo¹¹ informa em seu livro Manual de Direito Tributário o seguinte exemplo para expressar e elucidar o conceito denominado compulsoriedade previsto no art. 3º do CTN, vejamos:

Um exemplo poderá ajudar a compreender a distinção entre uma obrigação gerada pela vontade, e de outra, na qual o elemento volitivo não é relevante. Imagine-se que um cidadão vai até uma concessionária de veículos, e adquire um carro novo. Depois de alguma negociação, chegam a um acordo quanto ao preço, e fecham o negócio. Algum tempo depois, o cidadão é comunicado de que terá de pagar o imposto sobre a propriedade de veículos automotores, o IPVA. Ele não poderá dizer, nesse momento, que não sabia desse ônus e de que ele não havia sido mencionado na negociação feita com o vendedor, para com isso legitimamente se recusar a pagá-lo, pois se trata de prestação decorrente da lei, e do fato nela previsto (a propriedade do veículo que passou a ser seu). Suponha-se, então, que, posteriormente, é apresentada para o mesmo cidadão uma cobrança adicional por uma “garantia estendida”, ou pela colocação de “película” nos vidros do carro. Nesse caso, sim, como são obrigações de cunho contratual, decorrentes de acordo de vontades, ele poderá dizer que não quer a garantia estendida, tampouco a colocação de películas, e que, ademais, nada disso fora mencionado ou pactuado com o vendedor ou com qualquer outra pessoa, legitimamente opondo-se à cobrança correspondente.

Logo o contribuinte é obrigado a dar seu dinheiro aos cofres do Estado, caso haja acontecido o fato gerador, constituindo essa obrigação uma coação legal, vez que saldar o tributo é uma conduta obrigatória, tendo ele o dever legal de arcar com a exação fiscal.

Não há opção para o contribuinte, senão o pagamento do que lhe é taxado, podendo o mesmo apenas contestar o valor devido, o *quantum debeatur* do tributo e/ou mesmo a legalidade da exação fiscal.

2.2.2. NÃO CONSTITUIÇÃO DE SANÇÃO DE ATO ILÍCITO

O fato gerador que estabeleça tributo deve necessariamente transcorrer de um evento lícito, legal, legítimo, visto que tributo não é multa, o tributo, funda-se no poder fiscal e a multa, por sua vez, no poder de punir.

Difini¹² assevera que “tributo não tem natureza sancionatória (...). A hipótese de incidência do tributo é ato lícito, enquanto a da norma sancionatória (seja administrativa ou criminal) é ato ilícito”

Hugo de Brito Machado¹³ assevera que “o tributo se distingue da penalidade exatamente porque esta tem como hipótese de incidência um ato ilícito, enquanto a hipótese de incidência do tributo é sempre algo lícito”.

O tributo não poderá emanar de uma prestação ilícita, ressaltando-se que os frutos de comportamento ilícito originam o dever de pagar o tributo, conforme se depreende do Art. 118 do CTN, verbis: “Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se: I – da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos; II – dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.”

Utilizemos o exemplo de traficantes, que exercitando comportamentos ilegais acabam por granjearem renda. Apesar de a renda ser adquirida mediante comportamento criminoso, a obtenção da disponibilidade econômica ou jurídica (que é o fato gerador do Imposto de Renda) vai estar presente, nascendo assim, a obrigação tributária e o dever do adimplemento do tributo.

Isso acontece porquanto o art. 118 do CTN nos diz que em relação ao fato gerador, não se leva em conta a legalidade das ações efetivamente exercitadas pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do objeto ou das suas implicações.

Assim sendo, ainda que o fato do tráfico de drogas seja identificado como um ato criminoso pelo Código Penal, ou seja, contrário ao ordenamento jurídico, não tornará o

fato gerador tributário (auferir renda) ilícito, pois aqui, não se trata da atividade de tráfico, e sim do fato gerador da aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica.

Observa-se que o tributo não vai emanar como medida de sanção, mas do simples fato gerador da obrigação tributária, ou seja, a tributação não vai incidir sobre o comportamento criminoso, mas sobre os frutos do tráfico da atividade ilícita, que, como vimos, podem ser taxados.

Isto decorre do Princípio denominado de "*Pecunia non olet*" que em tradução livre quer dizer "o dinheiro não tem cheiro", ou seja, a abastança será tributada de forma autônoma de sua procedência.

Segundo o princípio tributário do '*non olet*', a hipótese tributária deve ser apreendida de forma que o intérprete se abstraia da licitude ou ilicitude da atividade desempenhada.

Conforme leciona Ricardo Lobo Torres¹⁴, "o tributo deve incidir sobre as atividades lícitas e, de igual modo, sobre aquelas consideradas ilícitas ou imorais".

Para Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.¹⁵, "quando a norma jurídica tributária define um dado paradigma como hipótese de incidência – fato econômico ao qual o Direito atribui relevância jurídica –, já está sopesando a situação em si e a capacidade contributiva da pessoa que a deflagra". Alexandre Mazza¹⁶ ao tratar do referido brocardo latino nos informa:

A expressão latina *non olet*, que em português pode ser traduzida como "sem cheiro", deriva do provérbio *pecunia non olet* ("o dinheiro não tem cheiro").

(...)

Para a realidade atual do Direito Tributário brasileiro, o princípio do *non olet* significa que não importa a origem remota do dinheiro do contribuinte e nem se a atividade tributada é ilícita ou imoral.

O fundamento normativo do princípio é o art. 118, I, do CTN, segundo o qual:

Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:

I – da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;

II – dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.

Desse modo, por exemplo, traficantes, “bicheiros” ou mafiosos também devem Imposto de Renda. A venda de madeira de corte proibido e a comercialização de animais silvestres sujeitam-se à incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços.

Então podemos afirmar que os tributos são recolhidos em virtude do acontecimento do fato gerador que faz nascer à obrigação tributária, onde tal fato, jamais poderá ser um ilícito (com as ressalvas do *non olet*), visto que a exação fiscal não possui como objetivo a punição do contribuinte, mas sim o de arrecadação fiscal e/ou mesmo a intervenção econômica e/ou política em determinados setores do Estado.

2.2.3. INSTITUÍDA EM LEI

O tributo é classificado como uma receita derivada, emanado de uma prestação imposta por lei, sendo assim, é uma obrigação “*ex lege*”.

Sabbag¹⁷ ao comentar sobre o assunto alude: “Seu nascimento se dá pela simples realização do fato descrito na hipótese de incidência prevista em lei, sendo a vontade das partes de todo irrelevante (ver art. 123 do CTN). A legalidade avoca (I) o caráter pecuniário do tributo e (II) sua compulsoriedade, sendo, portanto, atributos dela decorrentes. (...) Em breve revisitação na temática do princípio da legalidade, depreende-se que o tributo depende de lei (ordinária ou complementar), consoante o art. 150, I, CF c/c art. 97, I e II, CTN”

Zelmo Denari¹⁸ informa que “não há tributo sem prévio assento em lei. O princípio da legalidade é axiomático em Direito Tributário. Nenhuma definição de tributo seria completa sem expressa referência a tal requisito e, tampouco, sem menção ao titular da imposição, qual seja, o Estado”.

Difini¹⁹ alude que o termo instituído em lei decorre: “Do princípio de legalidade tributaria (Constituição Federal, art. 150, I), o tributo só pode ser instituído (ou aumentado) por lei. Em princípio, o instrumento legal adequado para a instituição de tributo é a lei ordinária. Quando para instituir determinado tributo é necessário lei complementar (o que

poderíamos denominar exigência de legalidade qualificada), a Constituição diz expressamente”.

O art. 97, I, do Código Tributário Nacional é claro quando afirma que somente a lei pode estabelecer a instituição de tributos, ou a sua extinção, evidenciando que não há tributo sem lei.

É importante enaltecer de acordo com entendimento do SABBAG²⁰ que a EC n. 32/2001 “derrogou (modificação parcial) o art. 3º do CTN, pois previu a possibilidade de instituição e majoração de imposto por medida provisória, ressalvados os tributos instituídos por lei complementar”.

2.2.4. COBRADA MEDIANTE ATIVIDADE ADMINISTRATIVA PLENAMENTE VINCULADA.

O Sujeito Ativo (Credor-Estado) concretiza atos administrativos presos à lei, o administrador não pode utilizar do instituto da discricionariedade para efetivar a arrecadação, exigência e fiscalização do tributo, isso quer dizer que a autoridade fiscal está plenamente preso-vinculado ao comando da lei.

A parte final do referido art. 3º está inteiramente conexas ao princípio da indisponibilidade dos bens públicos, “princípio-mor” do Direito Público (da clássica divisão didática entre Direito Público e Direito Privado), conforme já visto no início do artigo.

É indispensável, destacar que quando se fala em Princípio da Indisponibilidade dos bens públicos, tem-se aqui a aplicação do princípio em sua acepção ampla, envolvendo todo conglomerado de bens públicos, incluindo, os direitos e anseios da coletividade.

Posteriormente a esta elucidação, se faz conveniente proferir que deste princípio emanam todas as limitações cominadas à atividade administrativa. As restrições existem, pelo simples fato de que a Administração Pública não é proprietária da coisa pública (dos bens públicos, do patrimônio público), mas uma mera gestora de bens e interesses públicos.

Os bens públicos são indisponíveis à Administração Pública, bem como a seus agentes, pertencendo, em veridicidade, ao coletivo, ao povo. Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo²¹, ao tratarem do tema em sua obra *Direito Administrativo*, 18ª edição, asseveram que:

Em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público (a expressão “interesse público” é utilizada, aqui, em sentido amplo, abrangendo todo o patrimônio público e todos os direitos e interesses, imediatos ou mediatos, do povo em geral,

único titular da coisa pública) são vedados ao administrador quaisquer atos que impliquem renúncia a direitos do Poder Público ou que injustificadamente onerem a sociedade.

Trata-se de um princípio implícito, e dele decorrem diversos princípios expressos que norteiam a atividade da Administração, como o da legalidade, o da impessoalidade, o da moralidade, o da eficiência.“(...) É mister frisar que o princípio da indisponibilidade do interesse público está diretamente presente em toda e qualquer atuação da Administração Pública, diferentemente do que ocorre com o princípio da supremacia do interesse público, que, de forma direta, fundamenta essencialmente os atos de império do Poder Público.”(...) “o princípio da indisponibilidade do interesse público tem, no direito administrativo, estreita relação com o princípio da legalidade, não sendo raro o uso dessas expressões como se fossem sinônimas.

Com efeito, justamente pelo fato de não ser a titular da coisa pública, de não ter disposição sobre a coisa pública, toda atuação da Administração deve atender ao estabelecido na lei, único instrumento hábil a determinar o que seja de interesse público. Afinal, a lei é a manifestação legítima daquele a quem pertence a coisa pública: o povo.

O administrador não pode agir contrariamente ou além da lei, pretendendo impor o seu conceito pessoal de interesse público, sob pena de inquinar seus atos de desvio de finalidade. Deve, simplesmente, dar fiel cumprimento à lei, gerindo a coisa pública conforme o que na lei estiver determinado, ciente de que desempenha o papel de mero gestor da coisa que não é sua, mas do povo. (ALEXANDRINO, PAULO, 2010)

O princípio da indisponibilidade do interesse público (denominação ofertada por Marcelo Alexandrino) traz como resultado lógico, que há um comando principiológico que dele emanam várias restrições legais que impossibilitam os agentes públicos de exercitarem atos-comportamentos que possam depreciar a coisa pública.

2.3. OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, CRÉDITO TRIBUTÁRIO E SUJEITOS DA RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA

No sentido popular da palavra, obrigação é sinônimo de: dever, encargo, responsabilidade, incumbência, atribuição, compromisso, disposição, múnus, ônus e etc. (<https://www.sinonimos.com.br/obrigacao/>)

Para o direito, a nomenclatura obrigação é visto como relação jurídica ou vínculo jurídico.

De acordo com Felipe Bartolomeo o termo ²²“obrigação decorre de duas palavras em latim: *ob* (para) e *ligatio* (ligação), que juntas formam a *obligatio* que quer dizer que se vincula, que se liga”, ainda de acordo com o mesmo, ²²“no direito romano, a *obligatio* era considerada um vínculo jurídico, um elo ao qual as pessoas escolhiam se submeter e se mantinham obrigadas a cumprir uma prestação”.

A obrigação no direito ou direito das obrigações é matéria amplamente estudada no Direito Civil, inclusive o próprio Código Civil possui um livro para tratar acerca do direito obrigacional.

Assinalam respectivamente a respeito do conceito de obrigação Washington de Barros Monteiro e Álvaro Villaça Azevedo, ambos *apud* Daniel Sales Cardoso²³ que:

Obrigação é a relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio.

A obrigação é a relação jurídica transitória, de natureza econômica, pela qual o devedor fica vinculado ao credor, devendo cumprir determinada prestação positiva ou negativa cujo inadimplemento enseja a este executar o patrimônio daquele para a satisfação de seu interesse.

Uma vez realizada a introdução acerca da obrigação, vamos tratar acerca da obrigação que nos interessa, que é a obrigação tributária. Acerca da obrigação tributária dispõe Hugo de Brito Machado Segundo²⁴ o seguinte:

O Direito Tributário é um ramo do Direito Público que se caracteriza por ser predominantemente obrigacional.

Quem dele se ocupa, em seus estudos, examina institutos semelhantes aos estudados pelos que se debruçam sobre o Direito Civil dito “das Obrigações”, como é o caso da compensação, da dação em pagamento, do pagamento, do

pagamento indevido e da restituição correspondente, da prescrição e da decadência etc.

Entretanto, diversamente do que se dá no Direito Privado, no âmbito do Código Tributário Nacional o vínculo jurídico obrigacional recebe dois nomes diferentes, a depender do momento em que é considerado e do grau de formalização a ele atribuído.

Diante da ocorrência, no mundo fenomênico, dos fatos descritos na norma jurídica tributária, ela incide, o que significa que colore ou carimba esses fatos, tornando-os “geradores” de direitos e obrigações, vale dizer, de uma relação no âmbito da qual alguém pode exigir o cumprimento da consequência prevista na norma, e outra pessoa é obrigada ao cumprimento dessa consequência.

Surge, assim, da ocorrência do fato, e da incidência da norma tributária sobre ele, a obrigação tributária.

Essa obrigação, depois de liquidada e acertada, adquire uma roupagem formal própria, que lhe atribui exigibilidade, passando a ser chamada de crédito tributário.

Voltar-se ao tema quando do exame do crédito tributário e do lançamento, mas de logo se pode dizer que ele, o crédito, consiste na mesma relação jurídica antes designada pela locução “obrigação tributária”, depois de submetida ao acerto que lhe confere liquidez, certeza e exigibilidade.

A obrigação tributária é classificada como principal ou acessória. (art. 113 do CTN)

São elementos da obrigação tributária: o sujeito ativo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), a prestação (pagar o tributo ou observar as obrigações denominadas de acessórias) e o sujeito passivo (contribuinte, responsável pelo pagamento do tributo ou terceiro). Harada²⁵ ao comentar sobre tema nos informa:

Obrigação jurídica *in genere* nada mais é do que o vínculo jurídico pelo qual uma pessoa (credora) pode exigir de outra (devedora) uma prestação consistente em entregar alguma coisa (dar), ou em praticar certo ato (fazer), ou, ainda, em

abster--se de certo ato ou fato (não fazer), sob pena de sanção.¹

Dessa definição resultam três elementos conceituais: (a) o vínculo jurídico, em que se esboça uma relação de soberania do Estado, à medida que é regulado por lei munida de sanção; (b) as partes dessa relação jurídica, representadas pelo sujeito ativo e pelo sujeito passivo, ou seja, pelo credor e pelo devedor, isto é, o primeiro tem a faculdade de constranger o segundo a fazer ou deixar de fazer alguma coisa; (c) a prestação que é o objeto da obrigação, ou seja, o conteúdo da obrigação consistente em dar, fazer ou não fazer.

A obrigação tributária é espécie do gênero obrigação jurídica, não se assentando, no dizer de José Washington Coelho, em diferenciações quanto aos *essentialia* da obrigação civil, porque tanto uma, quanto a outra, alicerçam-se num tripé: causa, sujeitos e objeto.² **Entretanto, a obrigação tributária tem suas peculiaridades que lhe asseguram a autonomia. Tem como causa, invariavelmente, a lei e não a convergência de vontades, essencial na obrigação de natureza civil. A obrigação tributária é sempre *ex lege*.**

Em face do exposto, pode-se definir a obrigação tributária como uma relação jurídica que decorre da lei descritiva do fato pela qual o sujeito ativo (União, Estados, DF ou Município) impõe ao sujeito passivo (contribuinte ou responsável tributário) uma prestação consistente em pagamento de tributo ou penalidade pecuniária (art. 113, § 1º, do CTN), ou prática ou abstenção de ato no interesse da arrecadação ou da fiscalização tributária (art. 113, § 2º, do CTN).

A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente. (art. 113, §1º do CTN).

A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária. (art. 113, §3º do CTN)

A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da

fiscalização dos tributos. (art. 113, §2º do CTN). Ao dispor sobre a diferença entre obrigação tributária principal e acessória, Morgana Alencar²⁶ nos ensina acerca da obrigação acessória que:

A obrigação acessória é caracterizada pelas prestações de cunho positivo ou negativo, ou como são classificadas pelo Direito Civil de obrigações de fazer ou deixar de fazer, previstas no interesse da fiscalização dos tributos ou da arrecadação, nos termos do § 2.º do art. 113 do CTN:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.[...]

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

É importante frisar que tratam de obrigações simples e instrumentais que viabilizam o cumprimento das obrigações principais – obrigação de dar dinheiro. O art. 14, III, do CTN, traz um exemplo de obrigação acessória, para quem, em circunstâncias normais, não possui obrigações principais, ao menos no que se refere aos impostos sobre patrimônio, renda e serviços (CF, art. 150, VI, c).

Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:[...]

III – manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:[...]

VI – instituir impostos sobre:[...]

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

Obrigações acessórias existem com o interesse de fiscalizar ou arrecadar tributos, criadas com a finalidade de facilitar a aplicação da obrigação tributária principal, bem como de possibilitar a comprovação do cumprimento desta fiscalização.

Quanto às entidades imunes, as obrigações acessórias existem no interesse da fiscalização e arrecadação de tributos, pois são obrigadas a escriturar livros fiscais para que sejam fiscalizadas e devidamente verificadas, pelo corpo administrativo, se as condições para a fruição da imunidade permanecem presentes.

Acerca do “Crédito Tributário” podemos conceituá-lo como a prestação em moeda ou outro valor que nela se possa exprimir, que o sujeito ativo da obrigação tributária (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) tem o direito de exigir do sujeito passivo direto ou indireto (contribuinte, responsável ou terceiro).

O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta. (art. 139 do CTN).

As circunstâncias que modificam o crédito tributário, sua extensão ou seus efeitos, ou as garantias ou os privilégios a ele atribuídos, ou que excluem sua exigibilidade não afetam a obrigação tributária que lhe deu origem. (art. 140 do CTN)

O crédito tributário regularmente constituído somente se modifica ou extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída, nos casos previstos no CTN, fora dos quais não podem ser dispensadas, sob pena de responsabilidade funcional na forma da lei, a sua efetivação ou as respectivas garantias. (art. 141 do CTN)

O crédito tributário é constituído pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. (art. 142 do CTN)

Os sujeitos da relação jurídica tributária são os contribuintes e os fiscos (federal, estadual, distrital e municipal).

O elo que liga o objeto de estudo do Direito Tributário (que são os tributos) aos seus interlocutores (contribuintes e fiscos), é um elo jurídico. Dessa forma, esse elo ou relação, pode ser chamado de elo ou relação jurídica tributária.

Os sujeitos do Direito Tributário podem ser classificados em dois: 01. O fisco, representando os entes federativos, que quase sempre ou pelo menos na grande maioria

das vezes é o sujeito ativo da relação jurídica tributária; e 02 o contribuinte lato sensu, que é o conjunto de pessoas que se comportam dentro do campo jurídico tributário, fazendo nascer o dever de pagar o tributo.

São divididos normalmente em contribuinte - praticante do fato gerador que enseja o pagamento de tributo – e o responsável legal – que é aquele que por lei é obrigado a cumprir com o ônus de entregar valores a título de pagamento de tributo, mesmo não praticando o fato gerador que faz nascer à obrigação tributária principal.

Para ficar mais claro, vamos exemplificar os sujeitos acima apontados (o contribuinte e o responsável legal).

Iniciamos com o exemplo do contribuinte. Vamos lá. Exemplo 01. Pessoa que adquire um imóvel em área urbana, será um contribuinte, visto que praticou o fato gerador previsto no art. 34 do Código Tributário Nacional que informa que o contribuinte do IPTU, é o proprietário de imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título. Esta pessoa se comportou no mundo jurídico de uma forma que ficou obrigada a pagar o IPTU (adquiriu imóvel urbano), que é um imposto de competência dos municípios.

Agora vamos tratar acerca do responsável legal. O melhor exemplo que pode ser utilizado acerca do responsável legal é o do empregador, popularmente chamado de patrão. O patrão é responsável por reter os valores a título de imposto de renda, da remuneração dos seus empregados, e repassá-los a União (ente federativo responsável pelo Imposto de Renda).

Veja que não é ele que pratica o fato gerador (que no presente caso, é auferir ganhos monetários), mas a lei o obriga a se comportar dessa forma (arrecadar os valores e repassá-los), sob pena de pagamento de multa, caso não o faça.

Acerca dos contribuintes, podemos informar que existem basicamente três tipos: a) contribuinte de direito; b) Contribuinte de fato; c) e o já citado responsável legal (para parte da doutrina essa figura não deve ser chamada de contribuinte).

Contribuinte de direito ou contribuinte é a pessoa que o direito qualifica para ocupar o polo passivo da relação jurídica no Direito Tributário, é aquele que pratica comportamento descrito na lei que faz nascer a obrigação tributária (ou seja, que executa o fato gerador).

O contribuinte de fato é aquele que suporta de fato o ônus do tributo. O contribuinte de fato encontra-se ligado a ideia de que existe tributos diretos (que quem suporta o ônus fiscal é a mesma pessoa que pratica o fato gerador, como é o caso do

contribuinte relativo ao IPTU) e indiretos (que quem suporta o ônus fiscal não é a mesma pessoa que pratica o fato gerador, como é o caso do ICMS). O referido contribuinte não está sujeito a qualquer exigência ou cobrança por parte do fisco competente, pelo simples fato de não integrar a obrigação tributária.

O responsável, como informado, é o sujeito passivo indireto da obrigação tributária, visto que ele não é vinculado diretamente com o fato gerador, mas por imposição da lei, ele é obrigado a responder pelo tributo.

O Art. 128 do CTN informa que “a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação”.

2.4. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA, FATO GERADOR E NÃO INCIDÊNCIA

Hipótese de incidência é a situação descrita de forma abstrata na lei tributária, que se concretizada pelo fato gerador, fazendo nascer a obrigação tributária.

Eduardo Sabbag²⁷ afirma quando trata do tema que a “hipótese de incidência é a situação descrita em lei, recortada pelo legislador entre inúmeros fatos do mundo fenomênico, a qual, uma vez concretizada no fato gerador, enseja o surgimento da obrigação principal”.

Fato gerador é o acontecimento no mundo fático da situação descrita na lei tributária (na hipótese de incidência).

Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência. (art. 114 do CTN)

Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal. (art. 115 do CTN)

Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

1. Tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verificarem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios.

2. Tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável. (art. 116, I e II do CTN)

A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:

I. Da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos.

2. Dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos. (art. 118, I e II do CTN)

Marcelo Bacchi Corrêa da Costa²⁸ em seu artigo “Fato Gerador x Hipótese de Incidência e a tributação de atividades ilícitas” faz uma didática distinção entre fato gerador e hipótese de incidência, vejamos:

Fato gerador e hipótese de incidência são coisas distintas. O Código Tributário Nacional por vezes é impreciso na distinção quando trata como fato gerador tanto a abstração inserta na lei quanto a concretização observada no mundo, *v. g.*, no artigo 114 do mencionado Código (*Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência*).

Entretanto, não há como denominar de fato gerador uma situação abstrata, vez que o vocábulo “fato” é algo efetivamente realizado, concreto, daí o motivo da preferência em distinguir o “fato gerador” da “hipótese de incidência”. Fazer a distinção afasta a imprecisão e ajuda na compreensão didática do tema.

Assim, fato gerador pode ser considerado como o fato efetivamente realizado, materializado. É a realização concreta de um comportamento descrito na norma, cuja observação faz nascer uma obrigação jurídica, bem como define juridicamente a natureza do tributo.

O eminente professor Sabbag (2011, p. 672) aduz que “*fato gerador ou ‘fato imponible’, nas palavras de Geraldo Ataliba, é a materialização da hipótese de incidência, representando o momento concreto de sua realização, que se opõe à abstração do paradigma legal que o antecede*”. Não podemos olvidar que há exceções no tocante aos tributos finalísticos, uma vez que o fato gerador dos mesmos torna-se irrelevante, pois o que interessa é a finalidade para o qual foram instituídos, como por exemplo, os empréstimos compulsórios.

Já a hipótese de incidência é a abstração legal de um fato, ou seja, é aquela situação descrita na lei cuja previsão é abstrata, tratando-se, pois, de uma “hipótese” que poderá vir a ocorrer no mundo dos fatos, e que, uma vez realizada, se concretiza como fato gerador. Sabbag (2011, p. 672), com a precisão didática que lhe é peculiar, afirma: “*hipótese de incidência é a situação descrita em lei, recortada pelo legislador entre inúmeros fatos do mundo fenomênico, a qual, uma vez concretizada no fato gerador, enseja o surgimento da obrigação principal (...)*”.

Vamos exemplificar o que foi dito acima, relacionando os institutos da hipótese de incidência e do fato gerador. O IPTU é um imposto de competência dos municípios. Dispõe o art. 32 do CTN: “O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município”.

Apesar da imprecisão técnica do citado comando legal (que utiliza o termo fato gerador em vez de hipótese de incidência na redação) iremos diferenciar um instituto do outro.

Como informado a “Hipótese de incidência é a situação descrita de forma abstrata na lei tributária”, ou seja, no presente caso seria “a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município” (isso no plano abstrato, no mundo das leis).

Já o fato gerador é a concretização no mundo fático daquilo que foi disposto no plano abstrato (na hipótese de incidência), seria o contribuinte (pessoa física ou jurídica) que adquirir (na vida real) “a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município”.

A não incidência de um tributo corresponde aos fatos ou atos que não estão constantes na lei para dar nascimento à obrigação tributária.

2.5. DAS LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE TRIBUTAR

Denomina-se limitações constitucionais ao poder de tributar, o conjunto de princípios e normas que disciplinam e limitam a atuação fiscal dos entes federativos (dotados de competência tributária), a saber: União, Estados membros, Distrito Federal e Municípios.

Podemos dizer então que o texto constitucional presente na seção denominada das “limitações constitucionais ao poder de tributar” dispõe sobre princípios e regras que disciplinam o exercício da competência para instituir e alterar tributos.

As referidas limitações acima indicadas, encontram-se presentes nos arts. 150 a 152 da Constituição Federal de 1988.

Eduardo Sabbag²⁹ ao dispor sobre o assunto informa que as limitações ao poder de tributar são, “em última análise, qualquer restrição imposta pela CF às entidades dotadas de tal poder, no interesse da comunidade, do cidadão ou, até mesmo, no interesse do relacionamento entre as próprias entidades impositoras”.

Hugo de Brito Machado Segundo³⁰ sobre as limitações constitucionais ao poder de tributar como normas constitucionais, nos informa que:

Para dar rigidez aos mais importantes desses limites, evitando que sejam suprimidos ou revogados do ordenamento jurídico, e para que a eles se submetam não apenas as autoridades do Poder Executivo, mas também o próprio Poder Legislativo de cada ente tributante, optou-se por inseri-los no texto da Constituição.

Não por acaso, a separação dos poderes, o princípio da legalidade e a ideia de rigidez e supremacia constitucionais surgiram no mesmo período, como fruto das já referidas revoluções liberais, cujas motivações foram marcadamente tributárias.

Tem-se, assim, as chamadas limitações constitucionais ao poder de tributar, previstas, na CF/88, precipuamente em seus arts. 150, 151 e 152.

Depois de legitimado, delimitado e dividido pela Constituição, o poder de tributar é então chamado de competência tributária.

É importante que tais limites sejam positivados no texto constitucional, e não na legislação infraconstitucional, pois o Direito Tributário, diferentemente da maior parte dos demais ramos do Direito, é um Direito nitidamente obrigacional, mas nele o Estado, parte credora, detém a chamada tríplice função de elaborar as regras aplicáveis às

relações em que se vê envolvido, regulamentar e aplicar essas regras, além de julgar os conflitos decorrentes dessa aplicação.

Isso não acontece no Direito Civil, no Direito Empresarial, no Direito do Consumidor ou no Direito do Trabalho, em relação aos quais, por maior que seja o desequilíbrio eventualmente observado entre as partes, nenhuma delas é detentora de referidas funções.

Em razão disso, para que a relação tributária seja uma relação jurídica, e não uma relação apenas de poder, é importante que a separação de poderes e a jurisdição em face do poder público sejam efetivas, o que pressupõe a existência de uma Constituição que assim estabeleça, em normas que não possam ser alteradas pelo legislador.

Mas, mesmo havendo a separação de poderes ou funções, não se pode negar que também os membros do parlamento, e muitas vezes os do próprio Judiciário, têm interesse na arrecadação tributária, que em última análise mantém a estrutura da qual fazem parte.

Daí a importância de que as principais limitações ao poder de tributar constem da Constituição, que o conforma e disciplina, transformando-o em competência. (Grifos nossos)

São limitações constitucionais ao poder de tributar: 1. Legalidade; 2. Isonomia; 3. Irretroatividade; 4. Anterioridade de exercício; 5. Anterioridade nonagesimal; 6. Proibição do confisco; 7. Liberdade de tráfico; 8. Uniformidade geográfica; 9. Não diferenciação tributária; 10. Imunidades tributárias, além de outras limitações.

2.6 CONCEITOS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Nesse tópico vamos ler e se debruçar acerca dos inúmeros conceitos de Direito Tributário ofertados pelos estudiosos desse tão importante ramo do direito.

Hugo de Brito Machado³¹ definiu Direito Tributário como “ramo do Direito que se ocupa das relações entre o fisco e as pessoas sujeitas a imposições tributárias de qualquer espécie, limitando o poder de tributar e protegendo o cidadão contra os abusos deste poder”.

Nos informes de Paulo de Barros Carvalho³², "o Direito Tributário é o ramo didaticamente autônomo do Direito, integrado pelo conjunto de proposições jurídico-normativas, que correspondam, direta ou indiretamente, à instituição, arrecadação e fiscalização de tributos".

A luz do que preleciona Luciano Amaro³³, o Direito Tributário "é a disciplina jurídica dos tributos, com o que se abrange todo o conjunto de princípios e normas reguladores da criação, fiscalização e arrecadação das prestações de natureza tributária".

Para Eduardo Sabbag³⁴ "o Direito Tributário é a representação positivada da ciência jurídica que abarca o conjunto de normas e princípios jurídicos, reguladores das relações intersubjetivas na obrigação tributária, cujos elementos são as partes, a prestação e o vínculo jurídico".

Para Zelmo Denari³⁵ o Direito Tributário é o "ramo do direito público que regula as normas relativas à imposição, fiscalização e arrecadação de tributos e disciplina a relação entre fisco e contribuinte".

Kiyoshi Harada³⁶ dispõe que o Direito Tributário é "o direito que disciplina o processo de retirada compulsória, pelo Estado, da parcela de riquezas de seus súditos, mediante a observância dos princípios reveladores do Estado de Direito. É a disciplina jurídica que estuda as relações entre o fisco e o contribuinte".

Para Rubens Gomes de Sousa³⁷ "é o ramo do direito público que rege as relações jurídicas entre o Estado e os particulares, decorrentes da atividade financeira do Estado no que refere à obtenção de receitas que correspondam ao conceito de tributos".

Ao tratar do tema Anis Kfoury³⁸ dispõe que "O Estado, para fazer frente às suas despesas, cobra tributos do cidadão, sendo que o Direito Tributário consiste no ramo do Direito que tem por finalidade definir os critérios em que essa cobrança possa ser feita, estabelecendo os limites da atuação estatal, bem como regras e procedimentos para o exercício do direito de tributar".

Para Paulo Caliendo³⁹ "O direito tributário é ramo didaticamente autônomo do direito público que estuda validade e eficácia das normas jurídico-tributárias, que impõe o dever constitucional de pagar tributos".

Para Ruy Barbosa Nogueira⁴⁰ "É a disciplina da relação entre Fisco e Contribuinte, resultante da imposição, arrecadação e fiscalização dos impostos, taxas e contribuições".

Já para Pedro Nunes *apud* Roberto de Paula⁴¹ é o "Ramo do direito público que compreende um conjunto de normas coercitivas que estabelecem relações jurídicas entre

os contribuintes e o Estado, direitos e deveres de ambos e dos agentes fazendários; regula o sistema tributário e disciplina o lançamento, a arrecadação, fiscalização e aplicação dos impostos em geral, taxas e contribuições”.

Cláudio Borba⁴² de forma sucinta nos informa que “Dessa forma, o Direito Tributário é um ramo do Direito Público com objeto, princípios e institutos próprios, mas que tem uma relação de dependência com os demais ramos, dada a unicidade do Direito”.

Regine Helena Costa⁴³ dispõe o seguinte: “podemos definir o conceito de Direito Tributário como o conjunto de normas jurídicas que disciplinam a instituição, a arrecadação e a fiscalização de tributos”.

Luciano Pereira⁴⁴ emite a seguinte informação quanto ao tema:

(...) ao conceituar Direito Tributário, por exemplo, separemos os conceitos. Se tomar pelo prisma jurídico positivo, diremos que se trata de diplomas legais que têm o objetivo de reger relações instaladas entre o Estado e os particulares, por conta da realização de condutas que a lei elenca como geradoras de ônus tributário. Assim, se tomado pelo ângulo da Ciência Jurídica, podemos dizer tratar-se de ramo didaticamente autônomo que tem como finalidade estudar os textos jurídicos tributários.

Para o didático Alexandre Mazza⁴⁵:

Direito Tributário é o ramo do Direito Público que estuda princípios e regras disciplinadores do exercício das atividades de instituição, cobrança e fiscalização de tributos. No conceito apresentado destacam-se três partes fundamentais: a) “ramo do Direito Público”: o Direito Tributário é classificado como ramo do Direito Público por estudar atividades estatais; (...) b) “estuda princípios e regras”: significa dizer que existem dois tipos de normas jurídicas pertencentes ao Direito Tributário: 1) princípios: normas gerais que veiculam valores essenciais do sistema jurídico; 2) regras: normas específicas que disciplinam comportamentos determinados; c) “disciplinadores do exercício das atividades de instituição, cobrança e fiscalização de tributos”: essas são as três atividades estatais que compõem campo específico de interesse do Direito Tributário.

Emerson Santiago⁴⁶ dispõe o seguinte quanto ao conceito de direito tributário:

Direito Tributário, também conhecido como **Direito Fiscal**, é uma subdivisão do Direito Financeiro e é também ramo do Direito Público que lida com as leis que regulam a arrecadação de tributos, bem como a fiscalização dos mesmos. De acordo com o Código Tributário Nacional, em seu artigo 5º, são tributos os impostos, taxas e contribuições de melhoria.

O Direito tributário concentra-se no estudo das normas relativas ao estabelecimento e coleta dos tributos, bem como a relação jurídica resultante de tal ato, onde os dois personagens principais, ente público e contribuintes estão ligados pelo chamado "fato gerador" (fenômeno que confirma a origem de uma obrigação tributária). O objeto da matéria é a obrigação tributária, sendo que esta pode ser uma obrigação de dar (entregar a moeda ao ente público) ou ainda uma obrigação de fazer ou não fazer (emissão de nota fiscal ou ato similar).

A principal utilidade do estudo da matéria tributária reside no combate de possíveis abusos que possam ser cometidos pelo fisco, numa ânsia de arrecadar tributos como custeio dos mais diversos projetos, ou então uma possível usurpação de riquezas individuais, ou ainda a utilização da área fiscal como ferramenta de manobra política. Assim, através da lei, derivada dos estudos da matéria tributária, encontramos a única forma de regular e atribuir tributos aos diversos componentes da sociedade envolvida.

Marcus Abraham⁴⁷ trabalha com a seguinte tese acerca da conceituação do direito tributário:

O Direito Tributário como ordenamento é um sistema normativo objetivo (pautado em regras positivadas), deôntico (indicando como deve ser a atividade arrecadatória tributária) e axiológico (pautado nos valores do Estado Democrático de Direito). É no seu conjunto de normas que encontramos as regras e os princípios para a realização da receita pública tributária. Por sua vez, como ciência jurídica é o ramo do Direito que vai buscar na justiça, na ética e na moral os fundamentos valorativos para a criação e interpretação de suas normas.

Para Kaio Guilherme⁴⁸ "o Direito Tributário é o ramo do direito público no qual o Estado atua com poder de império exigindo tributos, conforme determinação legal".

Dino Jarach, jurista argentino⁴⁹ "O Direito Tributário é o conjunto de normas jurídicas que se referem aos tributos e os tributos são uma das formas de recursos estatais que o Estado impõe coercitivamente em virtude do seu poder de império".

Para Carlos Valder do Nascimento⁵⁰ o "Direito Tributário é o conjunto de princípios e normas tributárias, ordenado sistematicamente, que regula as relações jurídicas entre o Estado e o contribuinte e os procedimentos administrativos delas derivados".

Eduardo Jardim⁵¹ dispõe que "o direito tributário normatiza os estádios da instauração, existência e extinção da relação jurídico-tributária". Manual de Direito Financeiro e Tributário. Eduardo Marcial Ferreira Jardim. P. 11

Benedetto Cocivera⁵² *apud* Jardim conceitua direito tributário como "aquele ramo do direito público que disciplina a instituição, a imposição e a arrecadação do tributo, expondo seus princípios, modo e sistema.

Louis Troutabas⁵² *apud* Jardim conceitua direito tributário como "o ramo do direito público que regula os direitos do Fisco e as prerrogativas do respectivo exercício"¹³. Louis Troutabas, Droit fiscal, Ed. Gallag, 1975, p. 14.

Hugo de Brito Machado Segundo⁵³ nos informa:

A partir do que se examinou no capítulo anterior, percebe-se que a expressão Direito Tributário pode ser usada para designar duas realidades diferentes. Uma delas consiste no conjunto de normas jurídicas que disciplinam a instituição, a regulamentação, o lançamento e a cobrança de tributos. Trata-se, nesse sentido, de um ramo, ou uma parcela, da ordem jurídica. (...) O outro significado para a expressão Direito Tributário é o de ramo do conhecimento, vale dizer, o ramo do saber humano que se ocupa das normas (e dos fatos e valores) referidos no parágrafo anterior, que representam seu objeto de estudo. (...) Assim, e em síntese, pode-se dizer que o Direito Tributário é o conjunto de normas jurídicas que disciplina a atividade de tributação, levada a efeito pelo Estado e pelas entidades a ele relacionadas, de forma a que na cobrança de tributos e de penalidades pecuniárias decorrentes da infração a deveres tributários se observem critérios e limites pré-estabelecidos. Essa definição somente estará completa quando

se definir o que se entende tributo, o que será feito mais adiante. Quanto à apontada finalidade, que não é a de “prover o Estado”, mas a de fazer com que esse provimento se dê em respeito a limites pré-estabelecidos, como proteção dos pagadores de tributos, vale ressaltar que ela deve estar na consciência, também, de quem estuda esse sistema de normas, no âmbito do ramo do conhecimento que delas se ocupa.

Para mim,⁵⁴ em momento anterior a este artigo, já escrevi que:

A expressão “Direito Tributário” pode ser conceituada como o corpo de normas jurídicas, pois possuem as características da bilateralidade, generalidade, abstratividade, imperatividade e coercibilidade que cuidam do estabelecimento, inspeção e arrecadação de tributos. O Direito Tributário é a fração do direito financeiro que delibera como se dará o nascimento, desenvolvimento e a extinção da obrigação tributária e tem como fito o granjeamento de riquezas em proveito do Estado. Ele se ocupa das relações jurídicas entre o Estado e as pessoas de direito privado (físicas e jurídicas) atinentes à instituição, cominação, escrituração, inspeção e arrecadação de todas as espécies tributárias, a saber: os impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições especiais.

3. CONCLUSÃO

Enfim, chega o momento que tentaremos propor um conceito “ideal” para o Direito Tributário, com base em tudo o que foi noticiado no presente texto, mas antes de escrever essa difícil missão, vejamos algumas definições e sinônimos da palavra/termo “conceito”. O termo conceito possui muitos significados, mas atentemos para dois deles:

01. Noção, concepção ou ideia sobre palavra; concepção.
02. Percepção que alguém possui sobre algo ou alguém; noção.

Conceito é sinônimo de: concepção, noção, pensamento, fama, ponto de vista, opinião, máxima, moral, nota, apreciação, convicção, crítica, ideia, juízo, parecer, significado.

Conceito significa definição, concepção ou caracterização. É a formulação de uma ideia por meio de palavras ou recursos visuais.

De acordo com o portal www.dicio.com.br⁵⁵ "A palavra conceito deriva do latim "*conceptus,us*", que significa ato de conter ou pensamento". Para o portal www.significados.com.br⁵⁶ o termo conceito é

Aquilo que se concebe no pensamento sobre algo ou alguém. É a forma de pensar sobre algo, consistindo em um tipo de apreciação através de uma opinião manifesta.

(...)

Em Filosofia, consiste em uma **representação mental e linguística de um objeto concreto ou abstrato**, significando para a mente o próprio objeto no processo de identificação, classificação e descrição do mesmo.

Quando contemplado como essência, um conceito define a natureza de uma entidade. Para Aristóteles, o conceito era comparado ao *eidós* e de acordo com a lógica aristotélica, um conceito é a forma mais básica de pensamento (em conjunto com o juízo e o raciocínio), sendo a representação intelectual abstrata de um objeto.

Partindo da premissa acima de que conceito é a forma mais básica de pensamento (em conjunto com o juízo e o raciocínio), segue o conceito idealizado de Direito Tributário.

Direito tributário pode ser conceituado como ramo jurídico de direito público que se caracteriza por ser predominantemente obrigacional, e que objetiva, ou seja, possui como finalidade regular o instituto jurídico nominado de tributo, que é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada, bem como os sujeitos da relação jurídica tributária (contribuinte, responsável legal e os "fiscos" federal, estaduais, distrital e municipais). A regulação acima indicada se dá de forma ampla, contemplando a instituição, arrecadação e fiscalização de todas as espécies tributárias (impostos, taxas, contribuição de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições especiais) e possui como fundamento "mor" a Constituição Federal que estabelece a competência tributária dos entes federativos e assegura inúmeras as garantias aos contribuintes, nominadas de limitações constitucionais ao poder de tributar, a saber: 1. Legalidade; 2. Isonomia; 3. Irretroatividade; 4. Anterioridade de exercício; 5. Anterioridade nonagesimal; 6. Proibição do confisco; 7. Liberdade de tráfego;

8. Uniformidade geográfica; 9. Não diferenciação tributária; 10. Imunidades tributárias, além de outras limitações.

4. REFERÊNCIAS

PATRIOTA, Caio César Soares Ribeiro. O princípio da supremacia do interesse público. 2017. Disponível em [portal Jusbrasil](#). Acesso em 09 de maio de 2020.

FROTA, Jorge Henrique Sousa. **Manual de Direito Tributário para o Exame da Ordem. Parte 01: conceitos.** 2021. Ed. Independente. Fortaleza – Ceará, pp 27-28.

RIBAS, Eduardo Faglioni. **Código Tributário Nacional Anotado – coordenado por Fabias Grillo e Roque da Silva.** 2014. Disponível em [link](#). Acesso em 18 de junho de 2022.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de direito tributário.** 1999. 15ª edição. Editora Saraiva: São Paulo, p. 155.

DENARI, Zelmo. **Curso de direito tributário.** 2008. 9ª edição. Ed. Atlas: São Paulo.

CREPALDI, Silva Aparecido. **Planejamento Tributário.** 2012. Editora Saraiva: São Paulo, p. 15.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário.** 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário.** 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CASSONE, Vittorio. **Direito Tributário.** 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 41.

SEGUNDO, MACHADO, Hugo Brito. **Manual de direito tributário.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. **Manual de direito tributário.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário.** 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário.** 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio F. da. **Manual de direito financeiro e tributário.** 17. ed. Renovar, 2003.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Tributário**. 09º edição. São Paulo: Saraiva, pp. 261-263.

SABBAG, Eduardo Moraes. **Manual de Direito Tributário**. 8º edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

DENARI, Zelmo. **Curso de direito tributário**, 9ª edição. São Paulo: Atlas, 2008.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. **Manual de direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SABBAG, Eduardo Moraes. **Manual de Direito Tributário**. 8º edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

ALEXANDRINO, Marcelo Alexandrino. PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

BARTOLOMEO, Felipe. Entenda o conceito de direito das obrigações, suas fontes e espécies. 2019. Disponível no [portal Aurum](#). Acesso em 09 de julho de 2021.

CARDOSO, Daniel Sales. Teoria geral das obrigações. 2017. Disponível no [portal Jusnavigandi](#). Acesso em 09 de julho de 2021.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de Direito Tributário**. 11º edição. Rio de Janeiro: grupo GEN, p.128.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 29th edição. Grupo GEN, 2020, p. 647.

ALENCAR, Morgana. Obrigação tributária: conceito e implicações práticas para o gestor jurídico. 2021. Disponível em [link](#). Acesso em 18 de setembro de 2021.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 672.

DA COSTA, Marcelo Bacchi Corrêa. Fato Gerador x Hipótese de Incidência e a tributação de atividades ilícita. Disponível em [link](#). Acesso em 22 de setembro de 2021.

SABBAG, Eduardo. **Direito Tributário Essencial**. 5º. ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p.1.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de Direito Tributário**. 11º edição. Rio de Janeiro: grupo GEN, p. 58.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 51.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 15.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 20º. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.24.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 35.

DENARI, Zelmo. **Curso de Direito Tributário**. 4º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, pp. 9 - 10.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 31.

DE SOUSA, Rubens Gomes. **Compêndio de legislação tributária**. 2º ed. São Paulo: Resenha Tributária, 1975, p. 40.

KFOURI, Anis. **Curso de direito tributário**. 4th edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 95.

CALIENDO, Paulo. **Curso de Direito Tributário**. 2º edição. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 16.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de direito tributário**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

DE PAULA, Roberto Oliveira. Conceito de Direito Tributário. 2014. Disponível em [link](#). Acesso em 18 de setembro de 2021.

BORBA, Cláudio. **Direito Tributário**. 28ª edição. Grupo GEN, Rio de Janeiro, p. 06.

COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário - Constituição e Código Tributário Nacional**. 11º ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p.24.

PEREIRA, Luciano Almeida. **Direito Tributário Simplificado**. 2017. Saraiva educação: São Paulo, p. 06.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Tributário**. 07º edição. São Paulo: Saraiva, pp. 181.

SANTIAGO, Emerson. Direito Tributário. 2022. Disponível em [link](#). Acesso em 18 de junho de 2022.

ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 2º edição. Grupo GEN, Rio de Janeiro, 2019, p .46.

GUILHERME, Kaio. Características dos tributos: O básico de Direito Tributário para o ISS-BH. 2021. Disponível em [link](#). Acesso em 18 de junho de 2022.

JARACH, Dino. **Curso Superior de Derecho Tributario**. Buenos Aires: Depalma, 1957. p. 12. t. I.B.

NASCIMENTO, Carlos Valder. **Direito Tributário III. Autonomia, evolução histórica e relações com outras disciplinas**. 2016. Editus - Editora UESC: Ilhéus-BA, p. 15.

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. **Manual de Direito Financeiro e Tributário**. 2109. Edição 16º. São Paulo: Saraiva Jur, p. 32-33.

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. **Manual de Direito Financeiro e Tributário**. 2109. Edição 16º. São Paulo: Saraiva Jur, p. 32.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de Direito Tributário**. 11º edição. Rio de Janeiro: grupo GEN.

FROTA, Jorge Henrique Sousa. **Manual de Direito Tributário para o Exame da Ordem. Parte 01: conceitos**. 2021. Ed. Independente. Fortaleza – Ceará, pp 27-28.

Dicio.com.br. Significado de Conceito. Disponível em [link](#). Acesso em 18 de junho de 2022.

Significados.com.br. O que é Conceito. Disponível em [link](#). Acesso em 18 de junho de 2022.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: REQUISITOS E TEORIAS APLICÁVEIS

ELISA ROCHA TEIXEIRA NETTO:

Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Advogada.

RESUMO: Trata-se de artigo que pretende discorrer acerca da Responsabilidade Civil do Estado, abarcando sua noção jurídica, bem como seus requisitos e as principais teorias aplicadas no tema no ordenamento jurídico vigente. Além disso, tem o objetivo de analisar a questão prescricional e a responsabilidade civil decorrente de conduta omissiva e de ato legislativo e judicial.

PALAVRAS CHAVES: Responsabilidade Civil. Administração Pública. Responsabilidade Objetiva.

INTRODUÇÃO

A Responsabilidade Civil é um instituto decorre do Estado Democrático de Direito, já que não se pode admitir que uma conduta danosa seja feita de forma irresponsável, sem ter como consequência a reparação do dano causado. Em relação ao Estado não pode ser diferente, devendo ser a União, os Estados e o Distrito Federal, responsabilizados quando, em por atos de seus agentes, no exercício das suas funções ou em decorrência dessas, causar dano aos administrados. Assim, em constante mudança ao longo do tempo, o ordenamento mudou da irresponsabilidade estatal para a teoria do risco administrativo e, em alguns casos excepcionais, a teoria do risco integral.

NOÇÃO JURÍDICA DE RESPONSABILIDADE CIVIL:

A idéia de responsabilidade permeia todo o ordenamento jurídico brasileiro e em relação ao Direito Administrativo não é diferente. Segundo José dos Santos Carvalho Filho¹⁷⁰ quando o Direito trata da responsabilidade, induz de imediato a circunstância de que alguém, o responsável, deve responder perante a ordem jurídica em virtude de algum fato precedente.

As responsabilidades civil, penal e administrativa são independentes entre si, já que derivam de fatos geradores diversos, sem prejuízo de ser possível a sua cumulação quando incidir em violação a mais de um ramo do Direito. Além disso, importante ressaltar que

¹⁷⁰ Filho, José dos Santos Carvalho Filho, Manual de Direito Administrativo. 28ª Ed. São Paulo: Atlas. 2015.

nem sempre a responsabilidade deriva de atos ilícitos, isto é, contrários à lei, já que há determinadas situações em que mesmo sendo o ato praticado lícito, ele induz a responsabilização, gerando direito de indenização pela vítima por se tratar de situação em que um indivíduo suporta de maneira anormal e específica um determinado ato.

A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO

Como se sabe, a responsabilidade civil do Estado, como regra é regido pelo art. 37, §6º da Constituição Federal de 1988, que prescreve que:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Assim, como regra, tem-se que a responsabilidade civil do Estado é objetiva, por prescindir da demonstração de dolo e culpa, enquanto que a responsabilidade do agente é subjetiva, já que depende da comprovação de doloso e culpa.

As pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviços públicos, ou seja, as concessionárias e permissionárias tem responsabilidade objetiva e primária e, nesse caso, o Estado tem responsabilidade objetiva e subsidiária. Isso porque nessa hipótese, de prestação de serviço público por pessoa jurídica de direito privado, o Estado só deve ser acionado caso a empresa não consiga arcar com os débitos resultantes do dano causado. O mesmo ocorre nos casos de entidades da administração indireta de direito privado. Logo, em relação às empresas estatais prestadoras de serviços públicos, haverá responsabilidade objetiva e primária dessas e subsidiária do Estado. Todavia, se a empresa estatal explora atividade econômica, a sua responsabilidade será regida pelo Direito Privado, não se aplicando a responsabilidade civil pública.

Sobre o tema, é fundamental ressaltar dois entendimentos do Supremo Tribunal Federal. O primeiro é que em caso de prestação de assistência à saúde, a responsabilidade dos entes federativos é solidária¹⁷¹, não podendo, por exemplo, o Estado do Rio de Janeiro invocar em sua defesa que não é responsável pelo fornecimento de determinado medicamento, por ser esse da responsabilidade do Município do Rio de Janeiro. O segundo entendimento do STF é que também em relação à vítima não usuária do serviço público prestado, o Estado tem responsabilidade objetiva, uma vez que a Constituição não diferencia se o terceiro é usuário ou não¹⁷².

171 (RE) 855178

172 (RE) 591874

REQUISITOS E TEORIAS

A responsabilidade objetiva do Estado tem os seguintes requisitos: a conduta do agente, o dano causado e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano. Assim, não são elementos o dolo e culpa - elementos subjetivos - e a ilicitude (a responsabilidade do Estado pode existir se a conduta do agente for lícita ou ilícita). Quando decorre de um ato ilícito, a responsabilidade civil do Estado se baseia no princípio da legalidade, uma vez que fora violada determinada norma jurídica. Já quando decorre de uma conduta lícita, a responsabilidade do Estado se baseia no princípio da isonomia.

Isso porque, de acordo com a Teoria do Risco Normal, as restrições gerais igualmente compartilhadas entre os membros da sociedade não geram ao Estado a responsabilidade de indenização. Agora se houver um dano anormal e específico, o Estado deverá ser responsabilizado. Portanto, o Estado só tem o dever de indenizar quando pratica uma conduta lícita, se essa causar um dano anormal e específico ao administrado (o cidadão foi prejudicado em face aos demais da sociedade).

Tal fato também pode ser explicado através da teoria do duplo efeito do ato administrativo, que dispõe que um mesmo ato gera efeitos diferentes em relação a pessoas diferentes. Isto é, um mesmo ato pode gerar o dever de reparação a uma pessoa e não em relação às outras. Pode ser dado como exemplo um determinado caso em que o Estado resolve construir um cemitério em frente a hotel luxuoso (conduta lícita). O dono do hotel terá direito à indenização, pois com tal construção fez com que o número de cliente do estabelecimento fosse visivelmente reduzido, o que causou um dano anormal e específico ao proprietário. Entretanto, uma moradora da rua ao lado do cemitério não terá direito a essa indenização, já que não houve dano a ela.

Retornando aos requisitos, ou elementos da responsabilidade, tem-se que, em relação à conduta do agente, esse deve estar atuando como agente público ou se valendo dessa qualidade. Mesmo que o sujeito não seja efetivamente agente público, se ele atuar de forma a ter aparência de agente público, o Estado responde objetivamente. Isso porque se adota a teoria do funcionário de fato, de modo a proteger o cidadão, determinando a responsabilidade objetiva do Estado mesmo por agentes putativos, em respeito ao corolário do princípio da segurança jurídica.

Já no que tange ao dano ao bem jurídico, esse deve violar um direito pré-existente, ainda que exclusivamente moral e em se tratando do nexo causal adota-se a teoria da causalidade adequada (a conduta do agente que por si só for responsável pelo dano).

A responsabilidade civil do Estado (e também das pessoas jurídicas de direito privado prestadores de serviços públicos) se baseia na Teoria do Risco Administrativo.

Explica-se: a atividade administrativa é arriscada e o Estado assumiu o risco de exercer a atividade administrativa. Se o risco que ele assumiu ensejar um dano, ele responderá objetivamente, independentemente de dolo ou culpa. Essa teoria admite a exclusão da responsabilidade em determinadas situações.

Alguns doutrinadores mais radicais defendem que a responsabilidade civil do Estado decorre da Teoria do Risco Integral – não se admite as excludentes do nexo de causalidade – o Estado passa a ser visto como um garantidor universal.

O ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria do Risco Administrativo. Todavia, majoritariamente, entende-se que em hipóteses excepcionais aplica-se a Teoria do Risco Integral, são elas: os danos nucleares (atividade potencialmente danosa e os riscos são muito altos), os danos decorrentes de crimes ocorridos a bordo de aeronave que estejam sobrevoando o espaço aéreo brasileiro e os danos decorrentes de ataques terroristas, além dos danos ambientais e acidente de trânsito, quando decorre do seguro obrigatório DPVAT.

Adotando a Teoria do Risco Administrativo, admitem-se três hipóteses de excludente de responsabilidade, quais sejam: o caso fortuito, a força maior e a culpa exclusiva da vítima. Nesses casos se rompe o nexo de causalidade, assim não há ligação entre a conduta e o dano, restando impossibilidade a reparação, por ausência de responsabilidade.

RESPONSABILIDADE POR CONDUTA OMISSIVA DO ESTADO

É o dano decorrente da ausência de conduta, isto é, resulta de uma conduta omissiva do Estado, ocasionando a denominada responsabilidade subjetiva baseada na culpa do serviço ou culpa anônima (não se confundi com a culpa ou dolo do agente em si – não se comprova a culpa ou dolo do agente). No caso de omissão do Estado, basta comprovar que o dano decorreu da má prestação do serviço no caso concreto, isto é, da não prestação do serviço de forma eficiente, da prestação de forma atrasada ou da ausência da prestação do serviço. Distingue-se da teoria do risco administrativo, em que se exige somente o fato do serviço, passando a exigir, no caso, da culpa administrativa, da falta do serviço¹⁷³. Um exemplo seria um assaltado em frente à delegacia e os policiais vendo o ocorrido nada fazem.

O STF vem encampando a idéia que a responsabilidade do Estado por omissão é objetiva¹⁷⁴. Na realidade, não há mudanças porque seria objetiva, sendo necessária a

173 MEIRELLES, H.L.; BURLE FILHO, J. S.; BURLE. C.R. Direito Administrativo Brasileiro. 42ª ED. São Paulo: Malheiros, 2016.

174 RE 841.526

comprovação da denominada omissão específica. Essa omissão específica é o que se chamava culpa no serviço.

O RISCO CRIADO OU SUSCITADO

Adota-se a teoria do risco criado/suscitado em determinadas situações em que o próprio Estado cria uma situação de risco e dessa decorre um dano. Nesses casos, a responsabilidade do Estado é objetiva, mesmo que não haja conduta do agente, como por exemplo, quando um preso mata o outro dentro de um presídio. O presídio é uma situação de risco criada pelo Estado, logo os danos decorrentes dessa situação ensejam responsabilidade civil objetiva, mesmo sem ter havido conduta do agente. Outro exemplo é quando o preso foge do presídio e assaltada a casa do lado, já que o presídio cria um risco à vizinhança.

Logo, a teoria do risco criado está presente quando o Estado tiver alguém ou alguma coisa sobre sua custódia, caso em que ele responderá objetivamente aos danos decorrentes dessa custódia, mesmo sem conduta do agente. Outros exemplos seriam as crianças em uma escola pública, os presos em visita fora do presídio e os doentes em um hospital público.

Nessas situações de custódia, divide-se o fortuito em: fortuito interno (caso fortuito) e fortuito externo (força maior). A responsabilidade do Estado, em situações de custódia, só é excluída no caso de fortuito externo – situação totalmente alheia e independente da situação de custódia (ex: raio em presídio que mata o preso não gera direito à indenização). Logo, caso haja um fortuito interno o Estado responderá objetivamente (ex: em um presídio, ocorre uma rebelião e fazem de refém uma visitante). Ora, uma rebelião é uma hipótese possível de ocorrer em um presídio, assim é um fortuito interno. Outra situação em que se considera fortuito interno, fazendo com que o Estado responda objetivamente, é quando o preso se suicida (entendimento do STF175). Portanto, em síntese, basta comprovar que a custódia é uma condição sem a qual o dano não teria ocorrido, mesmo que situações supervenientes tenham contribuído para o dano. Entretanto, se a custódia tiver cessado, não haverá tal responsabilidade, pois há rompimento no nexo de causalidade (ex: preso comete crime cinco meses após fugir da cadeia).

AÇÃO DE REGRESSO

175 RE 841.526

Em caso de dano, a vítima deve cobrar a indenizar do Estado, baseada na responsabilidade objetiva e em ação de regresso, o Estado deve cobrar do agente causador do dano, com base em sua responsabilidade subjetiva.

É uma garantia de a vítima cobrar de um ente solvente e sem ter que demonstrar dolo ou culpa. Apesar de haver precedentes antigos do STJ afirmando que seria possível a vítima abrir mão dessa garantia e cobrar diretamente do agente, o STF entende que isso não é possível por se tratar de uma dupla garantia – garantia da vítima cobrar do Estado e garantia do agente de só ser cobrado do Estado em ação de regresso. Isso decorre do princípio da impessoalidade, já que quando o agente pratica um ato, não é ele que está agindo, mas sim o Estado por meio dele. Se a vítima pudesse cobrar diretamente do agente poderia estar admitindo que o agente atuou em seu nome e não em nome do Estado.

Em relação à possibilidade do Estado denunciar à lide ao agente causador do dano, a questão não é pacífica. O STJ¹⁷⁶ entende que é possível, mas que não é uma obrigação do ente federativo. Todavia, a doutrina se divide em três correntes¹⁷⁷.

Um primeiro entendimento decorria do art. 70, III do CPC de 1973, que dizia ser obrigatória a denúncia da lide "*àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda*". Entretanto, essa corrente acaba por ser enfraquecida, pois o CPC de 2015, diferentemente de seu antecessor, dispõe que é admissível e não mais obrigatória a denúncia da lide (art. 125, II CPC/15). Já um segundo entendimento é que seria caso de litisconsórcio facultativo e não obrigatório, uma vez que o Estado poderá ajuizar ação de regresso, de forma autônoma posteriormente. Por fim, uma terceira corrente afirma não ser possível a denúncia da lide em caso de Responsabilidade do Estado, por entender que o dispositivo do CPC só se aplica aos casos de responsabilidade civil e que caso fosse possível a denúncia, essa acabaria por prejudicar um benefício garantido ao administrado. Isso porque ele não precisa ter em sua ação a discussão de dolo ou culpa, o que seria imprescindível em caso de denúncia para a responsabilização do agente, o que poderia tornar o seu processo mais demorado e complexo.

PRESCRIÇÃO

A prescrição para propor uma ação de reparação civil contra o Estado está disciplinada no Decreto 20910/32 (art.1º) e Lei 9494/97 (art.1º-C) que dispõe que tal ação prescreve em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

176 REsp 1514462/SP, AREsp 913.670/BA, REsp 1501216/SC, AgRg no AREsp 534.613/SC,

177 Filho, José dos Santos Carvalho Filho, Manual de Direito Administrativo. 28ª Ed. São Paulo: Atlas. 2015.

Já o Código Civil de 2002, prevê em seu art. 206, §3º, V que as ações de reparação civil contra particulares prescrevem em três anos. No Código Civil de 1916 o prazo de prescrição nas ações de reparação civil era de dez anos, por isso deu-se o privilégio ao Estado de uma prescrição de cinco anos. Mas, por mais que seja posterior e mais benéfica, a lei geral não revoga lei específica, por isso, firmou-se o entendimento de que continua em vigor o prazo de cinco anos, mesmo após o CC/02.

Além disso, ressalta-se que o art. 3º do DL 20.910 diz que quando o pagamento se dividir por dias, meses ou anos, a prescrição atingirá progressivamente as parcelas. Isto é, numa ação de cobrança só se poderá pleitear a dívida devida pelo Estado, nos últimos cinco anos. Já que as anteriores a esse prazo, prescreveram.

OUTRAS RESPONSABILIDADES CIVIS DO ESTADO

Responsabilidade civil por ato jurisdicional:

Em regra, o Estado não responde por decisão judicial. Essas são recorríveis e não são indenizáveis. O ato jurisdicional é uma soberania do Estado. Entretanto, a Constituição apresenta exceções. O art. 5º, LXXV dispõe que o Estado indenizará aquele que ficar preso por erro judiciário e preso por mais tempo que o previsto na sentença. Trata-se de responsabilidade objetiva – pena privativa de liberdade é um risco criado pelo Estado. Destaca-se que a prisão cautelar não enseja indenização caso o preso venha a ser absolvido no final e que a prisão além do tempo é ato administrativo e não jurisdicional.

Responsabilidade do Estado por ato legislativo (lei geral e abstrata):

As leis de efeito concreto só são leis em sentido formal, em sentido material são atos – logo geram responsabilidade objetiva do Estado. Em regra, a lei geral e abstrata (sentido formal e material) não gera responsabilidade do Estado. Mas há uma exceção: Se a lei causar dano direto a alguém e essa lei for declarada inconstitucional pelo STF, haverá responsabilidade objetiva do Estado pelo ato legislativo, como por exemplo, uma lei que foi declarada inconstitucional que diminuiu a remuneração dos servidores.

Responsabilidade decorrente de obra pública:

Inicialmente, trata-se da hipótese de má execução da obra, isto é, a que não decorre da obra em si, mas da sua má execução. Se for o Estado que tiver executando a obra, haverá responsabilidade objetiva. Mas, se a obra estiver sendo praticada por um particular contratado pelo Estado para a execução da obra (um empreiteiro), a responsabilidade do empreiteiro será regulada pelo direito privado (é pessoa jurídica de direito privado e não presta serviço público e sim executa obra, logo não se encaixa no art. 37, §6º CF). Nesses

casos, só haverá responsabilidade do Estado se for comprovado que ele foi omissivo na fiscalização do contrato – responsabilidade subjetiva (não é solidária ou subsidiária). Cita-se como exemplo uma situação em que uma pessoa estava passando na rua e caiu uma pedra da obra e a machuca, caso em que deverá comprovar que o Estado foi omissivo na fiscalização da obra para que esse lhe pague indenização.

Outra hipótese é a que ocorre do dano decorrente da obra em si (o simples fato da obra existir causa dano), denominada de responsabilidade pela obra ou responsabilidade pelo simples fato da obra. Nesse caso, não é relevante a discussão de quem está executando. A responsabilidade será sempre do Estado e sempre objetiva. Exemplo: a construção de um cemitério em frente a um hotel de luxo que faz com que o movimento desse reduza.

CONCLUSÃO

O tema abordado possui peculiaridades próprias, que decorrem do Direito Público e do postulado da garantia do indivíduo em face dos atos praticados pela Administração Pública. A responsabilidade civil objetiva do Estado, esculpida na Constituição Federal de 1988, decorre da facilitação dessa garantia, já que a responsabilização estatal prescinde da comprovação de dolo ou culpa do agente. Tais requisitos só são aferidos em ação de regresso do Estado em face do agente causador do dano. Logo, também é uma garantia do agente público de só poder ser cobrado em ação de regresso. Por fim, ressalta-se que a Responsabilidade Civil do Estado, também decorre de uma evolução histórica e de acordo com o Estado Democrático de Direito, pois nesse não se admitiria uma total irresponsabilidade dos atos estatais¹⁷⁸, sob pena de haver um arbítrio nas relações do Estado com seus administrados, o que é totalmente repudiado pelo ordenamento então vigente.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 4ª Ed. Salvador: Juspodivm. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 31ª Ed. Rio de Janeiro: GEN. 2018.

FILHO, José dos Santos Carvalho Filho, Manual de Direito Administrativo. 28ª Ed. São Paulo: Atlas. 2015.

MEIRELLES, H.L.; BURLE FILHO, J. S.; BURLE. C.R. Direito Administrativo Brasileiro. 42ª ED. São Paulo: Malheiros, 2016.

¹⁷⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, Curso de Direito Administrativo. 6ª Ed. Rio de Janeiro: GEN. 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, Curso de Direito Administrativo. 6ª Ed. Rio de Janeiro: GEN.

STF. Jurisprudência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> . Acesso em 20 de novembro de 2018.

STJ. Jurisprudência. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 20 de novembro de 2018.

A HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS E OS SEUS PRINCIPAIS ELEMENTOS CARACTERIZADORES

RÔNISON APARECIDO DOS SANTOS:

Especialista em Direito Tributário pela Escola Nacional de Administração Pública (ENAP). Bacharel em Engenharia de Alimentos pela Universidade Federal de Viçosa (UFV). Bacharelado no curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO. Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil (RFB).

LUCAS FERNANDES DE MORAIS VIDOVIX¹⁷⁹

SERGIANO REIS DA CONCEIÇÃO¹⁸⁰

(coautores)

RESUMO: No presente artigo, são explanadas as características principais do procedimento de homologação de sentenças estrangeiras. Nesse sentido, discutem-se o panorama mundial de reconhecimento de sentenças estrangeiras, a competência da justiça brasileira para homologação de sentenças estrangeiras, enfatizando a Emenda Constitucional (EC) nº 45 e o papel desempenhado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) na seara em exame, as hipóteses em que é vedado o procedimento homologatório em apreço, as condições estabelecidas no Direito interno brasileiro para a homologação de sentenças estrangeiras, com destaque para os dispositivos da legislação processual civil, um breve estudo acerca das sentenças estrangeiras que seguem o rito de homologação definido por Tratados e uma discussão acerca da natureza jurídica de sentenças proferidas por Tribunais Internacionais, como Corte Internacional da Justiça (CIJ), Tribunal Penal Internacional (TPI) e Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Essa pesquisa visa compreender a importância e os atributos mais relevantes do procedimento homologatório na efetiva realização dos direitos insculpidos em uma decisão judicial estrangeira. Para tal, realizou-se uma pesquisa analítica e exploratória, a fim de alcançar o objetivo central do estudo. Por fim, foram exteriorizadas as considerações finais acerca da temática em apreço e as referências utilizadas na construção da plataforma teórica.

179 Bacharel em Engenharia Civil pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Bacharelado no curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO. Servidor público efetivo do Município de Porto Nacional. E-mail: lucasfermorais@hotmail.com

180 Técnico em Análise e Desenvolvimento de Sistemas pela Universidade Norte do Paraná. Bacharelado no curso de Direito na Universidade Estadual do Tocantins. E-mail: sergianoreis@gmail.com

Palavras-chave: Sentenças Estrangeiras. Procedimento de Homologação. Direito Internacional. Tribunais Internacionais.

ABSTRACT: In this article, the main characteristics of the procedure for the approval of foreign judgments are explained. In this sense, the global panorama of recognition of foreign judgments, the competence of the Brazilian justice for homologation of foreign judgments, emphasizing the Constitutional Amendment (EC) nº 45 and the role played by the Superior Court of Justice (STJ) in the field in examination, the cases in which the homologation procedure in question is prohibited, the conditions established in Brazilian domestic law for the homologation of foreign judgments, with emphasis on the provisions of civil procedural legislation, a brief study on foreign judgments that follow the rite of ratification defined by Treaties and a discussion about the legal nature of sentences handed down by International Courts, such as the International Court of Justice (ICJ), the International Criminal Court (ICC) and the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR). This research aims to understand the importance and the most relevant attributes of the homologation procedure in the effective realization of the rights inscribed in a foreign court decision. To this end, an analytical and exploratory research was carried out, in order to achieve the main objective of the study. Finally, the final considerations about the subject in question and the references used in this article were externalized.

Keywords: Foreign Sentences. Procedure for Approval. International Right. International Courts.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Reconhecimento De Sentenças Estrangeiras Pelos Estados. 3. Aspectos Gerais Sobre Homologação De Sentenças Estrangeiras. 4. Condições Para A Homologação De Sentenças Estrangeiras No Brasil. 5. Processo De Homologação De Sentenças Estrangeiras No Brasil. 6. Homologação De Sentenças Regulamentadas Em Tratados. 7. Sentenças Proferidas Por Tribunais Internacionais. 8. Considerações Finais. 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A temática alusiva a homologação de sentença estrangeira mostra-se muito relevante no contexto atual, uma vez que a sociedade vive em um mundo cada vez mais globalizado e interdependente. Nesse sentido, os Estados progressivamente são pressionados a ter uma maior interação em variados campos como, por exemplo, o econômico, o social, o jurídico, o político e o cultural.

Relativamente ao campo jurídico, torna-se evidente a necessidade do desenvolvimento de procedimentos concernentes a internalização de pronunciamentos judiciais proferidos por outros Estados.

Nesse cenário, surge o procedimento de homologação de sentença estrangeira, que consiste em um ato formal de reconhecimento de decisões judiciais alienígenas ao Direito interno, de modo que surtam efeitos jurídicos no território nacional. Refere-se, portanto, a um mecanismo de cooperação jurídica entre Estados, norteados pelo respeito mútuo à soberania que cada um deles consolida, que fornece efetividade ao direito consubstanciado em uma sentença estrangeira.

Ademais, o procedimento de homologação de sentenças estrangeiras está consubstanciado em regras estabelecidas em institutos materiais e processuais, devendo-se observar os preceitos relativos à ordem pública nacional, à soberania e aos costumes, entre outros, consagrados no Direito interno.

O presente artigo visa compreender a importância e os atributos mais relevantes do referido procedimento homologatório na efetiva realização dos direitos insculpidos em uma decisão judicial estrangeira. Para o alcance do objetivo central, serão realizadas as seguintes abordagens: - reconhecimento de sentenças estrangeiras pelos Estados; - aspectos gerais sobre homologação de sentenças estrangeiras; - condições para a homologação de sentença estrangeira no Brasil; - processo de homologação de sentenças estrangeiras no Brasil; e - homologação de sentenças regulamentadas em tratados sentenças proferidas por tribunais internacionais.

Mister pontuar que a aludida pesquisa científica consiste em estudo bibliográfico exploratório e descritivo, enfatizando os conhecimentos consolidados alusivos ao objeto do trabalho. Nesse sentido, foi efetuada uma revisão teórica da temática por meio de análises comparativas e conclusivas de informações evidenciadas por especialistas no ramo do Direito Internacional.

Por derradeiro, são exteriorizadas as considerações finais acerca das questões desenvolvidas no presente trabalho e as referências bibliográficas utilizadas na construção da exposição textual em apreço.

2. RECONHECIMENTO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS PELOS ESTADOS

Preliminarmente, cumpre assentar que cada Estado tem as suas regras jurídicas no tocante à atribuição de valor às sentenças estrangeiras. Sob esse prisma, conforme pontuado por Tiburcio e Barroso (2006), há Estados que estipulam um caráter probatório aos pronunciamentos judiciais estrangeiros como, por exemplo, os Estados Unidos da América e o Reino Unido. Os referidos autores destacam ainda que existem Estados como o Brasil e a Itália que possuem um procedimento interno de juízo de delibação no qual a sentença estrangeira admite a mesma eficácia da decisão judicial interna. Por outro lado,

referenciam Tibúrcio e Barroso (2006) que há Estados como a Holanda, Suécia e Dinamarca que não atribuem valor às sentenças estrangeiras.

Sob esse giro, importante elucidar que, para Liebman (1984), a homologação de sentença estrangeira tem um caráter constitutivo processual, visto que se aprecia a presença de condições legais a fim de que a sentença referenciada tenha eficácia no arcabouço jurídico do país que a internaliza.

Furtado (2013) relata que, no âmbito do Mercosul, foram editados o Protocolo de Las Leñas e o Protocolo de Medidas Cautelares, os quais disciplinam regras de cooperação jurisdicional. Tais Protocolos visam ao cumprimento de sentenças estrangeiras e de laudos arbitrais estrangeiros, além de buscar maior celeridade na execução de medidas cautelares, obedecendo ao fundamento de integração regional pautado pelo Tratado de Assunção.

Além disso, os suprarreferidos Protocolos, ratificados pelo Brasil, têm como objeto o reconhecimento e a execução de sentença estrangeira provinda de Estados-membros do Mercosul. Denote-se que o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, nomeado de Protocolo de Las Leñas, foi assinado em 1992, promulgado no Brasil pelo Decreto Presidencial 2.067, de 12/11/1996. Já o Protocolo de Medidas Cautelares, conhecido como Protocolo de Ouro Preto, foi assinado em 1994, e promulgado no Brasil pelo Decreto Presidencial 2.626, de 15/06/1998.

3. ASPECTOS GERAIS SOBRE HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS

Inicialmente, importa sublinhar que a homologação de sentenças estrangeiras visa à geração do reconhecimento no Estado de uma decisão estrangeira.

No tocante ao procedimento de homologação de sentença estrangeira adotado pelo Brasil, Finkelstein (2005, p. 255) assenta, *in verbis*.

Nosso sistema de incorporação das decisões alienígenas ao direito brasileiro, anteriormente empreendido pelo STF, é atualmente denominado de 'delibação moderada', vez que para se aferir suposta ofensa à ordem pública, torna-se necessária uma verificação perfunctória do mérito da questão para possibilitar tal decretação. Efetivamente, a ofensa à ordem pública raramente se encontra na forma do ato, mas sim em seu conteúdo ou na forma pela qual foi materialmente conduzida a demanda estrangeira, ainda que em consonância com a lei do foro.

Sendo assim, admite-se no Brasil o sistema de deliberação moderada no que tange ao procedimento de incorporação das decisões estrangeiras no Direito interno.

Sob essa perspectiva, Basso (2020) versa que, em um juízo de deliberação, o tribunal competente para o *exequatur* (execução da decisão estrangeira) não aprecia o mérito da decisão judicial estrangeira, uma vez que há somente uma verificação dos requisitos externos e da legitimidade do provimento jurisdicional, sem entrar em seu mérito e nos seus fundamentos jurídicos. Nessa linha, são analisados pontos alusivos a ofensa à ordem pública, à soberania nacional e aos bons costumes do Direito interno. Denote-se que, diante desse prévio controle, o direito brasileiro, em seu art. 26, § 2º, do CPC/15 (BRASIL, 2015), não exige a reciprocidade de tratamento para fins de homologação de sentença estrangeira.

Relativamente ao “exequatur”, Santos (1998) explicita que os seus procedimentos estão delineados no sistema jurídico do Estado em que será executada a decisão estrangeira. Consigna ainda que, caso a ordem pública estrangeira ou os costumes sejam desrespeitados, o Poder Judiciário poderá proferir decisão denegando o “exequatur”, culminando na perda da eficácia da decisão estrangeira.

Portela (2017) preceitua que há ofensa à ordem pública quando, na sentença estrangeira, houver lesão a dispositivos constitucionais ou contemplar matéria de competência exclusiva da justiça brasileira, entre outras situações. Vale consignar que, por exemplo, não viola a ordem pública a homologação de sentença penal estrangeira que determine a perda de imóvel situado no Brasil proveniente de crime de lavagem de dinheiro.

Nesse passo, oportuno rememorar que a Emenda Constitucional (EC) nº 45 fixou no art. 105, I, “i”, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CF/88 – (BRASIL, 1988) que compete ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) processar e julgar o reconhecimento de sentenças estrangeiras, inclusive as proferidas por árbitros, sendo elas declaratórias, constitutivas ou condenatórias, assim como a concessão de “exequatur” às cartas rogatórias passivas. Note-se que os procedimentos referidos antes da EC nº 45 eram de competência do Supremo Tribunal Federal (STF). Por conseguinte, a partir dessa Emenda, a sentença estrangeira somente será eficaz no país após o crivo homologatório efetivado pelo Presidente do STJ.

Dolinger e Tibúrcio (2020) salientam que, em vários países, compete aos juízes de 1ª instância a homologação de sentenças estrangeiras. Para exemplificar, tem-se Alemanha, Canadá, Suíça, Itália, França, entre outros. Na tramitação da EC nº 45, acima mencionada, pensou-se em transferir tal função aos juízes federais. Contudo, tendo em vista a inexistência de um sistema próprio de interposição de recursos no Brasil para as

decisões proferidas na seara em comento e a morosidade até o seu trânsito em julgado, decidiu-se não acolher essa sistemática.

Impende esclarecer que, se o pedido for contestado pela parte contrária, o processo de homologação de sentença estrangeira será distribuído para julgamento pela Corte Especial do STJ. Nesse compasso, compete ao relator os demais atos relativos ao andamento e à instrução do processo, podendo emitir decisão se houver jurisprudência consolidada da Corte Especial acerca do assunto. Tais entendimentos podem ser consultados nos arts. 216-A e 216-K do Regimento Interno do STJ (BRASIL, 1989).

Portela (2017) explica que as decisões interlocutórias e os despachos de mero expediente não são aptos a serem homologados, uma vez que não possuem a natureza jurídica de sentença. São caracterizados como meros atos processuais, os quais devem ser cumpridos no Brasil por meio de carta rogatória ou por outros meios de cooperação judicial. Relevante explicitar que as decisões interlocutórias devem ser efetivadas por meio de rogatórias, enquanto as diligências processuais devem ser cumpridas por meio ou de cartas rogatórias ou do auxílio direto.

Consoante o consagrado no art. 961 do CPC/15 (BRASIL, 2015), a decisão estrangeira somente terá eficácia no Brasil após a sua homologação. Oportuno sublinhar que o aludido diploma legal eliminou a exigência de homologação para a sentença estrangeira de divórcio consensual simples ou puro, quando a decisão se refere apenas à dissolução do casamento. Ressalte-se, porém, que, caso haja envolvimento de guarda de filhos, alimentos ou partilha de bens, a homologação do divórcio consensual continua necessária.

Sob esse prisma, Portela (2017) lembra que o art. 13 do suprarreferido diploma legal fixa a prevalência dos tratados em matéria processual sobre a legislação interna e que o art. 960, *caput*, do mencionado diploma dispõe que “a homologação de decisão estrangeira será requerida por ação de homologação de decisão estrangeira, salvo disposição especial em sentido contrário prevista em tratado”. Nesse diapasão, pode um tratado afastar a necessidade de homologação de uma sentença estrangeira.

Relevante pontuar que o art. 964 do CPC/15 (BRASIL, 2015) determina que não será homologada a decisão estrangeira na hipótese de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira. Outrossim, não são homologáveis: - (a) as sentenças relativas a imóveis situados no Brasil, consoante o art. 23, I, do Código em comento; - (b) as sentenças que, em matéria de sucessão hereditária, procederem à confirmação de testamento particular e ao inventário e à partilha de bens situados no Brasil, em que pese o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional, tendo em vista a competência exclusiva da justiça brasileira para atuar nesses casos, conforme o art. 23, II,

do diploma legal em exame;- (c) as sentenças que, em matéria de divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional, em conformidade com o consubstanciado no art. 23, III, do indigitado Código.

A jurisprudência brasileira permite a homologação de sentença estrangeira quando ela disponha acerca de bem situado no Brasil a respeito do qual tenha havido acordo entre as partes e que somente ratifica o que restou pactuado, *in verbis*.

Tanto a Corte Suprema quanto este Superior Tribunal de Justiça já se manifestaram pela ausência de ofensa à soberania nacional e à ordem pública a sentença estrangeira que dispõe acerca de bem localizado no território brasileiro, sobre o qual tenha havido acordo entre as partes, e que tão somente ratifica o que restou pactuado. (SEC 1.304/US, CORTE ESPECIAL, Rel. Ministro GILSON DIPP, DJe de 03/03/2008). (SEC 4.223/CH, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/12/2010, DJe 16/02/2011)

Nesse diapasão, o fato de o imóvel estar no Brasil não impede a homologação da sentença estrangeira de partilha de bens no divórcio quando houver acordo entre as partes quanto ao referido imóvel.

Registre-se, portanto, que não há ofensa à soberania nacional e à ordem pública no procedimento de homologação de sentença estrangeira nos temas acima alinhavados.

Por fim, imperioso sublinhar que, consoante o entendimento do STJ, colacionado a seguir, não se homologa seção de sentença estrangeira que ordene a desistência de ação judicial impetrada no Brasil sob pena de responsabilização civil e penal, visto que tal delineamento impede o acesso do indivíduo à Justiça nos termos do art. 5º, XXXV, da CF/88 (BRASIL, 1988).

DIREITO CONSTITUCIONAL. HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA. Não é possível a homologação de sentença estrangeira na parte em que ordene, sob pena de responsabilização civil e criminal, a desistência de ação judicial proposta no Brasil. Isso porque essa determinação claramente encontra obstáculo no princípio do acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV), que é cláusula pétrea da Constituição brasileira. SEC 854-US, Rel. Originário Min. Massami Uyeda, Rel. Para acórdão Min. Sidnei Beneti, julgado em 16/10/2013.

4. CONDIÇÕES PARA A HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS NO BRASIL

Preliminarmente, informa-se que o procedimento de homologação de sentença estrangeira está disciplinado nos artigos 216-A a 216-X do Regimento Interno do STJ (BRASIL, 1989), os quais foram introduzidos pela Emenda Regimental nº 18.

Prosseguindo-se, faculta-se ao autor do pedido apresentar a anuência da outra parte, o que dispensa a citação do requerido e acelera o trâmite processual. Caso contrário, o presidente do STJ determinará a citação da parte contrária por carta rogatória (se a parte a ser citada residir no exterior) ou por carta de ordem (se residir no Brasil) com vistas à resposta à ação.

Nesse sentido, o art. 963 do CPC/15 (BRASIL, 2015) fixa que constituem requisitos indispensáveis à homologação da decisão: I - ser proferida por autoridade competente; II - ser precedida de citação regular, ainda que verificada a revelia; III - ser eficaz no país em que foi proferida; IV - não ofender a coisa julgada brasileira; V - estar acompanhada de tradução oficial, salvo disposição que a dispense prevista em tratado; VI - não conter manifesta ofensa à ordem pública.

Registre-se que os requisitos em exame também podem ser consultados nos arts. 216-C e 216-D do Regimento Interno do STJ (BRASIL, 1989) e no art. 15 do Decreto-Lei nº 4.657, de 04/09/1942, denominada, atualmente, de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB – (BRASIL, 1942).

No procedimento homologatório, deve-se verificar a autenticidade da documentação carreada ao processo. Nessa esteira, o art. 41, *caput*, do CPC/15 (BRASIL, 2015) disciplina, *in verbis*:

Considera-se autêntico o documento que instruir pedido de cooperação jurídica internacional, inclusive tradução para a língua portuguesa, quando encaminhado ao Estado brasileiro por meio de autoridade central ou por via diplomática, dispensando-se a juramentação, autenticação ou qualquer procedimento de legalização.

Por conseguinte, caso a documentação a ser anexada ao processo de homologação de sentença estrangeira seja encaminhada por via diplomática ou outra via legal, não será exigida que a sentença estrangeira esteja autenticada pelo cônsul brasileiro e que tenha sido traduzida por tradutor juramentado no Brasil.

Portela (2017) consigna que a falta da assinatura da autoridade competente na decisão a ser homologada não pode ser considerada, por si só, óbice para a sua

homologação. Contudo, em face de um caso prático nessa linha, a autenticidade da decisão deve ser comprovada por outros meios permitidos em Direito.

Pertinente expor que, para a homologação de decisão estrangeira em processo com tramitação no exterior contra indivíduo domiciliado no Brasil, torna-se imprescindível a citação regular em consonância com o arcabouço jurídico do Estado prolator da sentença, sendo que o comparecimento do sujeito à audiência realizada pelo juízo estrangeiro supre a falta de citação, conforme entendimento esposado pelo STJ. Sobre o assunto, traz-se, ademais, à tona o seguinte entendimento do STJ inserido em seu Informativo nº 508, *ipsis litteris*.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA. REGRAMENTO DA CITAÇÃO.

Não é possível impor as regras previstas na legislação brasileira para citação praticada fora do país. A citação é instituto de direito processual e, por estar inserida no âmbito da jurisdição e da soberania, deve ser realizada de acordo com a legislação de cada país. Precedentes citados: SEC 3.341-EX, DJe 29/6/2012, e SEC 4.730-EX, DJe 28/6/2012. SEC 5.268-GB, Rel. Min. Castro Meira, julgada em 7/11/2012.

Note que a citação por edital do réu, quando se encontrar em lugar ignorado, incerto ou inacessível, não impede que a sentença estrangeira seja homologada pelo STJ. Deve-se rememorar que, quando a sentença estrangeira se referir a sujeito domiciliado no Brasil, a sua citação deve ser realizada por meio de carta rogatória.

Curial versar que somente a sentença estrangeira transitada em julgado pode ser homologada pela autoridade brasileira competente, nos termos da Súmula STF nº 420, salvo casos excepcionais de cooperação judiciária entre os Estados. Portanto, consoante destacado por Basso (2020), a ausência da comprovação do trânsito em julgado constitui fato impeditivo para a homologação de decisão judicial estrangeira, restando prejudicada a sua execução no ordenamento brasileiro.

5. PROCESSO DE HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS NO BRASIL

Consoante o art. 216-C do Regimento Interno do STJ (BRASIL, 1989), a ação de homologação da sentença estrangeira será impetrada pela parte requerente. Nesse passo, Portela (2017) enfatiza que a petição inicial deve conter os requisitos indicados na lei processual brasileira, como o disposto no 319 e 320, ambos do CPC/15 (BRASIL, 2015), e ser instruída com o original ou cópia autenticada da decisão a ser homologada e de outros documentos essenciais, devidamente traduzidos por tradutor oficial ou juramentado no

Brasil e chancelados pela autoridade consular brasileira competente, quando for o caso. O pleito de homologação da sentença estrangeira deve observar os requisitos constantes no art. 963 do aludido Código e no art. 216-D do referenciado Regimento Interno.

Em conformidade com o art. 216-G do Regimento Interno suprarreferido e o art. 960, § 3º, do CPC/15 (BRASIL, 2015), a tutela de urgência é admitida nos procedimentos de homologação de sentenças estrangeiras. Nesse rito, Portela (2017) esclarece que a parte interessada será citada para, no prazo de 15 (quinze) dias, contestar o pedido. A defesa somente poderá versar sobre a inteligência da decisão estrangeira e a observância dos requisitos indicados nos arts. 216-C, 216-D e 216-F do Regimento Interno do STJ (BRASIL, 1989). Havendo contestação, o processo será julgado pela Corte Especial, cabendo ao Relator os demais atos relativos ao andamento e à instrução do processo. O Ministério Público terá vista dos autos pelo prazo de dez dias, podendo impugnar o pedido de homologação.

Com supedâneo no disposto no artigo 216-K, parágrafo único, do Regimento Interno do STJ (BRASIL, 1989), o relator pode emitir decisão monocrática nas hipóteses com jurisprudência consolidada da Corte Especial a respeito do tema. Ademais, caso a petição inicial não preencha os requisitos exigidos nos artigos anteriores ou apresente defeitos ou irregularidades que dificultem o julgamento do mérito, o presidente do STJ assinará prazo razoável para que o requerente a emende ou complete.

Estribado no art. 216-E, *caput* e parágrafo único, do Regimento Interno do STJ (BRASIL, 1989), constata-se que, após a intimação, se o requerente ou o seu procurador não promover, no prazo regulamentar, as diligências determinadas pelo juízo, o processo será arquivado pelo Presidente do STJ.

Proseguindo-se, a parte interessada será citada para, no prazo de 15 (quinze) dias, contestar o pedido, cabendo ressaltar que a defesa poderá se basear apenas sobre a inteligência da decisão estrangeira e a observância dos requisitos indicados nos arts. 216-C, 216-D e 216-F do Regimento Interno do STJ (BRASIL, 1989).

Em caso de revelia ou incapacidade, será nomeado curador especial, que será pessoalmente notificado. Protocolizada a contestação, serão admitidas réplica e tréplica em 5 (cinco) dias. Outrossim, o Ministério Público Federal (MPF) terá vista dos autos pelo prazo de 10 (dez) dias, tendo o direito à impugnação do pedido autoral nos termos dos arts. 216-1, 216-J e 216-L do Regimento Interno do STJ (BRASIL, 1989). Por derradeiro, podem ser agravadas as decisões do Presidente do STJ ou do relator alusivas ao procedimento de homologação da sentença estrangeira.

Atinente à execução de decisão estrangeira homologada pelo STJ, tem-se que, consoante o art. 109, X, da CF/88 (BRASIL, 1988), compete aos juízes federais de primeira instância realizá-la a partir do requerimento da parte instruído com cópia autenticada da decisão. É nessa linha o disposto no art. 965 do CPC/15 (BRASIL, 2015).

Portela (2017) registra que o Pretório Excelso admite recurso extraordinário contra homologação de sentenças estrangeiras quando houver divergência de interpretação acerca de preceito constitucional, considerando o disposto no artigo 102, III, da CF/88 (BRASIL, 1988).

6. HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS REGULAMENTADAS EM TRATADOS

A homologação também é regulada por tratados, cujo objetivo principal é harmonizar a regulamentação quanto ao tema entre certo número de Estados, com vistas a impedir que marcos legais muito diferentes na matéria acabem por criar entraves às relações internacionais.

Disserta Portela (2017) que o Brasil participa de tratados internacionais que disciplinam sobre a homologação de sentenças estrangeiras, com vistas à harmonização da legislação em relação à temática. Podem ser citados os seguintes Tratados: o Código de Bustamante (Decreto 18.871, de 13/08/1929); a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 1958; a Convenção de Nova Iorque (Decreto 4.311, de 23/07/2002); a Convenção Interamericana sobre a Eficácia Territorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros, de 1979 (Convenção de Montevidéu - Decreto 2.411, de 02/12/1997); o Protocolo de Las Lenas sobre Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa do MERCOSUL, de 1992 (Decreto 2.067, de 12/11/1996); e tratados bilaterais entre Estados como Argentina, Espanha, Itália e Uruguai.

Tais regras estipuladas por esses Tratados não diferem daquelas presentes na legislação interna brasileira, salvo em situações pontuais ou peculiares. Como exemplo de exceção, tem-se que a Convenção de Montevidéu de 1979 dispõe que o benefício de justiça gratuita reconhecido no Estado de origem da sentença será preservado no de sua apresentação. Um outro exemplo pode ser vislumbrado no Protocolo de Las Lenas no qual consta que o pedido de homologação de sentenças estrangeiras tramitará por carta rogatória e por intermédio do Ministério da Justiça.

7. SENTENÇAS PROFERIDAS POR TRIBUNAIS INTERNACIONAIS

Preliminarmente, importa mencionar que a homologação de sentenças proferidas por Tribunais Internacionais encontra divergências na seara jurídica. Conforme Portela (2017) a jurisprudência brasileira consignava que sentença estrangeira consistia em todo

pronunciamento judicial não exarado pela justiça brasileira. Nesse sentido, as decisões prolatadas por Cortes internacionais se submeteriam ao procedimento de homologação efetivado pelo STJ.

Assevera Portela (2017) que os provimentos jurisdicionais emitidos por outros Estados diferem em termos de natureza jurídica dos proferidos por Cortes ou Tribunais internacionais. Isso pode ser justificado pelo fato de que as Cortes internacionais são fundadas pelos próprios Estados, por meio de tratados, visando à decisão sobre temáticas internacionais de interesse dos membros. O aludido autor enfatiza que essas Cortes não se submetem a uma soberania em particular e têm jurisdição sobre os próprios entes estatais que as conceberam. Saliente-se que, ao participarem dessas entidades internacionais, os Estados cedem uma parte de sua soberania, de modo que determinados assuntos sejam decididos no âmbito das supracitadas Cortes. São exemplos de tribunais internacionais: a CIJ; o TPI e a CIDH.

Nesse contexto, Portela (2017) frisa que as sentenças emanadas de tribunais internacionais não deveriam passar pelo crivo homologatório, já que a natureza jurídica de decisões prolatadas por órgãos internacionais tem supedâneo de seus membros, não se configurando em ofensa à soberania dos Estados que participam dos acordos internacionais. Realce-se que os Estados devem aderir às regras estabelecidas pelos tribunais internacionais (princípio *pacta sunt servanda*) para que possam ser julgados por estes.

Por fim, Portela (2017) ressalta que as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos são executadas no Brasil independentemente de procedimento homologatório, embora não exista disposição expressa no arcabouço jurídico interno nessa direção.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como cediço, o trabalho visou realizar um estudo abrangente acerca das características principais do procedimento de homologação de sentenças estrangeiras. Nesse sentido, foram discutidos o panorama mundial de reconhecimento de sentenças estrangeiras, a competência na justiça brasileira para homologação de sentenças estrangeiras, enfatizando a EC nº 45 e o papel desempenhado pelo STJ na seara em exame, as hipóteses em que é vedado o procedimento homologatório em apreço, as condições estabelecidas no Direito interno brasileiro para a homologação de sentenças estrangeiras, com destaque para o art. 963 do CPC/15 (BRASIL, 2015), um breve estudo acerca das sentenças estrangeiras que seguem o rito de homologação definido por Tratados e uma discussão acerca da natureza jurídica de sentenças proferidas por Tribunais Internacionais, como CIJ, TPI e CIDH.

Ante o exposto, constatou-se que o objetivo do trabalho foi alcançado e que, considerando a existência no panorama atual de múltiplas relações sociais, culturais, econômicas e políticas devido ao fenômeno da globalização, a temática sobre homologação de sentença estrangeira tem especial importância no tocante à segurança jurídica nacional, à cooperação jurídica internacional e ao cumprimento da justiça, no âmago de seus princípios e valores, pelo país, visto que se consubstancia em um procedimento judicial que fornece executoriedade tanto na esfera interna quanto na externa à decisão estrangeira.

Por fim, deve-se consignar que cada Estado tem uma normatização específica e dinâmica acerca da temática de reconhecimento de sentença estrangeira, o que traz desafios no entendimento aprofundado dos atributos do aludido procedimento.

9. REFERÊNCIAS

BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional Privado**. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. **Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça**. 1989. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Leis-e-normas/Regimento-Interno>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmem. **Direito Internacional Privado**. 15. Ed. Rio de Janeiro, Forense: 2020.

FINKELSTEIN, Cláudio. **Homologação de sentença estrangeira e execução de carta rogatória no Brasil**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, 2005. Vol. 50.

FURTADO, Maria Priscila Mendonça. **Análise dos limites e possibilidades da ordem pública processual na homologação de sentença estrangeira pelo STJ**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória (ES), 2013.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade de Sentença**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado: Incluindo Noções de Direitos Humanos e de Direitos Comunitário**. 9. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Mercosul e Arbitragem Internacional e Comercial: Aspectos Gerais e Algumas Possibilidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

TIBÚRCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. **O direito internacional contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

A APLICAÇÃO DE MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

BEATRIZ MACHADO GAMELEIRA:

Pós-graduada em Direito Processual pela UNIT/AL em parceria com a ESMAL. Pós-graduada em Direito Damásio. Graduada em Direito pela UNIT/AL.

RESUMO: Considerando as alterações no ordenamento processual civil, mormente no campo dos procedimentos executivos, impreterível uma análise das medidas executivas atípicas a fim de verificar a possibilidade de aplicação em face da Fazenda Pública. O tema ganhou destaque após discussões jurisprudências e doutrinárias acerca utilização de apreensão de passaporte e suspensão de carteira nacional de habilitação como medidas executivas atípicas. Nesse contexto, as peculiaridades da execução em face da fazenda pública serão acentuadas, partindo-se da premissa da supremacia do interesse público. Certo é que apesar da relevância, o tema ainda é pouco explorado, motivo pelo qual será analisado no presente artigo.

Palavras chaves: Efetividade. Medidas executivas atípicas. Fazenda Pública.

ABSTRACT: Considering the changes in the civil procedural order, especially in the field of executive procedures, an analysis of the atypical executive measures is indispensable in order to verify the possibility of application in the face of the Public Treasury. The theme gained prominence after jurisprudence and doctrinal discussions about the use of passport seizure and suspension of national driver's license as atypical executive measures. In this context, the peculiarities of execution in the face of the public farm will be accentuated, starting from the premise of public interest supremacy. Certainly, despite its relevance, the subject is still little explored, which is why it will be analyzed in this article.

Key words: Effectiveness. Atypical executive measures. Public Treasury.

INTRODUÇÃO

O novo cenário processual civil brasileiro acentuou o papel do magistrado de promover o cumprimento das obrigações em homenagem à efetividade da tutela jurisdicional. Nesse trilhar, em observância a regra do artigo 139, IV, do Código de Processo Civil, as medidas executivas atípicas estão inseridas como viabilizadoras da concretização do direito. Seria possível a aplicação de medidas executivas atípicas em face da Fazenda Pública? Quais seriam os pressupostos?

Lado outro, imprescindível analisar as medidas executivas atípicas no intuito de se verificar se são adequadas para alcance de suas finalidades e se são realmente necessárias,

até porque tais medidas possuem caráter subsidiário, sendo aplicadas em casos de ineficiência das medidas executivas típicas.

Nesse contexto, levando-se em consideração as especificidades dos procedimentos executivos em face da Fazenda Pública, serão analisados os tipos de obrigação impostas ao Poder Público, que englobam desde a obrigação de pagar, obrigação de entregar coisa, de fazer e de não fazer, para melhor compreensão de aplicação das medidas atípicas nos respectivos contextos.

É certo que tais medidas devem ser consideradas com muita cautela pelo magistrado, sobretudo diante de um estado democrático de direito, garantidor do devido processo legal, inclusive, em termos substanciais, que exige uma contraprestação razoável, proporcional, e justa no âmbito dos processos judiciais.

1 PROCEDIMENTOS EXECUTIVOS

De início, antes de aprofundar o estudo das medidas executivas atípicas em face da Fazenda Pública, é importante esclarecer os pressupostos dos procedimentos de execução previstos no Código de Processo Civil, e os motivos pelo quais tais medidas se revelam como tendência jurídica.

Como se sabe o ponto de partida de qualquer execução é o título executivo, dotado de certeza, liquidez e exigibilidade conforme previsão do artigo 783. Ademais os procedimentos executivos têm por finalidade a satisfação do exequente, vez que o título representa uma forte probabilidade de seu direito que garante a segurança jurídica e permite a exigência direta do cumprimento de determinada obrigação. Nesse contexto, o Código dispõe sobre a ordem de preferência de penhora assentada no artigo 835.

Feitas essas primeiras considerações, vale ressaltar que o ordenamento jurídico elenca dois grupos distintos de títulos executivos: os títulos executivos judiciais e os títulos executivos extrajudiciais. Nesse contexto, o procedimento executivo fundado em títulos executivo judicial se releva mais simplificado. Aliás, é a sentença ou a decisão do juiz, que, na grande maioria das vezes, compõe o título executivo judicial, conforme no artigo 515.

Em se tratando de cumprimento de sentença em face da Fazenda Pública, o Código estabelece regras específicas para obrigação de pagar, de entregar coisa, de fazer e de não fazer. Os artigos 534e 535 apontam as diretrizes do cumprimento de obrigação de pagar, enquanto que os 536 e 538 apontam os procedimentos relacionados à obrigação de fazer e de não fazer e de entregar coisa. Em quaisquer dos casos a Fazenda pode apresentar impugnação.

Além disso, o cumprimento de sentença pode ter como objetivo uma execução provisória, decorrente do descumprimento de decisão interlocutória, ou definitiva, que inicia após o trânsito em julgado. Em ambos os casos a denominação legal para o procedimento é “cumprimento de sentença”.

Já a ordem preferêcia de penhora, relacionada a obrigação de pagar, disposta no artigo 835 não é aplicável à Fazenda Pública. “Isto porque os pagamentos feitos pela Fazenda Pública são despendidos pelo Erário, merecendo tratamento específico a execução intentada contra as pessoas jurídicas de direito público, a fim de adaptar as regras pertinentes a sistemática do precatório”. 181

Esta sistemática, por sua vez, está disposta no artigo 100 da Constituição Federal, que dispõe sobre a ordem cronológica de apresentação e ordem de preferêcia do pagamento de determinadas verbas, como as de caráter alimentar, previstas nos parágrafos do referido dispositivo.

Desde logo, fica destacado que em relação ao cumprimento provisório de obrigação de pagar, a previsão constitucional da exigência do trânsito em julgado para expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, não deve ser interpretado como um obstáculo para seu processamento, pois “tal exigência não impede a liquidação imediata”. 182 Entretanto, o pagamento voluntário apenas é facultado para requisição de pequeno valor. Nos demais casos, deve ser observada a ordem cronológica de pagamento, sob pena de sequestro dos valores conforme artigo 100, §6º da Constituição Federal.

Retomando a análise dos títulos executivos, os extrajudiciais, como o próprio nome sugere, possuem origem em relações extrajudiciais e estão dispostos no artigo 784. O procedimento previsto para execução em face da Fazenda está posto no artigo 910, que assim dispõe:

Art. 910. Na execução fundada em título extrajudicial, a Fazenda Pública será citada para opor embargos em 30 (trinta) dias. § 1º Não opostos embargos ou transitada em julgado a decisão que os rejeitar, expedir-se-á precatório ou requisição de pequeno valor em favor do exequente, observando-se o disposto no art. 100 da Constituição Federal. § 2º Nos embargos, a Fazenda Pública poderá alegar qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa no

181 CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 16. ed. Rio de Janeiro. Forense. 2019. p. 361.

182 CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 16. ed. Rio de Janeiro. Forense. 2019.

processo de conhecimento. § 3º Aplica-se a este Capítulo, no que couber, o disposto nos artigos 334 e 335.¹⁸³

Sabe-se que a Fazenda Pública será intimada para cumprimento da obrigação disposta no título executivo extrajudicial, podendo opor embargos em sua defesa, tomando por fundamento qualquer matéria cabível no processo de conhecimento. Desse modo, serão analisados os princípios norteadores da execução, que podem ser objeto de defesa da Fazenda Pública.

1.1 PRINCÍPIOS DA EXECUÇÃO

Sem olvidar, o estudo das execuções pressupõe a análise dos seus princípios norteadores. À vista disso, o presente tópico será dedicado ao estudo dos princípios da *nulla executio sine titulo*, *nulla titulus sine lege*, desfecho único, da disponibilidade, da patrimonialidade, da menor onerosidade, boa-fé e lealdade e da utilidade.

O princípio da *nulla executio sine titulo* esclarece o elemento essencial da execução, qual seja o título executivo. Aliás, como visto, o ordenamento jurídico brasileiro, faz distinção entre os títulos executivos judiciais e extrajudiciais. Já, o princípio da *nulla titulus sine lege*, como forma complementar ao princípio retromencionado, dispõe sobre a nulidade do título não constituído em lei.¹⁸⁴ Assim, para que haja execução necessária à existência prévia de um título executivo, que por sua vez, deve ser construído com fundamento nos pressupostos legais.

De outra forma, o princípio do desfecho único revela a diferença basilar entre o processo ou procedimento de execução e o processo de conhecimento. Ao interpretar este princípio compreende-se que a execução, ao contrário do processo de conhecimento, possui um único desfecho, qual seja, a satisfação do exequente. Entretanto, doutrinadores afirmam que tal princípio não se enquadra no novo ordenamento processual, já que, na prática, nem sempre o desfecho da execução será a satisfação do exequente.

Para a análise do princípio da disponibilidade, necessário observar o disposto no artigo 775. Tal dispositivo prevê o direito do exequente de desistir da execução no todo

¹⁸³ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 22 jul. 2022.

¹⁸⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Princípios da execução**. Disponível em <<http://www.professordanielneves.com.br/assets/uploads/novidades/201011151812300.principiosdaexecucao.pdf>> Acesso em 31 jul. 2022.

ou em parte, sem necessidade de aquiescência do devedor, ou seja, a execução é disponível ao exequente.

Em relação ao princípio da patrimonialidade entende-se que a execução só pode atingir o patrimônio. Este princípio é fruto de uma evolução histórica que parte da responsabilização pessoal até a patrimonial limitada que está firmada atualmente. Nesse interim, importante ressaltar que “os bens públicos são revestidos dos atributos da inalienabilidade e impenhorabilidade, motivo pelo qual se revela inoperante, em face da Fazenda Pública, a regra da responsabilidade patrimonial prevista no art. 789 do CPC.”¹⁸⁵

Em síntese, o princípio da menor onerosidade se revela como maior garantia do executado, pois dita a preferência de aplicação do meio menos oneroso para satisfação do débito. Outrossim, os princípios da boa-fé e lealdade corroboram com o dever de atuação cooperativa e leal dos sujeitos durante a prática de atos processuais.

Finalmente, o princípio da utilidade representa a necessidade de demonstração de obtenção de vantagem a ser recebida pelo exequente, pois o processo executivo deve necessariamente, lhe ser útil. O processo de execução não deve ser utilizado como meio meramente de vingança.

Feitas estas primeiras considerações, o próximo tópico será dedicado à análise das medidas executivas atípicas, tendo como premissa as medidas já aplicadas em casos concretos e a repercussão doutrinária e jurisprudencial sobre o tema.

2 MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS

O Código de Processo Civil, no capítulo intitulado “dos poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz”, regulamente, no primeiro capítulo, a possibilidade do juiz “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniárias”. Nota-se que da leitura do artigo, é possível extrair a desvinculação das medidas típicas.

Sobre o tema, a doutrina mais atual, a exemplo de Marcos Minami, justifica a aplicação das medidas executivas atípicas na vedação ao *non factibile* (não realizável), considerando-o como consequência lógica do *non liquet* e do devido processo legal. Aliás, este o doutrinador esclarece que a expressão *non factibile* é traduzida como algo “não

¹⁸⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 16. ed. Rio de Janeiro. Forense. 2019. p. 363.

factível”, ou seja, aquilo que não pode ser realizado, tendo sua proibição respaldado no princípio da efetividade. 186

A vedação ao *non liquet* gera uma consequência lógica. Em regra, não se pode admitir que o judiciário deixe de efetivar prestação certificada em uma decisão ou em título executivo extrajudicial com a justificativa de não ser possível essa realização – o que aqui se batiza de vedação ao *non factibile*. Proibir o *non liquet*, mas permitir o *non factibile* seria uma contradição. 187

O doutrinador Marcos Vinicius ressalta que o direito processual encontra-se num processo evolutivo, em que a satisfação da tutela jurisdicional está em evidência. Dessa maneira, o estudo dos meios coercitivos adquire cada vez mais relevância, isto não só no ordenamento jurídico brasileiro, como também na conjuntura internacional.

A evolução da ciência processual, contudo, presenciou, e ainda presencia uma fase de evolutiva e gradual valorização da coerção como forma de satisfazer as obrigações inadimplidas em execuções. Ao contrário de outros tempos, os ordenamentos jurídicos hodiernos incorporaram, no sentido normativo – e o Brasil é um exemplo disso –, as coerções como forma executiva autêntica, conferindo-lhes grande destaque e aplicabilidade. 188

Nesse meio tempo, necessário esclarecer a aplicação de medidas executivas atípicas está estritamente relacionada aos princípios constitucionais de forma a repelir a utilização de medidas desproporcionais, desarrazoadas e autoritárias.

Desta forma, entende-se que o poder genérico detido pelo magistrado que permite a aplicação de medidas executivas atípicas como “as astreintes; bloqueio de bens móveis, imóveis, de direito e de ativos financeiros; restrição de direitos ou prolação de

186 MINAMI, Marcos Youji. **Da vedação ao *non factibile* uma introdução às medidas executivas atípicas**. Salvador: JusPodvim. 2019. p. 128, 129.

187 MINAMI, Marcos Youji. **Da vedação ao *non factibile* uma introdução às medidas executivas atípicas**. Salvador: JusPodvim. 2019. p. 128.

188 BORGES, Marcos Vinícius Motter **Medias coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias: parâmetros para aplicação do art. 139, IV do CPC/2015**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil Revista dos Tribunais. 2019. p. 103.

decisões substitutivas da declaração de vontade”¹⁸⁹ não é ilimitado, pois é norteado pelos princípios da execução.

O fato de o legislador estabelecer que o juiz poderá determinar “todas” as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias, não pode significar uma autorização ilimitada (um “cheque em branco”) para que o magistrado determine medidas capazes de alcançar a liberdade pessoal do devedor, de forma desarrazoada.¹⁹⁰

Já as medidas sub-rogatórias, nas palavras de Daniel Amorim, são aquelas que “substituem a vontade do devedor pela vontade do Direito, gerando a satisfação independente da colaboração do devedor.”¹⁹¹

Diante da permanência do inadimplemento, a vontade do direito se estende a medidas não expressamente previstas em lei, de modo contribuir para efetividade jurisdicional. Aqui, fica registrada a ressalva quanto à aplicação de medidas ilhadas de princípios pertinentes ao direito executivo.

Como bem explica Marcos Vinícius “o que se persegue com a atividade executiva é a modificação na realidade fática, mediante a satisfação da obrigação inadimplida, e isso é da essência do conceito de execução”.¹⁹² Lado outro, na ótica deste doutrinador a execução não se restringe a medidas ausentes de colaboração do executado, visto que “reduzir o campo conceitual da execução forçada à medidas sub-rogatórias parece ir de encontro àquilo que tem evidenciado como tendência normativa moderna”.¹⁹³

Aliás, sobre a aplicação de medidas executivas atípicas, transcreve-se enunciado da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados.

¹⁸⁹ ROQUE, André Vasconcelos. **Em busca dos limites para os meios executivos atípicos: até onde pode ir o art. 139,IV do CPC/2015?** Medidas executivas atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 11. Salvador: JusPodivum. 2018. p.733.

¹⁹⁰ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Principais Julgados do STJ e STJ Comentados.** Salvador: Juspodivm. 2019. p. 861.

¹⁹¹ NEVES, Daniel Amorim de Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** 3. Ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm. 2018

¹⁹² BORGES, Marcos Vinícius Motter. **Medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias: parâmetros para a aplicação do art. 139, IV do CPC/2015.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil Revista dos Tribunais. 2019. p.103.

¹⁹³ BORGES, Marcos Vinícius Motter. **Medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias: parâmetros para a aplicação do art. 139, IV do CPC/2015.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil Revista dos Tribunais. 2019. p.103.

Enunciado 48 da ENFAM. O art. 139, IV do CPC/2015 traduz um poder geral de efetivação permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais.¹⁹⁴

Nesse momento, serão perseguidas as respostas dos questionamentos iniciais dessa do presente artigo: a apreensão de passaporte é medida atípica aplicável ao processo de execução? Tal medida pode configurar um retrocesso à responsabilização pessoal? Por quais razões? É possível determinar a prisão civil como medida executiva atípica? A suspensão de CNH é medida adequada ao procedimento executivo capaz de promover a satisfação da obrigação?

2.1 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

A análise jurisprudencial da aplicação de medidas executivas atípicas é essencial ao estudo do tema. Isto porque, os questionamentos acima formulados tiveram como parâmetro medidas utilizadas por magistrados na resolução de casos concretos.

Por esta razão, é primoroso elucidar que a análise das medidas executivas atípicas não poderá ser plenamente exaurida, uma vez ser impossível elencar todas as medidas atípicas. A propósito, é característica inerente às medidas executivas atípicas a possibilidade de modulação ao caso concreto, o que demonstra uma simbiose entre tais medidas e a práxis forense.

2.1.1 SOBRE A PRISÃO CIVIL

Como se sabe, a prisão civil apenas é permitida no Brasil no âmbito da execução de alimentos. Isto porque, apesar da legislação dispor sobre a possibilidade de prisão do depositário infiel, a adesão e recepção no ordenamento do Pacto de São José da Costa Rica com status de norma suprallegal impede a decretação de prisão do depositário infiel.

Sobre o tema, o Superior Tribunal Federal até editou a súmula vinculante de nº 25. Entretanto, há quem defenda a possibilidade de extensão da medida para assegurar o cumprimento das decisões judiciais.

Apesar disso, há quem defenda a possibilidade de utilização da prisão civil como medida coercitiva notadamente quando se

194 BRASIL. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Disponível em: < <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf> > Acesso em 11 nov. 2021.

restringe o conceito de dívida a obrigação de pagar quantia, porquanto estaria autorizada a prisão civil nos casos de obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa. Se o termo dívida for conceituado como obrigação civil de qualquer natureza, estaria vedada a prisão em qualquer hipótese. Há posições intermediárias como a de Sérgio Crus Arenhart, para quem o termo dívida da Constituição é utilizado no sentido de prestações com conteúdo obrigacional, porém, seria possível a determinação da prisão civil como medida para forçar o cumprimento das decisões judiciais que se relacionem à proteção de direito não-obrigacionais, posto que o que estaria em jogo seria o poder de império do Estado. 195

Ao contrário do que defende determinadas correntes doutrinárias, a aplicação da prisão civil como medida executiva não deve ser admitida, pois caso contrário restaria configurado o retrocesso à responsabilização pessoal em que o executado paga sua dívida com sua liberdade. Ademais, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a prisão por crime de desobediência não se aplica ao descumprimento de ordem judicial no âmbito cível.

Nesse contexto, torna-se razoável concluir que para as demais execuções civis a prisão se revela como medida desproporcional, por violar o direito fundamental à liberdade. Porquanto, percebe-se que a prisão civil jamais pode ser admitida como medida executiva atípica.

Seguindo essa minha linha de raciocínio, os itens a seguir serão analisados sob a ótica da ponderação de direitos. Na verdade, a linha tênue existente entre as medidas executivas atípicas e os direitos fundamentais será posta em destaque, levando-se em consideração a ascensão da efetividade da tutela jurisdicional, fato que corrobora para robustecer as discussões sobre tema.

2.1.2 APREENSÃO DE PASSAPORTE PODE APLICADA COMO MEDIDA EXECUTIVA?

O passaporte é o instrumento que possibilita a entrada e a saída das pessoas em um determinado país, e como tal revela “uma das facetas mais evidentes do direito de ir e

195 PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; SOARES, Patrícia de Almeida Montalvão; PEIXOTO, Renata Cortex Vieira. **Das medidas atípicas de coerção contra o Poder Público**. Medidas executivas atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 11. Salvador: JusPodivum. 2018.

vir". 196 Por sua vez, o direito de ir e vir está compreendido no conceito de liberdade e mais especificamente no conceito de liberdade de locomoção.

A Constituição da República Federativa do Brasil ao deliberar sobre o direito à liberdade dispõe do instrumento processual do *habeas corpus*, nos termos do artigo 5º, LXVIII "conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder".

O Supremo Tribunal Federal, no recente julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 97.876-SP, reconheceu o HC via processual adequada para análise da aplicação da medida executiva atípica de retenção de passaporte.

O acautelamento de passaporte é medida que limita a liberdade de locomoção, razão pela qual pode, no caso concreto, significar constrangimento ilegal e arbitrário, sendo o *habeas corpus* via processual adequada para essa análise. Isso vale não apenas para decisões criminais como também cíveis. 197

O mesmo tribunal, em seus entendimentos, adota como requisito para aplicação de medidas atípicas a fundação da decisão, como forma de proporcionar o contraditório. Isto porque, as medidas executivas atípicas são um tanto inesperadas ao executado, por estarem fora do rol de procedimentos típicos.

Ademais, as medidas executivas atípicas não podem constituir meio de vingança, vez que o objeto da sua aplicação é o de alcançar a efetividade das decisões judiciais. Por tais razões, as medidas executivas atípicas possuem caráter excepcional.

Para que o julgador se utilize de meios executivos atípicos a decisão deve ser fundamentada e sujeita ao contraditório, demonstrando-se a excepcionalidade da medida adotada em razão da ineficácia dos

196 CARRERA, Guilherme Sarri; ABREU, Vinicius Caldas de Gama. **Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas nominadas.** Medidas executivas atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 11. Salvador: JusPodivum. 2018. p. 261.

197 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso em Habeas Corpus 97.876-SP. Recorrente: Jair Nunes de Barros. Recorrido: Estado de São Paulo. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. São Paulo, julgado em 05/06/2018 (Info 631). Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/611423833/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-97876-sp-2018-0104023-6/inteiro-teor-611423848>>. Acesso em 11 nov. 2021.

meio executivos típicos, sob pena de configurar-se como sanção processual. 198

A razoabilidade e a proporcionalidade precisam estar evidenciadas no contexto das medidas atípicas. Não há que se falar em caráter arbitrário, nem tão pouco desnecessário, a ponto de restringir o direito fundamental do direito de ir e vir, ou quaisquer outro direito. Por esta razão, a apreensão de passaporte foi entendida como medida inaplicável, a ser afastada pelos aplicadores do direito.

Revela-se ilegal e arbitrária a medida coercitiva de suspensão do passaporte proferida no bojo de execução por título extrajudicial (duplicata de prestação de serviço), por restringir direito fundamental de ir e vir de forma desproporcional e não razoável. Não tendo sido demonstrado o esgotamento dos meios tradicionais de satisfação, a medida não se comprova necessária.199

Lado outro, o mesmo raciocínio não deve ser estendido a todas as medidas executivas atípicas, isto porque em cada caso diferentes tipos de direitos fundamentais entrarão em choque, razão pela qual será analisada a suspensão da carteira nacional de habilitação como meio forçoso do cumprimento da obrigação.

2.1.3. A SUSPENSÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO COMO MEDIDA EXECUTIVA ATÍPICA

Como ponto de partida, vale mencionar o posicionado adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso em Habeas Corpus 99.606/SP. Na ocasião o tribunal esclareceu que a medida de suspensão da Carteira Nacional de Habilitação não fere o direito de ir e vir e por tal razão não poderia ser objeto de análise daquele remédio constitucional.

A suspensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) não configura ameaça ao direito de ir e vir do titular. Isso porque mesmo com a

198 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso em Habeas Corpus 97.876-SP. Recorrente: Jair Nunes de Barros. Recorrido: Estado de São Paulo. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. São Paulo, julgado em 05/06/2018 (Info 631). Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/611423833/recurso-ordinario-em-habeas-corporis-rhc-97876-sp-2018-0104023-6/inteiro-teor-611423848>>. Acesso em 11 nov. de 2021.

199 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso em Habeas Corpus 97.876-SP. Recorrente: Jair Nunes de Barros. Recorrido: Estado de São Paulo. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. São Paulo, julgado em 05/06/2018 (Info 631). Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/611423833/recurso-ordinario-em-habeas-corporis-rhc-97876-sp-2018-0104023-6/inteiro-teor-611423848>>. Acesso em 11 nov. 2021.

decretação da medida, o sujeito continua com a liberdade de ir e vir, para todo e qualquer lugar, desde que não o faça como o condutor do veículo. 200

Nota-se que não houve aprofundamento sobre a legalidade da aplicação da suspensão da carteira nacional de habilitação como medida executiva, não havendo apreciação de mérito do recurso.

Do mesmo foi o entendimento exaurido no julgamento do Recurso em Habeas Corpus 97.876-SP, ficando estabelecido que “a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação não configura dano ou risco potencial direto e imediato à liberdade de locomoção do paciente, devendo a questão ser, pois, enfrentada pelas vias recursais próprias.” 201

Por tais motivos, não se pode afirmar que o Superior Tribunal de Justiça rejeita a possibilidade de aplicação da suspensão da carteira nacional de habilitação como medida executória.

2.2 REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DE MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS

Em conformidade com o entendimento dos tribunais superiores, o teor do Enunciado 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), descreve os requisitos de aplicação das medidas executivas atípicas, quais sejam, a subsidiariedade e a observância ao contraditório.

Enunciado 12 do FPPC. A aplicação de medidas atípicas subrogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório,

200 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso em Habeas Corpus 99.606-SP. Recorrente: Arnaldo Rodrigo Cosato. Recorrido: Celi José da Silva. Relator: Ministra. Nancy Andrighi. São Paulo, julgado em 13/11/2018. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/218086337/stj-20-11-2018-pg-941>>. Acesso em 12 nov. 2021.

201 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso em Habeas Corpus 97.876-SP. Recorrente: Jair Nunes de Barros. Recorrido: Estado de São Paulo. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. São Paulo, julgado em 05/06/2018 (Info 631). Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/611423833/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-97876-sp-2018-0104023-6/inteiro-teor-611423848>>. Acesso em 11 nov. 2021.

ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, §1º, I e II.
202

Desta forma, razoável compreender que o elemento da subsidiariedade é essencial à aplicação das medidas executivas atípicas, restando apenas esclarecer sobre a possibilidade de aplicação de tais medidas *ex officio* pelo magistrado.

Sem sobre de dúvidas, o maior interessado no processo de execução é o exequente, sendo dele, essencialmente, a função de requerer e zelar pelo cumprimento da obrigação. Dessa forma, agir de ofício, mesmo que observados os fins sociais, as exigências do bem comum, a proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência, dispostas no artigo 8º do Código de Processo Civil, nem sempre representa a efetividade que tanto se almeja.

Até porque o magistrado deve agir com cautela quando da aplicação de medidas executivas atípicas, vez que o executado poder ser atingido por “qualquer” medida. Como visto nos tópicos anteriores, apesar do “aumento” dos poderes do juiz, existem parâmetros a serem observados de forma repelir interpretações demasiadamente ampliadas do artigo 319, IV do Código de Processo Civil, evitando um retrocesso à responsabilização pessoal do devedor que pagava o débito com sua própria liberdade ou vida.

3 EXECUÇÃO EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

A Fazenda Pública, nos dizeres de Leonardo da Cunha “representa a personificação do Estado, abrangendo as pessoas jurídicas de direito público”.²⁰³ Em se tratando de processos judiciais, a expressão é utilizada para se referir aos entes da administração pública direta, as autarquias e fundações, empresas públicas e sociedade de economia mista que desempenham serviço público, agências reguladoras, consórcios sob a forma de associação pública e conselhos de fiscalização de profissão.²⁰⁴

Partindo-se da premissa que são três ou quatro modalidades de execução em face da Fazenda Pública, a aplicação de medidas executivas atípicas num cenário de execução de quantia certa não faz muito sentido, já que as regras previstas no artigo 792 do Código de Processo Civil que dispõe sobre a ordem de preferência de penhora não se aplicam à

202BRASIL. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>> Acesso em: 02 dez. 2021.

203 CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 16. ed. Rio de Janeiro. Forense. 2019. p. 2.

204 PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; SOARES, Patrícia de Almeida Montalvão; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. **Das medidas atípicas de coerção contra o Poder Público**. Medidas executivas atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 11. Salvador: JusPodivum. 2018. p. 142.

Fazenda Pública. “Quando a Fazenda Pública é o executado, todas essas regras não têm aplicação, pois os bens públicos são, em geral, impenhoráveis e inalienáveis”.²⁰⁵

Acrescente-se o fato de que a existência de procedimentos específicos ao recebimento de valores devidos pela Fazenda (precatório e requisição de pequeno valor – RPV) obsta a aplicação de medidas executivas atípicas.

Lado outro, isso não significa dizer que inexistente possibilidade de aplicação de medidas atípicas em face da União, estados, DF e municípios, etc, não sendo razoável concluir precipitadamente sobre a restrição da aplicação somente às medidas típicas.

As grandes discussões sobre o tema giram em torno dos possíveis prejuízos suportados pela sociedade. É que as medidas executivas em face da Fazenda possuem imensa potencialidade de atingir terceiros. Aliados a esta circunstância, as prerrogativas do poder público ganham evidência, principalmente no que se refere à supremacia do interesse público sob o particular.

As prerrogativas conferidas por lei à Fazenda Pública não devem, portanto, ser encaradas como privilégios, já que o tratamento diferenciado tem uma razão de ser – proteção do interesse público – e atende plenamente à ideia de isonomia processual. Se há desigualdade entre os polos de uma relação processual, desigualmente devem ser tratados pelo legislador, razão pela qual é plenamente justificado que exista, no texto constitucional, no novo CPC ou em outras leis esparsas, um regime diferenciado para a atuação da Fazenda Pública em juízo.²⁰⁶

Nesse meio tempo, vale ressaltar que a regra do artigo 139, IV do Código de Processo Civil não faz qualquer ressalva quanto sua aplicabilidade em face do poder público, razão pela qual serão analisadas algumas medidas executivas atípicas que podem ser adotadas em face da Fazenda Pública.

3.1 INOVAÇÕES DA EXECUÇÃO PREVISTAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

²⁰⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 16. ed. Rio de Janeiro. Forense. 2019. p. 361.

²⁰⁶ PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; SOARES, Patrícia de Almeida Montalvão; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. **Das medidas atípicas de coerção contra o Poder Público**. Medidas executivas atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 11. Salvador: JusPodivum. 2018. p. 143.

O Código de Processo Civil de 2015 inovou o ordenamento jurídico quanto às particularidades executivas, ao permitir, em sede de processo de execução, por exemplo, a inclusão do nome dos executados, por determinação do juiz, no cadastro de inadimplentes. Ademais, o procedimento da penhora online restou mais detalhado. Tal diplomada pôs fim aos embargos à arrematação (embargos de 2ª fase), prevendo ainda, de modo expresso, a prescrição intercorrente.

Entretanto, as mudanças mais significativas dizem respeito à ampliação dos meios executivos atípicos e a possibilidade de negócios jurídicos processuais (art. 190 do Código de Processo Civil). Isso porque, a complexidade dos processos executivos e o alto congestionamento requerem resultados mais eficientes, permitindo a aplicação de meios não expressamente previstos em lei.

A complexidade das relações processuais, em especial as de cunho executório, que apresentam os maiores índices de congestionamento, exige que sejam dadas respostas mais rápidas e específicas para fazer frente aos variados e imprevisíveis obstáculos que se apresentam. Por conseguinte, um disciplinamento normativo mais aberto da atividade executória confere maior capacidade de adequação processual às necessidades do caso concreto.²⁰⁷

Isso se explica em virtude das especificações de cada caso concreto que podem não encontrar respostas eficazes nos mecanismos executivos tradicionais. “Sob esse fundamento, o Código possui dispositivos normativos que estabelecem uma espécie de poder geral de efetivação”.²⁰⁸

Nesse interim, surge a necessidade de se debruçar sobre a possibilidade de aplicação das medidas executivas atípicas em cada tipo de obrigação imposta ao poder público.

3.2. OBRIGAÇÃO DE PAGAR DA FAZENDA PÚBLICA

Sobre a obrigação de pagar, conforme analisado nos itens anteriores, vale evidenciar a inaplicabilidade da ordem preferencial de penhora em face da Fazenda Pública. A justificativa para tal se dá em razão da inalienabilidade e impenhorabilidade dos bens públicos.

207 ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. **A utilização da prisão civil como meio executório atípico.** Medidas executivas atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 11. Salvador: JusPodivum. 2018. p. 95.

208 ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. **A utilização da prisão civil como meio executório atípico.** Medidas executivas atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 11. Salvador: JusPodivum. 2018. p. 95.

Não há, como já visto, penhora nem apropriação ou expropriação de bens para alienação judícia, a fim de satisfazer o crédito executado. Isso porque os bens públicos são inalienáveis e impenhoráveis. Dai por que a execução é especial, resultando, ao final na expedição de precatório o requisição de pequeno valor. 209

O Código Civil elenca no artigo 99 os bens públicos distinguindo-os em três categorias, sendo elas as uso comum do povo, de uso especial, e dominicais. A discussão mais fervorosa recai sobre a possibilidade de penhora dos bens dominicais, por serem bens alienáveis. Contudo, em razão da vedação constitucional permanece a regra da impenhorabilidade de todos os bens públicos, inclusive dos bens dominicais.

Nesse trilhar, o artigo 100 da Carta Magna dispõe sobre o procedimento a ser observado para de recebimento de valores executados, ora distintos em quantias menores (requisição de pequeno valor) ou na forma de precatório.

O enquadramento constitucional deste procedimento traduz uma maior isonomia entre os credores, de forma a distanciar a aplicação das medidas executivas atípicas. Através desses procedimentos o credor pode fiscalizar o pagamento, cobrar e garantir a efetividade de seu crédito.

Por outro lado, a aplicação de medidas executivas atípicas tem como principal fundamento a efetividade da tutela jurisdicional, ou se justiça em termos substanciais, sendo inviável sua aplicação para preterição de um credor em desfavor dos demais. Nesse contexto, frisa-se que a Fazenda Pública ainda é protegida pela supremacia do interesse público em face do particular.

3.3. OBRIGAÇÃO DE FAZER, DE NÃO FAZER E DE ENTREGAR COISA DA FAZENDA PÚBLICA

A obrigação de entregar coisa é executada conforme regra do artigo 538 do Código de Processo Civil. Já a obrigação de fazer e de não fazer terá cumprimento de acordo com o disposto no artigo 536 do mesmo código. Estas últimas modalidades de execução não se submetem ao regime de precatórios, e por consequência aplica-se, sem distinções, à Fazenda Pública.

Em se tratando de descumprimento das obrigações, Leonardo da Cunha esclarece que “o agente o público responsável pelo cumprimento da ordem judicial deve responder

209 CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 16. ed. Rio de Janeiro. Forense. 2019. p. 365.

tanto pelas *astreintes* (CPC, art. 536, §1º) como por aquela prevista no §2º do art. 77 do CPC”.²¹⁰ Nesse contexto, há quem sustente a possibilidade de prisão de agentes públicos no tocante ao descumprimento de obrigações de natureza alimentar ou de conteúdo não obrigacional, relativos à, por exemplo, proteção ao meio ambiente, a propriedade intelectual.

Não há como determinar a prisão de natureza penal por crime de desobediência em relação aos agentes públicos e somente se revela possível a determinação da sua prisão civil em casos de descumprimento de obrigações de natureza alimentar, o que inclui prestações de natureza previdenciária e a remuneração de servidores públicos ou de deveres com conteúdo não obrigacional.²¹¹

Aliás, partindo-se do pressuposto de que não há impedimentos legais para aplicação de medidas atípicas em face da Fazenda Pública, doutrinadores apontam a suspensão e cancelamento de eventos públicos como medida executiva alternativa.²¹² Porém em se tratando de obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa, que podem ser convertidas em perdas e danos, deve ser observada a regra constitucional de recebimento de valores através de precatório ou, a depender do quanto, requisição de pequeno valor.

Nos casos em que o grave prejuízo à parte é evidente, a aplicação do sequestro de verbas públicas tem se demonstrado como medida atípica razoável. Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça reconhece a aplicabilidade da medida para concessão de medicamento ou realização de procedimento cirúrgico.

A questão chegou ao Superior Tribunal de Justiça por meio de recurso especial repetitivo (RESP 1.069.810) havendo se firmado o entendimento de que é possível sim o bloqueio de verbas públicas, em situações excepcionais, quando se vislumbrar a urgência e a

210 CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 16. ed. Rio de Janeiro. Forense. 2019. p. 434.

211 PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; SOARES, Patrícia de Almeida Montalvão; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. **Das medidas atípicas de coerção contra o Poder Público**. Medidas executivas atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 11. Salvador: JusPodivum. 2018. p. 153.

212 PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; SOARES, Patrícia de Almeida Montalvão; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. **Das medidas atípicas de coerção contra o Poder Público**. Medidas executivas atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 11. Salvador: JusPodivum. 2018. p. 153.

imprescindibilidade de sua prestação, além do amparo constitucional no direito fundamental à saúde.²¹³

Do mesmo modo, em se tratando de obrigações de fazer e de não fazer não conversíveis em perdas e danos, como nos casos de nomeação ou exoneração de servidor público, da obrigação de construir uma escola, um hospital ou adoção de uma política pública, a aplicação de medidas atípicas pode proporcionar maior efetividade às obrigações, pois aqui a satisfação não se resume ao prejuízo ou lucro das partes, mas a materialização de direito à educação, ao trabalho, a saúde, que devem ser levados em consideração pelo magistrado para aplicação de medidas proporcionais à obrigação exequenda.

Como sugestão de medida executiva atípica, se refere ao direcionamento da execução para os bens particulares do gestor público. Sabe-se que este que sempre foi feito de forma assistemática, inclusive com discussão se seria possível ou não. Sobre este ponto, faz sentido equiparar a uma espécie de desconsideração da personalidade jurídica, trazendo maior racionalidade e previsibilidade, além de garantir o contraditório ao terceiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O alto índice de insatisfação das execuções, que decorre principalmente da utilização de procedimentos executivos tradicionais, aliados a ascendência da efetividade da tutela jurisdicional como direito fundamental impulsionam a aplicação de medidas executivas atípicas como forma de proporcionar o cumprimento das obrigações.

Em se tratando de execução contra a Fazenda Pública, este fato não poderia ser diferente. Afirma-se isto, pois apesar da então impossibilidade de aplicação de medidas atípicas em detrimento de procedimento constitucionalizado para recebimento de valores pagos pela Fazenda (precatório e requisição de pequeno valor) não se pode descartar sua aplicação para as demais modalidades de obrigação.

A suspensão ou cancelamento de evento público, o sequestro de verbas públicas, e até mesmo o direcionamento dos procedimentos executivos aos bens particulares do agente público, são medidas que, a depender do caso concreto, podem ser aplicadas em desfavor da Fazenda Pública.

²¹³ PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; SOARES, Patrícia de Almeida Montalvão; PEIXOTO, Renata Cortex Vieira. **Das medidas atípicas de coerção contra o Poder Público**. Medidas executivas atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 11. Salvador: JusPodivum. 2018. p. 154.

Desta forma, razoável concluir que as medidas executivas atípicas previstas no artigo 139, IV do Código de Processo Civil, encontram respaldo legal no ordenamento jurídico brasileiro para permitir sua aplicação em desfavor da Fazenda Pública, seja na execução de obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. **A utilização da prisão civil como meio executório atípico.** Medidas executivas atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 11. Salvador: JusPodivum. 2018.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

BRASIL. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>

BRASIL. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso em Habeas Corpus 97.876-SP. Recorrente: Jair Nunes de Barros. Recorrido: Estado de São Paulo. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. São Paulo, julgado em 05/06/2018 (Info 631). Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/611423833/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-97876-sp-2018-0104023-6/inteiro-teor-611423848>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso em Habeas Corpus 99.606-SP. Recorrente: Arnaldo Rodrigo Cosato. Recorrido: Celi José da Silva. Relator: Ministra. Nancy Andrighi. São Paulo, julgado em 13/11/2018. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/218086337/stj-20-11-2018-pg-941>>.

BORGES, Marcos Vinícius Motter. **Medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias: parâmetros para a aplicação do art. 139, IV do CPC/2015.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil Revista dos Tribunais. 2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Principais Julgados do STJ e STF Comentados**. Salvador: Juspodivm. 2019.

CARRERA, Guilherme Sarri; ABREU, Vinicius Caldas de Gama. **Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas**. Medidas executivas atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 11. Salvador: JusPodivum. 2018.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 16. ed. Rio de Janeiro. Forense. 2019.

MINAMI, Marcos Youji. **Da vedação ao *non factibile* uma introdução às medidas executivas atípicas**. Salvador: JusPodivm. 2019.

NEVES, Daniel Amorim de Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm. 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Princípios da execução**. Disponível em <<http://www.professordanielneves.com.br/assets/uploads/novidades/201011151812300.pri ncipiosdaexecucao.pdf>> Acesso em 31 out. 2019.

PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; SOARES, Patrícia de Almeida Montalvão; PEIXOTO, Renata Cortex Vieira. **Das medidas atípicas de coerção contra o Poder Público**. Medidas executivas atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 11. Salvador: JusPodivum. 2018.

ROQUE, André Vasconcelos. **Em busca dos limites para os meios executivos atípicos: até onde pode ir o art. 139,IV do CPC/2015?** Medidas executivas atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 11. Salvador: JusPodivum. 2018.

A INVISIBILIDADE DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E A PROTEÇÃO JURÍDICA DA MULHER NO BRASIL

SUELEM CRISTINA MARQUES DA SILVA:
Acadêmica de Direito da Universidade Federal do Amazonas (UFAM).

Resumo: O presente artigo tem como objetivo tratar sobre a violência obstétrica buscando dar enfoque à importância da tipificação dessa conduta no Código Penal. Busca realizar uma análise qualitativa dos institutos jurídicos de combate à violência de gênero e explicitar a necessidade de maior atenção da União Federal quanto às peculiaridades presentes nos casos de violência obstétrica, com observância das características e dos direitos das gestantes, parturientes e puérperas no ambiente médico-hospitalar.

Palavras-Chave: Violência Obstétrica. Tipificação. Código Penal. União Federal. Direitos das Gestantes, Parturientes e Puérperas. Ambiente Médico-Hospitalar.

Abstract: This article aims to deal with obstetric violence, seeking to focus on the importance of typifying this conduct in the Penal Code. It seeks to carry out a qualitative analysis of the legal institutes to combat gender violence and to explain the need for greater attention from the Federal Union regarding the peculiarities present in cases of obstetric violence, with observance of the characteristics and rights of pregnant, parturient and postpartum women in the medical environment.

Keywords: Obstetric Violence. Typifying. Penal Code. Federal Union. Rights of Pregnant, Parturient and Postpartum Women. Medical Environment.

Sumário: 1. Introdução. 2. Os direitos das mulheres gestantes, parturientes e puérperas. 2.1. O princípio da igualdade e o direito à não discriminação. 2.2. O princípio da autonomia do paciente. 3. A violência obstétrica e suas formas. 3.1. Prática desnecessária de episiotomia. 3.2. Uso indiscriminado de ocitocina. 3.3. Imposição de cirurgia cesariana. 3.4. Prática da manobra de Kristeller. 4. A proteção jurídica de gênero das mulheres no Brasil. 4.1. A ausência de Lei Federal sobre violência obstétrica. 4.1.1. O caso Alyne v. Brasil. 4.2. As Legislações Estaduais sobre violência obstétrica. 4.3. O posicionamento das autoridades de saúde no Brasil. 4.4. O atual entendimento jurisprudencial. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução.

O ciclo gravídico-puerperal é um dos momentos mais delicados na vida de uma mãe. Por isso, é indeclinável, em ocasiões como essa, a presença de uma assistência

acolhedora, segura, qualificada, respeitosa e humanizada que oportunize o desenvolvimento saudável da mãe e do feto. Entretanto, nos últimos anos, tem se tornado cada vez mais comuns relatos de pacientes que foram destratadas, humilhadas e violadas de diferentes formas dentro do ambiente médico-hospitalar.

As mulheres são vítimas de xingamentos, ameaças, discriminações raciais e socioeconômicas, agressões físicas e torturas psicológicas por parte de profissionais da saúde. Segundo o levantamento “Nascer no Brasil” realizado pela Fundação Instituto Oswaldo Cruz (FIOCRUZ), 45% (quarenta e cinco por cento) das mulheres brasileiras que utilizam o Sistema Único de Saúde (SUS) são vítimas de violência obstétrica (VO), enquanto na rede privada esse índice é de 30% (trinta por cento).

A violência obstétrica é uma ramificação da violência de gênero e é considerada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) uma ofensa aos direitos humanos. Esse tipo de violação pode se dar de diversas maneiras: negligência, omissão do atendimento, tratamento hostil, ameaças, gritos, humilhação intencional, assédio sexual, estupro, intervenções no parto contraíndicadas, indução de cirurgia cesariana, proibição do direito ao acompanhante, uso excessivo de medicamentos, entre outras.

A falta de informação e o medo de perguntar são um dos principais fatores para a perpetuação da violência obstétrica. É comum que as mulheres aceitem algumas condutas por não possuírem conhecimento suficiente sobre o assunto e, assim, estão inaptas a associar que certos tipos de comportamento caracterizam violência e devem ser notificados às autoridades competentes.

É comum também que médicos e enfermeiros mintam sobre o real estado de saúde da paciente com o intuito de induzir à processos mais céleres. Assim, há uma grave perda de autonomia das mulheres que, nessas situações, não conseguem decidir sobre seus corpos com a clareza necessária.

Os dados brasileiros sobre violência obstétrica assustam. O Brasil é um dos líderes do ranking mundial de cirurgias cesarianas com cerca de 55%, quando o recomendado pela OMS é de 10 a 15%. Em 2021, a cada 100 mil nascimentos, 107 mães morreram durante ou após o parto por causas consideradas evitáveis. No mesmo ano, cerca de 12,4% a cada mil recém-nascidos não sobreviveram ao parto.

Em um recorte social ampliado, constata-se que mulheres negras, pobres, adolescentes, sem acompanhante ou sem pré-natal, prostitutas, usuárias de drogas, em situação de rua ou de encarceramento são ainda mais expostas a esses tipos de violações.

Ou seja, o ambiente médico-hospitalar não está imune às discriminações interseccionais de forma que a palavra das vítimas ser ouvida se torna uma tarefa árdua.

Apesar de no Brasil já existirem institutos jurídicos de proteção aos direitos das mulheres, é importante observar que as condutas que caracterizam violência obstétrica e as peculiaridades do estado físico e psicológicos das gestantes, parturientes e puérperas não se aproximam das condutas tipificadas no Código Penal.

Por isso, é imprescindível que esse tema tenha mais visibilidade e possa ser tratado como um problema de saúde pública mundial. No Brasil, é essencial que haja mais estudos sobre o assunto, de modo a reivindicar os direitos fundamentais das mulheres através da tipificação concreta de tal instituto e a consequente responsabilização dos envolvidos.

2. Os direitos das mulheres gestantes, parturientes e puérperas.

2.1. O princípio da igualdade e o direito à não discriminação.

A Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, dispõe que todos possuem o direito de receber o mesmo tratamento, vedando situações de discriminações ou diferenciações seja por etnia, raça, gênero, cor, orientação sexual ou situação socioeconômica. Logo, há uma clara tentativa da norma constitucional de diminuir as diferenças entre a população.

No que concerne os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, apesar de na teoria haver mecanismos que combatam o tratamento desigual, na prática ainda há uma enorme subjugação derivada da cultura patriarcal e que deságua nos abusos obstétricos.

A máxima do princípio da igualdade é que os iguais devem ser tratados de forma igual e os desiguais devem receber tratamentos desiguais nas medidas de suas desigualdades. Mas o que se percebe nos ambientes médico-hospitalares é um ataque à dignidade das mulheres, principalmente as negras e pobres.

Apesar dos pequenos avanços quando comparado com épocas passadas, ainda é visível atualmente a instrumentalização de mulheres que, infelizmente, não estão sendo protegidas em sua completude pelo Governo Federal.

2.2. O princípio da autonomia do paciente.

No contexto da ética médica, para que haja autonomia, ou seja, capacidade de se autogovernar é preciso que exista conhecimento sobre os objetivos e as consequências de determinada ação. Isso significa que só é possível que um paciente consinta de forma livre

e esclarecida sobre um procedimento ou atitude se houver informação suficiente ao alcance dele.

É certo que a nível de tecnicidade não é possível equiparar a capacidade entendimento de um paciente leigo com a de um profissional da área de saúde. Mas é necessária a criação de um ambiente informativo que trate dos pontos importantes dos procedimentos com os pacientes, de forma a dá-los o direito de escolha.

É inadmissível, em qualquer contexto, que um paciente seja persuadido ou até mesmo engano para que o tratamento realizado seja aquele da escolha do médico. É preciso que se reforce o papel do paciente como agente principal de seu próprio tratamento e não como mero coadjuvante, que se encorajam as perguntas e o poder de decisão com base em suas próprias crenças e valores.

O Código de Ética Médica Brasileiro em seus artigos 22, 24 e 31 dispõe que *“é vedado ao médico deixar de obter consentimento do paciente ou se seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado; deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo; e desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte”*. Ou seja, é obrigação ética do médico adotar o modelo participativo e valorizar a autonomia do paciente.

No contexto obstétrico não é diferente. As mulheres possuem o direito de serem informadas sobre os riscos e vantagens de todas os procedimentos disponíveis e possibilidades de parto. No entanto, não é incomum relatos de mulheres que foram obrigadas e coagidas a realizar certos tipos de condutas que não possuíam conhecimento cristalino e específico sobre, por conta de uma simples comodidade médica.

Por isso, é urgente que se dê prioridade à maior qualidade de interação entre a parturiente e seus cuidadores, de forma a favorecer a autonomia da mulheres antes, durante e após o trabalho de parto, fornecendo informações coerentes, claras e embasadas em evidências científicas para que haja uma escolha consciente.

3. A violência obstétrica e suas formas.

O termo “violência obstétrica” (VO) é relativamente novo e pouco explorado. É, de certo, um problema recorrente, mas que não é bastante difundido na sociedade por conta da perpetuação da cultura e dos costumes patriarcais.

A violência obstétrica pode ser entendida como o desrespeito à mulher, à sua autonomia, ao seu corpo e aos processos reprodutivos durante a gestação, o parto e o pós-parto. Essas violações podem se manifestar de forma verbal, física, sexual, pela adoção de intervenções e procedimentos não autorizados, desnecessários e/ou sem evidência científica.

Existem algumas maneiras mais explícitas de condutas que manifestam abusos dentro do ambiente hospitalar, como xingamentos, humilhações, discriminações e violações de cunho sexual.

Mas a violência obstétrica também pode se dar de formas mais mascaradas e até invisíveis aos olhos das gestantes e da população em geral. Alguns exemplos são: episiotomia e ocitocina sem necessidade, imposição de cirurgia cesariana, manobra de Kristeller, proibição de acompanhante ou doula, negativa de analgesia ou anestesia, privação de contato com o bebê após o nascimento, entre outras. Por essa razão, é necessário que o olhar jurídico se volte especificamente para os abusos procedimentais no ambiente hospitalar.

3.1. Prática desnecessária de episiotomia.

A episiotomia é um corte cirúrgico no períneo – conjunto de músculos próximos a vulva e ao ânus – com o intuito de ampliar a passagem do bebê no parto. Segundo pesquisa realizada pela FIOCRUZ em 2011, no Brasil a prática rotineira de episiotomia chega a 53,5% em todo o país e em quase 75% das primíparas.

A própria passagem do bebê pelo canal vaginal é capaz de causar lacerações na musculatura da região. Sendo assim, é desnecessário que, propositalmente, os médicos realizem lacerações grau 2 nas mulheres, que possuem alta possibilidade de complicações, como o surgimento de hematomas e infecções, sem que a situação caracterize extrema urgência.

Já em 1996, a OMS classificava a episiotomia como uma prática prejudicial e desnecessária que deveria ser extinta. No entanto, os índices no Brasil continuam alarmantes.

3.2. Uso indiscriminado de ocitocina.

A ocitocina é um hormônio produzido pelo hipotálamo. No parto, ela é usada na sua forma sintética para acelerar e abreviar o processo, de forma a aumentar a intensidade das dores e das contrações do útero.

A administração indiscriminada dessa substância em partos que evoluem normalmente ou se a dose for excessiva leva a um superestímulo uterino com a possibilidade de causar sofrimento fetal e até morte. A OMS também já se posicionou sobre essa prática não a recomendando. Apesar disso, a pesquisa “Nascer no Brasil” aponta que em 38,2% dos partos foi utilizada a ocitocina, mesmo o risco sendo considerado habitual.

3.3. Imposição de cirurgia cesariana.

Sabe-se que a cirurgia cesariana é um alternativa ao parto vaginal que deve ser recomendada em casos específicos de urgência. Dados divulgados pelo Ministério da Saúde mostraram que a taxa de operação cesariana chegou a 56% em 2015, sendo 40% no sistema público e 85% na rede privada.

Esse número excessivo é considerado alarmante quando se leva em conta que a recomendação da OMS é de uma taxa de cesáreas que atinja no máximo 15% da população geral.

Essa epidemia de cesarianas no Brasil é uma tentativa perigosa de abreviação do trabalho de parto que acaba por retirar o poder de escolha das futuras mães, já que elas em sua maioria ocorrem de forma eletiva e sem fatores de risco que a justifiquem.

3.4. Prática da manobra de Kristeller.

A manobra de Kristeller consiste em uma técnica em que é realizada uma pressão externa no fundo uterino da mulher durante o período expulsivo. Esse mecanismo tem como objetivo encurtar o trabalho de parto, mas pode acabar causando danos maternos e fetais, por isso ele já foi banido pela OMS e pelo Ministério da Saúde.

Ressalta-se que não existem estudos que comprovem o uso benéfico da manobra e que, na verdade, ela está associada a inúmeras consequências irreversíveis para o binômio mãe-filho.

4. A proteção jurídica de gênero das mulheres no Brasil.

4.1.A ausência de Lei Federal sobre violência obstétrica.

No Brasil, não existe Lei Federal que regule a configuração ou não do crime de violência obstétrica. Atualmente, todos os atos que caracterizem abusos e violações sofridas por gestantes e parturientes são enquadrados em outros crimes já previstos no Código Penal, como a lesão corporal, a importunação sexual e a violência psicológica. No entanto, essas previsões legais não levam em conta a maior vulnerabilidade em que se encontram as mulheres grávidas.

Sabe-se que a violência de gênero é um problema que atinge o mundo todo. Isso ocorre por conta de uma cultura ofensiva e ultrapassada de que as mulheres estão inseridas em um contexto de inferioridade em relação aos homens. As violências decorrentes desse pressuposto obtiveram maior notoriedade pelo Poder Legislativo, que consignou previsão especial a esse tipo de crime através do sancionamento da Lei Maria da Penha.

Nesse aspecto, entendeu-se que as mulheres estão cercadas de vulnerabilidades sociais, culturais, econômicas e ideológicas que põem suas vidas em risco de forma constante e, por isso, necessitam de proteções jurídicas específicas voltadas a esse grupo. Segundo pesquisa realizada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, em 2021, uma mulher foi vítima de feminicídio no Brasil a cada 7 (sete) horas, totalizando 1.319 (mil, trezentos e dezenove) mortes.

É nesse mesmo sentido que se insere a necessidade de uma observância cautelosa por parte da União no que concerne a violência obstétrica. É comum que, durante o ciclo gravídico-puerperal, as mulheres vivenciem mudanças nas dinâmicas física, biológica, psicológica e social que muitas vezes podem ser irreversíveis. Segundo estudo realizado em Londres, uma vez grávida, não é possível o retorno ao estado psicológico pré-gravídico. Logo, é possível dizer que se trata de um período de vulnerabilidade relativa, principalmente durante o último trimestre.

É exatamente por isso que os episódios de violência médico-hospitalar podem aumentar de forma exponencial nesse período e prejudicar de modo irreparável o binômio mãe-filho. Enquanto a mãe pode desencadear transtornos de comportamento, depressão, tendência ao suicídio, além de consequências físicas como deslocamento de placenta, rupturas prematuras de membranas e mutilação genital, o recém-nascido possui maior risco de aborto espontâneo, natimortalidade e morte perinatal ou então de nascer prematuramente e com baixo peso.

No ambiente hospitalar, uma em cada 4 (quatro) mulheres brasileiras que deram à luz em hospitais públicos ou privados relata algum tipo de agressão durante o parto, segundo pesquisa realizada pela Fundação Perseu Abramo e pelo SESC. Tal dado se agrava quando é constatado que essas violações durante a assistência ao parto são tidas como invisíveis tanto para as gestantes quanto para os profissionais de saúde.

Na América Latina, dois países já possuem legislações que tipificam a violência obstétrica como delito, sendo eles Argentina e Venezuela. A partir disso, garante-se que as mulheres terão direito a um parto humanizado, que respeite seu tempo biológico e psicológico, evitando-se abusos, práticas invasivas e desnecessárias.

Portanto, fica claro que, para que as mulheres grávidas obtenham tutela efetiva e justa, caso venham a se tornar vítima de abusos no contexto obstétrico, é de extrema necessidade que se leve em consideração a maior vulnerabilidade que as permeia.

4.1.1. O Caso Alyne v. Brasil.

No caso Alyne v. Brasil julgado pelo Comitê CEDAW (Comitê para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher), o Brasil foi considerado culpado por violar o acesso à justiça e a obrigação do Estado de regulamentar atividades de provedores de saúde particulares e, também, por discriminação contra a mulher.

Em 2002, a brasileira Alyne da Silva Pimentel Teixeira, nascida no Rio de Janeiro, deu entrada em uma clínica particular apresentando sintomas de gravidez de alto risco. Apesar disso, foi orientada a voltar para casa. Dias depois, Alyne retornou à clínica pior e teve que se submeter a um parto induzido resultando em um feto natimorto. Apenas quatorze horas depois ocorreu cirurgia de extração da placenta, o que resultou na deterioração do estado de saúde de Alyne e, posteriormente, na sua morte. Quatro anos depois, a justiça brasileira nada havia feito.

O caso foi o primeiro no mundo sobre mortalidade materna evitável decidido por um órgão internacional e a responsabilização perante o Comitê levou o Brasil a ratificar documentos como o Pacto Nacional pela Redução da Mortalidade Materna. É importante ressaltar que o Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1992 e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher de 1995.

No contexto do ato decisório, o Comitê CEDAW recomendou ao Estado brasileiro que garantisse que “sanções adequadas sejam impostas aos profissionais da saúde que violam o direito à saúde reprodutiva das mulheres”. Entretanto, a União Federal mantém-se inerte quanto a criação de mecanismos com punição efetiva.

4.2. As Legislações Estaduais sobre violência obstétrica.

Apesar da ausência de Lei Federal, o Distrito Federal e alguns estados brasileiros possuem legislações sobre esse instituto. Alguns abordam de forma explícita, utilizando propriamente o termo “violência obstétrica” e outros tratam sobre parto humanizado e políticas de atenção obstétrica e neonatal.

A primeira vez que o termo esteve presente em legislações brasileiras foi na Lei Municipal nº 3.363, de 1 de outubro de 2013, de Diadema/SP, que implantou medidas de informação com o intuito de proteger as gestantes e parturientes.

A Câmara Municipal do Rio de Janeiro, por sua vez, promulgou a Lei nº 6.898 de 18 de maio de 2021, oriunda do Projeto de Lei nº 1.148/2015 de autoria da Vereadora Verônica Costa. O artigo 3º da referida Lei discorre sobre 21 (vinte e uma) formas diferentes de configuração da violência obstétrica que podem ser exteriorizadas nas formas verbal ou física.

Já no Estado do Amazonas existe a Lei nº 4.749, de 3 de janeiro de 2019, que dispõe sobre parto humanizado e sobre o Plano de Parto Individual (PPI). A Lei descreve sobre o conceito do instituto, os princípios que o cercam e a forma como se dará os planos de partos na rede pública estadual e nos estabelecimentos conveniados.

É importante ressaltar que ambas são legislações extremamente recentes para um problema que pode e deve ser tratado como estrutural. Desde 1980 existem discussões no mundo todo sobre práticas consideradas tradicionais de assistência ao nascimento e que feriam os direitos humanos das mulheres. Isso fica claro quando em 1996 a Organização Mundial da Saúde (OMS) restringe o uso de algumas práticas específicas utilizadas durante o parto e, no Brasil, quando o Ministério da Saúde repudia a episiotomia de rotina e a Manobra de Kristeller em 2001.

Além disso, um ponto que deve ter maior atenção é que nenhuma das legislações estaduais que versam sobre o assunto preveem punições ou formas de reparações às vítimas, o que leva à um contexto de impunidade em massa. Ainda, as intervenções violentas realizadas por profissionais da saúde não são previstas como violência obstétrica,

o que significa um enorme atraso na busca da efetiva punição dos responsáveis dentro do ambiente hospitalar.

4.3.O posicionamento das autoridades de saúde no Brasil.

O posicionamento das autoridades de saúde é de extrema importância para que o repúdio à violência obstétrica seja legitimado. Em 2014, a OMS se manifestou sobre o assunto e a reconheceu como questão de saúde pública, além de caracterizar os abusos, desrespeitos e maus-tratos como violação de direitos humanos.

Entretanto, o Brasil não seguiu o mesmo raciocínio. Em 3 de maio de 2019, o Ministério da Saúde, através da Secretaria de Atenção à Saúde, proferiu o Despacho SEI/MS nº 9087621 afirmou que “o termo “violência obstétrica” tem conotação inadequada, não agrega valor e prejudica a busca do cuidado humanizado no continuum gestação-parto-puerpério”.

No mesmo sentido, o Conselho Federal de Medicina emitiu nota à imprensa e à população pontuando que a expressão é inadequada, pejorativa, agressiva à comunidade médica e pode estimular conflitos entre pacientes e médicos nos serviços de saúde.

O perigo de desconsiderar a problemática da violência obstétrica de tal maneira é o descaso e menosprezo das vítimas, que não se sentem seguras em compartilhar e denunciar o que vivenciaram, fortalecendo a impunidade dos responsáveis e o desconhecimento da população em geral.

Exatamente por isso que os posicionamentos explicitados acima foram repudiados pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos, através da Recomendação nº 5 de 9 de maio de 2019, e pelo Conselho Nacional de Saúde, por meio da Recomendação nº 024 de 16 de maio de 2019. Nesse âmbito, os órgãos pediram pela desconsideração dos entendimentos emitidos e que os processos de exclusão do termo sejam interrompidos.

Apesar disso, em 2022, durante o lançamento da Caderneta da Gestante, o Secretário da Atenção Primária do Governo Federal, Rafael Câmara Medeiros Parente, defendeu a prática da Manobra de Kristeller a definindo como “manobra extremamente suave”.

Ainda, em comparação com as cadernetas de anos anteriores, constata-se que foram retiradas informações importantes para as pessoas gestantes como sobre o plano de parto, acompanhamento das doulas e realização do exame diagnóstico de anemia falciforme, doença que atinge principalmente a população negra. Também foi normalizado

o uso da ocitocina e da amniotomia, a prática da episiotomia e o impulso aos partos cesarianos.

É inadmissível que, mesmo com a popularização do tema através de discussões das autoridades internacionais e nacionais, o debate sobre violência obstétrica ainda seja pautado pelo neoconservadorismo, tendo sua existência seja negada pelo governo brasileiro. Mulheres no Brasil e no mundo necessitam urgente que as vivências de abusos em hospitais sejam identificadas e discutidas pelos órgãos oficiais de controle.

4.4. O atual entendimento jurisprudencial.

Um indicativo de que o termo “violência obstétrica” ainda sofre com patente invisibilidade é o fato de haver pouquíssimos resultados quando o termo é pesquisado nos Tribunais Superiores. Até agosto de 2022, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou apenas duas vezes casos que incluíssem o assunto em pauta. Já no Superior Tribunal de Justiça (STJ) não há nenhum acórdão sobre violações sofridas por mulheres durante o ciclo gravídico-puerperal, apenas decisões monocráticas.

Ainda, nas poucas ocasiões em que o assunto foi tratado, existem divergências nos entendimentos jurisprudenciais comparados ao entendimento da comunidade médico-científica quanto ao que pode ser classificado ou não como violência obstétrica.

No Agravo em Recurso Especial nº 2.083.701/DF, por exemplo, foi julgado caso de uma genitora que foi privada de ter contato com seu recém-nascido na primeira hora de vida dele pelos médicos responsáveis pelo parto. No âmbito do recurso, o STJ entendeu que a situação não caracteriza falha na prestação de serviço, muito menos violência obstétrica. Isso porque, supostamente, não houve dano passível de reparo, apesar da comunidade médica entender o primeiro contato entre mãe e bebê é crucial para o desenvolvimento das competências afeto-emocionais.

Já na Apelação Cível nº 0001314-07.2015.8.26.0008, caso semelhante foi julgado em que o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) entendeu que a negativa de contato com o filho após o nascimento caracteriza abalo psicológico *in re ipsa* na genitora. Na oportunidade, o relator ainda enfatizou que o direito ao parto humanizado é direito fundamental.

Em aspectos gerais, cerca de 88,5% das ações que versam sobre violações sofridas por mulheres dentro de hospitais e clínicas são de natureza cível, sendo que grande parte delas se encaixa nos critérios caracterizadores de erro médico e não propriamente de violência obstétrica.

É necessário enfatizar também que estudos apontam que 73,91% dos pedidos formulados em primeira instância entre 2016 e 2019 foram julgados improcedentes pelo

TJSP, tendo pouca diferença em sede de segundo grau com uma taxa de 78,26% pedidos improcedentes. Esses dados demonstram que ainda há uma enorme dificuldade de reconhecimento da violência obstétrica, da responsabilidade civil objetiva dos médicos e da necessidade de reparação dos danos.

Ainda, quando se trata da responsabilidade criminal dos profissionais obstétricos o assunto é praticamente inexistente. São raros os julgados que resultaram na criminalização das ações danosas no âmbito hospitalar, a não ser as que geraram a morte da mãe ou do feto.

Sendo assim, a integridade física e psicológica das mulheres ainda se encontram em alto risco, seja pela conduta dos obstetras, seja pelos entendimentos legais e jurisprudenciais.

5. Conclusão.

O enfrentamento da problemática da violência obstétrica no Brasil deve começar a ser tratado com urgência. A OMS já reconhece a mortalidade materna e infantil como desafio de saúde pública, mas as autoridades brasileiras ainda insistem em não tratar sobre tema da forma adequada e recomendada pelos órgãos de saúde internacionais.

É preciso o reconhecimento da existência dessas violações, da vulnerabilidade relativa das mulheres gestantes, parturientes e puérperas, do não absolutismo das decisões médicas e da necessidade de atuação eficaz do Governo Federal, enfatizando, inclusive, as diferenças sociais, econômicas, raciais e territoriais presentes na população brasileira e como elas podem agravar as situações abusivas vivenciadas no âmbito obstétrico.

O que acontece hoje, infelizmente, é a insistência em invisibilizar a prática dessas violações, trazendo não só um retrocesso nas políticas públicas, mas uma séria ameaça à saúde e um extremo perigo à integridade física da mulher.

Ao dar autonomia e voz às mulheres não se retira a autonomia do médico. Na verdade, é criado um ambiente acolhedor que possibilita a maior qualidade na assistência obstétrica. O objetivo da divulgação do instituto da violência obstétrica não é transformar os profissionais da saúde em vilões e sim desmistificar o que está por trás de alguns processos considerados comuns, mas que trazem danos irreparáveis para a vida da mãe e do bebê.

É imprescindível que a União Federal dê a devida visibilidade ao tema e inicie discussões sérias e éticas sobre a necessidade de criminalização dessa prática, passando a tipificá-la no Código Penal de acordo com as suas peculiaridades, eis que se trata de uma realidade brasileira silenciosa.

6. Referências.

ACIOLY, Marcus André. UGARTE, Odile Nogueira. **O Princípio da Autonomia no Brasil: Discutir é Preciso**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rcbc/a/vtLjkcHyJvtMS8Fzrxv748w/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 01.08.2022.

AGUIAR, Janaína Marques de. D'OLIVEIRA, Ana Flávia Pires Lucas. **Violência Institucional em Maternidades Públicas sob a Ótica das Usuárias**. Interface, v. 15, n. 36, p. 79-91, jan/mar. 2011.

AGUIAR, Rafaela Arêas. ALMADA, Gilton Luiz. BARBOSA, Hudson José Cacau Barbosa. BERNARDES, Hugo Moura Campos. GOMES, Katrynni Oliveira. JUNIOR, Romildo Rocha Azevedo. SZPILMAN, Ana Rosa Murad. **Caracterização de Casos Notificados de Violência Contra a Gestante no Estado do Espírito Santo no Período de 2011 a 2016**. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/rbps/article/view/31013>. Acesso em: 02.08.2022.

BIBRING, Grete L., DWYER, Thomas F. HUNTINGTON, Dorothy S. VALENSTEIN, Arthur F. **A Study of the Psychological Process in Pregnancy and of the Earliest Mother-Child Relationship. I. Some Propositions and Coments**. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/00797308.1961.11823197>. Acesso em: 08.08.2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 02.07.2022.

CATOIA, Cinthia de Cassia. FIRMINO, Inara Flora Cipriano. SEVERI, Fabiana Cristina. **Caso "Alyne Pimentel": Violência de Gênero e Interseccionalidades**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/CNfnySYtXWTYbsc987D8n5S/?lang=pt>. Acesso em: 07.08.2022.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Situação dos Direitos Humanos no Brasil**. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 19.07.2022.

COMITÊ PARA A ELIMINAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO CONTRA AS MULHERES.

Recomendação Geral nº 24: Artigo 12º (As Mulheres e a Saúde). Disponível em: https://apublica.org/wp-content/uploads/2018/08/CEDAW_RG_24.pdf. Acesso em: 06.08.2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica: Resolução nº 2.217 de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções nº 2.222/2018 e 2.226/2019.**

Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 26.07.2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Nota à Imprensa e à População.** Disponível em:

<https://portal.cfm.org.br/images/PDF/nota-violencia-obstetrica.pdf>. Acesso em: 17.07.2022.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. **Recomendação nº 024, de 16 de maio de 2019.**

Disponível em:

<https://drive.google.com/file/d/1sDM6kUaoGjSvCeOTqMW5c7xpzmoXa7Fv/view>. Acesso em: 15.07.2022.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Recomendação nº 5, de 9 de maio de 2019.** Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/recomendacao-n-5-de-9-de-maio-de-2019-149878165>. Acesso em: 15.07.2022.

DIADEMA. **Lei Municipal nº 3.363, de 1 de outubro de 2013.** Disponível em:

https://www.cmdiadema.sp.gov.br/legislacao/leis_integra.php?chave=336313#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20implanta%C3%A7%C3%A3o%20de,obst%C3%A9trica%20no%20Munic%C3%ADpio%20de%20Diadema. Acesso em: 02.08.2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Violência Contrás as Mulheres em 2021.**

Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/03/violencia-contra-mulher-2021-v5.pdf>. Acesso em: 02.08.2022.

FUNDAÇÃO INSTITUTO OSWALDO CRUZ. **Nascer no Brasil.** Disponível em:

https://nascernobrasil.ensp.fiocruz.br/?us_portfolio=nascer-no-brasil. Acesso em: 05.07.2022.

LIMA, Geovana Albuquerque Félix de. LOPES, Maria Clara Aragão. **Violência Obstétrica: Riscos do Uso da Manobra de Kristeller Durante o Parto.** Trabalho de Conclusão de Curso. Brasília: Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos, 2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Caderneta da Gestante**. 6. Ed. 2022. Disponível em: http://189.28.128.100/dab/docs/portaldab/publicacoes/caderneta_gestante.pdf. Acesso em: 15.07.2022.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Despacho SEI/MS nº 9087621**. Disponível em: https://sei.saude.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&codigo_verificador=9087621&codigo_crc=1A6F34C4&hash_download=c4c55cd95ede706d0b729845a5d6481d07e735f33d87d40984dd1b39a32d870fe89dcf1014bc76a32d2a28d8f0a2c5ab928ff165c67d8219e35beb1a0adb3258&visualizacao=1&id_orgao_acesso_externo=0. Acesso em: 20.07.2022.

NOGUEIRA, Beatriz Carvalho; SEVERI, Fabiana Cristina. **O Tratamento Jurisprudencial da Violência Obstétrica nos Tribunais de Justiça da Região Sudeste**. Disponível em: http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1518015798_ARQUIVO_NOGUEIRA,Beatriz;SEVERI,Fabiana.OtratamentojurisprudencialdaviolenciaobstetricanosTribunaisdeJusticadaregiaoSudeste.pdf. Acesso em: 07.08.2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Prevenção e Eliminação de Abusos, Desrespeito e Maus-Tratos Durante o Parto em Instituições de Saúde**. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf;jsessionid=19609E2CE102F22DCABBE7DF317E4F0E?sequence=3. Acesso em: 08.08.2022.

PEREIRA, Jéssica Souza; SILVA, Jordana Cunha de Oliveira; BORGES, Natália Alves; RIBEIRO, Mayara de Mello Gonçalves; AUAREK, Luiza Jardim; SOUZA, José Helvécio Kalil de. **Violência Obstétrica: Ofensa à Dignidade Humana**. Disponível em: http://www.mastereditora.com.br/periodico/20160604_094136.pdf. Acesso em: 19.07.2022.

RABELO, Erika Marina. SÁ, Poliana Lopes Campos de. **Contato Pele-a-Pele Mãe/Filho na Primeira Hora de Vida: Uma Revisão Integrativa**. Disponível em: <file:///C:/Users/POSITIVO/Downloads/katiasimoes2018,+1079-Texto+do+artigo-PT.pdf>. Acesso em: 08.08.2022.

REDE PARTO DO PRINCÍPIO. **Dossiê da Violência Obstétrica “Parirás com dor”**. Disponível em: <http://repositorio.asc.es.edu.br/bitstream/123456789/2320/1/DOC%20VCM%20367.pdf>. Acesso em: 25.07.2022.

REZENDE, Carolina Neiva Domingues Vieira de. **Violência Obstétrica: Uma Ofensa a Direitos Humanos Ainda Não Reconhecida Legalmente no Brasil**. Brasília: Centro Universitário de Brasília, 2014.

RIBEIRO, Aline. Violência Obstétrica Atinge Cerca de 45% das Mulheres na Rede Pública Brasileira; Vítimas Perdem Bebês e Ficam com Lesões. **Jornal O Globo**, 2021. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/violencia-obstetrica-atinge-cerca-de-45-das-mulheres-na-rede-publica-brasileira-vitimas-perdem-bebes-ficam-com-lesoes-25332302>. Acesso em: 05.07.2022.

RIO DE JANEIRO. **Lei nº 6.898, de 18 de maio de 2021**. Disponível em: <http://aplicnt.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/contlei.nsf/7cb7d306c2b748cb0325796000610ad8/0715bb152c51a168032586d90062f5d0?OpenDocument>. Acesso em: 02.08.2022.

RIO DE JANEIRO. **Projeto de Lei nº 1.148/2015**. Disponível em: <http://aplicnt.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/scpro2124.nsf/a6cd246684502db90325863200569384/0325864700576d2683257e05004cec81?OpenDocument>. Acesso em: 02.08.2022.

O PRAZO PRESCRICIONAL DA AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA NO RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO POST MORTEM

RODRIGO BASTOS GARRIDO:

Graduado pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Pós-graduado em Direito Público e Privado pela EMERJ. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes/OAB-RJ. Pós-graduado em Direito Civil pela Universidade Cândido Mendes/OAB-RJ. Advogado.

Resumo: o prazo prescricional da ação de petição de herança no reconhecimento de filiação *post mortem* possui grande repercussão social. O escopo do presente trabalho é analisar o reconhecimento de filiação, abordar as controvérsias doutrinárias acerca do termo inicial para fluência do referido prazo prescricional e verificar como se posicionam os Tribunais Superiores a respeito do assunto.

Palavras-chave: Direito Civil. Direito de Família. Direito das Sucessões. Prazo prescricional. Ação de petição de herança. Reconhecimento de filiação *post mortem*.

Sumário: Introdução. 1. O reconhecimento de filiação. 2. O prazo prescricional da ação de petição de herança no reconhecimento de filiação *post mortem*. 3. O posicionamento dos Tribunais Superiores acerca do prazo prescricional da ação de petição de herança no reconhecimento de filiação *post mortem*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico visa analisar o prazo prescricional da ação de petição de herança no reconhecimento de filiação *post mortem*, na medida em que o tema possui grande repercussão social e envolve direitos fundamentais.

Para tanto, pretende-se por meio de uma metodologia de pesquisa jurídica do tipo bibliográfica, exploratória, explicativa e qualitativa, examinar as diferentes posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca da matéria.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a conceituação, a natureza jurídica, as formas e a análise constitucional do reconhecimento de paternidade ou maternidade, enquanto elemento concretizador da dignidade da pessoa humana.

Em seguida, no segundo capítulo, examina-se a controvérsia doutrinária acerca do prazo prescricional da ação de petição de herança no reconhecimento de filiação *post mortem*.

No terceiro capítulo, busca-se analisar o posicionamento dos Tribunais Superiores acerca do critério de contagem do lapso prescricional, com base no estudo crítico dos votos.

1. O RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO

Em sua origem remota, no direito romano, a relação de parentesco era conhecida sob a forma da *agnatio* ou da *cognatio*²¹⁴.

A primeira, a *agnatio*, representava o parentesco que não se fundamentava em laços sanguíneos, mas na sujeição do indivíduo a um mesmo pater famílias, portanto, como parentesco por afinidade, podendo incluir, por exemplo, sogros, genros e cunhados.

Por sua vez, a *cognatio* simbolizava o parentesco natural, enquanto ligações pelos laços sanguíneos, compreendendo os filhos, os netos, os tios e os primos.

Curiosamente, demonstrando a notável transformação do instituto, aproximadamente até o ano de 570 d.C., o *jus civile* considerava parentes para efeitos civis, inclusive sucessórios, apenas os agnatos.

Avançando séculos para um regramento mais recente, o Código Civil de 1916, fortemente influenciado pelo Código Civil Napoleônico de 1804, essencialmente liberal e individualista, voltado às questões patrimoniais, sem influência constitucional, disciplinava o instituto distinguindo, em seu art. 332215, a filiação legítima da ilegítima, de acordo com a procedência do parentesco a partir do casamento ou não.

Finalmente, a partir da Constituição da República, promulgada em 05 de outubro de 1988, verifica-se a Virada de Copérnico²¹⁶, consistente na alteração da concepção exclusivamente patrimonialista do direito civil, centralizada nas relações jurídicas

214 ROLIM, Luiz Antônio. *Instituições de direito romano*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.174.

215 BRASIL. *Lei nº 3.071*, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 11 jan. 2021.

Art. 332. O parentesco é legítimo, ou ilegítimo, segundo procede, ou não de casamento; natural, ou civil, conforme resultar de consangüinidade, ou adoção.

216 FACHIN, Luiz Edson. O aggiornamento do direito civil brasileiro e a confiança negocial. *Scientia Iuris*, Londrina, v.2/3, p. 14-40, 1998/1999.

interpretadas com base na igualdade formal, para uma perspectiva inspirada à luz dos valores constitucionais e da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, em contraposição ao modelo oitocentista, a filiação recebe interpretação civil-constitucional sob o prisma dos princípios da igualdade entre os filhos, nos termos do art. 227, §6º, da CRFB/88217, da função social da família, com base no art. 226, caput, da CRFB/88218, da proteção integral e da absoluta prioridade, ambos com fulcro no art. 227, *caput*, da CRFB/88219.

A filiação, portanto, pode ser conceituada como o vínculo jurídico entre ascendentes e descendentes de primeiro grau, do qual se originam os deveres parentais de assegurar o pleno desenvolvimento humano do filho.

Outrossim, atualmente, em consonância com a dignidade da pessoa humana, fundamento da República, a paternidade e a maternidade não se restringem aos laços biológicos, englobando, também, os vínculos socioafetivos, configurados pela conexão do afeto com a posse do estado de filho, representada a partir do tratamento entre si e perante a sociedade, da fama, enquanto reconhecimento social, e do nome²²⁰.

Vislumbra-se, inclusive, a possibilidade de simultaneidade da filiação biológica e socioafetiva, sem qualquer hierarquia, na multiparentalidade.

O reconhecimento de filiação, direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, como dispõe o art. 27, do Estatuto da Criança e do Adolescente²²¹, pode ocorrer de forma voluntária, geralmente extrajudicial, ou judicial.

217 BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 jan. 2021.

Art. 227, § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

218 Ibid.

219 Ibid.

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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

220 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de família*. 14. ed. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.647.

221 BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 11 jan. 2021.

O modo voluntário ou espontâneo de reconhecimento de paternidade ou de maternidade é ato formal, personalíssimo, de livre vontade, incondicional e irrevogável, realizado, em regra, pelos genitores²²².

Usualmente, é empregado com relação aos filhos havidos fora do casamento, visto que se presumem concebidos na constância do casamento os nascidos cento e oitenta dias após o estabelecimento da convivência, os nascidos trezentos dias após a dissolução da sociedade conjugal, os havidos por fecundação artificial homóloga, os havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga e os havidos por inseminação artificial heteróloga, com prévia autorização do marido, nos termos do art. 1.597, do Código Civil²²³.

Ausente a presunção de filiação matrimonial, o reconhecimento voluntário poderá ser feito em registro de nascimento, em escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório, em testamento ou em manifestação direta e expressa perante o juiz, vide art. 1.609, do Código Civil²²⁴.

Importante, ainda, destacar que o reconhecimento voluntário da filiação socioafetiva pode ocorrer, inclusive, pela via administrativa, perante os oficiais de registro civil de pessoas naturais, conforme os arts. 10 a 15, do Provimento nº 63, do Conselho Nacional de Justiça²²⁵, desde que limitado à inclusão de um ascendente socioafetivo, seja do lado materno ou paterno.

Por outro lado, não tendo ocorrido de forma espontânea, o reconhecimento de filiação pode se dar pela via judicial, em geral, por meio de ação investigatória, de natureza declaratória²²⁶ e de legitimidade ativa do filho ou do Ministério Público, na figura de legitimado extraordinário.

Ademais, a investigação pode se dar em vida do investigado ou *post mortem*, quando o polo passivo será ocupado pelos herdeiros, inclusive em relação ao vínculo socioafetivo, caso haja provas robustas dos laços afetivos e da posse do estado de filho.

222 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de família*. 9. ed. V. 6. São Paulo: Saraiva, 2019, p.665.

223 BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 11 jan. 2021.

224 Ibid.

225 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento nº 63*, de 14 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>>. Acesso em: 11 jan. 2021.

226 MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.1028.

Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.500.999/RJ227, julgado em 12 de abril de 2016, consoante ementa abaixo colacionada:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. PROCESSUAL CIVIL. **ADOÇÃO PÓSTUMA. SOCIOAFETIVIDADE. ART. 1.593 DO CÓDIGO CIVIL. POSSIBILIDADE. ART. 42, § 6º, DO ECA.** INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. POSSIBILIDADE. MAGISTRADO COMO DESTINATÁRIO DAS PROVAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA.

1. A socioafetividade é contemplada pelo art. 1.593 do Código Civil, no sentido de que "o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem".

2. A comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar, prevista no art. 42, § 6º, do ECA, deve observar, segundo a jurisprudência desta Corte, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva, quais sejam: o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição.

3. A paternidade socioafetiva realiza a própria dignidade da pessoa humana por permitir que um indivíduo tenha reconhecido seu histórico de vida e a condição social ostentada, valorizando, além dos aspectos formais, como a regular adoção, a verdade real dos fatos.

4. A posse de estado de filho, que consiste no desfrute público e contínuo da condição de filho legítimo, restou atestada pelas instâncias ordinárias. (...) (grifo nosso)

2. O PRAZO PRESCRICIONAL DA AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA NO RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO *POST MORTEM*

A herança, definida como conjunto de relações jurídicas patrimoniais titularizadas pelo falecido que se transferem aos herdeiros²²⁷, é garantia constitucional fundamental,

227 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.500.999/RJ*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=40037440&num_registro=200900626412&data=20141023&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 11 jan. 2021.

228 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Sucessões*. 3. ed. V. 7. Salvador: Juspodivm, 2017, p.34.

conforme o art. 5º, XXX, da CRFB/88229, e cláusula pétrea, vide art. 60, §4º, IV, da CRFB/88230.

Ademais, é classificada como bem jurídico imóvel, universal e indivisível, transferível mediante cessão, onerosa ou gratuita, após a abertura da sucessão e antes de promovida a partilha.

Caso determinada pessoa não tenha sua qualidade de herdeiro reconhecida, pode, a partir de ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou parte dela, em desfavor de seu detentor, com base nos arts. 1824 e 1827, do CC231.

Dito de outro modo, a petição de herança consiste no meio pelo qual um indivíduo demanda o reconhecimento de sua qualidade de herdeiro, bem como pleiteia a restituição da herança, total ou parcialmente, em face de quem a possui²³².

Prevalece, doutrinariamente, por todos Maria Berenice Dias²³³, a natureza jurídica de ação real imobiliária e universal, uma vez que se não se objetiva a devolução de coisas destacadas, mas do patrimônio hereditário por inteiro.

Dessa maneira, conforme o art. 73, *caput* e §1º, do Código de Processo Civil²³⁴, é necessário o consentimento do cônjuge ou companheiro do autor, salvo no regime de separação absoluta de bens, e é condição de validade a citação do cônjuge ou companheiro do réu, indivíduo que estiver na posse da herança, seja, ou não, herdeiro ou legatário.

No que concerne à prescritibilidade da demanda, a doutrina diverge.

229 BRASIL, op. cit., 1988.

230 Ibid.

231 BRASIL, op. cit., 2002.

232 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 6. ed. V. 7. São Paulo: Saraiva, 2019, p.199.

233 DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.592.

234 BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 11 jan. 2021.

A primeira posição, liderada por Gisela Hironaka²³⁵, Luiz Paulo Vieira de Carvalho²³⁶ e Flávio Tartuce²³⁷, defende a imprescritibilidade da presente ação, fundamentada no fato de a qualidade de herdeiro não se perder, da mesma maneira que o não exercício do direito de propriedade não lhe causa a extinção.

Por outro lado, a segunda posição, prevalente na doutrina e jurisprudência, entende pela prescritibilidade da ação de petição de herança, uma vez que se trata de uma pretensão condenatória, e não uma ação de estado, como a de reconhecimento de filiação.

Nesse viés, Caio Mário da Silva Pereira²³⁸ leciona:

Juristas e tribunais têm tumultuado os princípios, confundindo a ação de estado e a de petição de herança, com o efeito patrimonial daquela (v. nº 413, supra, vol. V). O problema se esclarece com a distinção entre o status que é imprescritível, e a pretensão econômica judicialmente exigível, que como toda outra pretensão exigível (Anspruch) prescreve.

Da mesma forma, dispõe a súmula 149, do Supremo Tribunal Federal²³⁹. Veja:

Súmula 149, do STF - É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.

Como a lei não fixa prazo menor à presente ação, a prescrição ocorrerá em dez anos, nos termos do art. 205, do Código Civil²⁴⁰, sujeitando-se a todas as causas interruptivas e suspensivas, como a incapacidade absoluta.

Não é menos tormentosa, a contagem do prazo prescricional da ação de petição de herança no caso de reconhecimento de filiação *post mortem*.

Diante dessa controvérsia, exsurtem duas correntes antagônicas.

235 HIRONAKA, Gisela Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. V. 20. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 202.

236 CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 283.

237 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 12. ed. V. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.198.

238 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 24. ed. V. VI. Atualização de Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 80.

239 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal. *Súmula 149*, aprovada em 13 de dezembro de 1963. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula149/false>>. Acesso em: 11 jan. 2021.

240 BRASIL, op. cit., 2002.

A primeira, capitaneada por importantes autores, como Carlos Roberto Gonçalves²⁴¹, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald²⁴², sustenta que o *dies a quo* prescricional será o momento em que for reconhecida a paternidade ou a maternidade.

Para tanto, deve ser aplicada a teoria da *actio nata*, de acordo com a qual a fluência do prazo prescricional deve se iniciar na data do conhecimento da violação ou lesão ao direito subjetivo por seu respectivo titular, e não do momento da violação do direito em si.

Em sentido oposto, com nossa predileção, a segunda corrente, adotada por autores como Paulo Nader²⁴³, conclui pelo início da contagem do prazo prescricional a partir da abertura da sucessão.

Dentro os argumentos, destaca-se o maior apreço conferido ao direito fundamental à segurança jurídica, previsto no art. 5º, XXXVI, da CRFB/88²⁴⁴, seja sob sua vertente objetiva, assegurando a estabilidade das relações jurídicas e a previsibilidade de seus efeitos, seja sob sua vertente subjetiva, tutelando a confiança que os atos estatais suscitam aos indivíduos²⁴⁵.

A título de exemplo, se adotada a primeira corrente, caso uma filiação seja reconhecida cinquenta ou sessenta anos após a partilha, apenas nesse momento começaria a fluir o prazo prescricional de dez anos para o ajuizamento da petição de herança, quem sabe, em face dos filhos e netos dos detentores.

A contagem do prazo prescricional decenal a partir da abertura da sucessão, sem qualquer dúvida, é a interpretação iluminada pelo princípio constitucional da razoabilidade, enquanto proporcionalidade em sentido estrito, justiça e adequação.

241 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 5. ed. V. 7. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 152-153.

242 FARIAS; ROSENVALD, op. cit., 2017.

243 NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 7. ed. V. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 184.

244 BRASIL, op. cit., 1988.

245 FONTELES, Samuel Sales. *Direitos Fundamentais*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p.186-192.

Como se não bastasse, outro fundamento é a data da abertura da herança ser fato gerador da transmissão automática das relações patrimoniais do falecido, momento da efetiva violação do direito, vide art. 189, do Código Civil²⁴⁶.

3. O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES ACERCA DO PRAZO PRESCRICIONAL DA AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA NO RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO *POST MORTEM*

Em um primeiro momento, o Superior Tribunal de Justiça posicionava-se no sentido da fluência do prazo prescricional da ação de petição de herança no reconhecimento de filiação a partir da abertura da sucessão, enquanto fato gerador, como se observa no REsp nº 17.556/MG, julgado em 17 de novembro de 1992²⁴⁷:

CIVIL - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE, CUMULADA COM PEDIDO DE HERANÇA - PRESCRIÇÃO - SUMULA N. 149, DO STF - ARTIGOS 5., I; 169, I; 177; E 1572, DO CC.

I- O prazo prescricional da ação de petição de herança flui a partir da abertura da sucessão do pretendido pai, eis que e ela o fato gerador; o momento em que o autor completa dezesseis anos de idade e o limite da interrupção da prescrição prevista no art. 169, I, do Código Civil, por força do disposto no art. 5., I, do mesmo diploma legal

II- Consoante entendimento afirmado pela doutrina, "se o titular do direito deixa de exercer a ação, revelando desse modo seu desinteresse, não merece proteção do ordenamento jurídico".

III - Recurso conhecido e provido. (grifo nosso)

A presente orientação predominou até o julgamento do REsp nº 1.475.759/DF²⁴⁸, em 17 de maio de 2016, quando a Terceira Turma do STJ, por unanimidade, se posicionou

246 BRASIL, op. cit., 2002.

247 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 17.556/MG*. Relator: Ministro WALDEMAR ZVEITER. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199200017100&dt_publicacao=17/12/1992>. Acesso em: 11 jan. 2021.

248 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.475.759/DF*. Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201303462777&dt_publicacao=20/05/2016>. Acesso em: 11 jan. 2021.

no sentido do início do lapso prescricional a partir do trânsito em julgado da ação que reconheceu a filiação *post mortem*.

No referido acórdão, o Tribunal entendeu não haver que se falar em petição de herança enquanto não se der a confirmação da paternidade, uma vez que apenas nesse momento é reconhecida a condição de herdeiro, e, conseqüentemente, o direito à herança. Observe:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. DIREITO SUCESSÓRIO. AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA. ANTERIOR AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.

1. A petição de herança objeto dos arts. 1.824 a 1.828 do Código Civil é ação a ser proposta por herdeiro para o reconhecimento de direito sucessório ou a restituição da universalidade de bens ou de quota ideal da herança da qual não participou.

2. A teor do art. 189 do Código Civil, o termo inicial para o ajuizamento da ação de petição de herança é a data do trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade, quando, em síntese, confirma-se a condição de herdeiro. (...) (grifo nosso)

Esse, também foi o entendimento foi esposado, por exemplo, no REsp nº 1.392.314/SC249, julgado em 06 de outubro de 2016, e no REsp nº 1.215.185/SP250, julgado em 22 de março de 2018, mediante a aplicação da teoria da *actio nata*.

O tema, entretanto, ganhou velhos novos contornos no AgInt no AREsp nº 479.648/MS251, julgado em 10 de dezembro de 2019, quando a Quarta Turma do Superior

249 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.392.314/SC*. Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201302058907&dt_publicacao=20/10/2016>. Acesso em: 11 jan. 2021.

250 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.215.185/SP*. Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702994311&dt_publicacao=03/04/2018>. Acesso em: 11 jan. 2021.

251 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp nº 479.648/MS*. Relator: Ministro RAUL ARAÚJO. Disponível em:

Tribunal de Justiça se retomou o histórico posicionamento de que o termo inicial do prazo prescricional da ação de petição de herança conta-se da abertura da sucessão, consoante aresto abaixo colacionado:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE DOAÇÃO CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA. **INÍCIO DO PRAZO PRESCRICIONAL. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 149/STF. ABERTURA DA SUCESSÃO. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.** AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. O termo inicial do prazo prescricional da pretensão de petição de herança conta-se da abertura da sucessão, ou, em se tratando de herdeiro absolutamente incapaz, da data em que completa 16 (dezesseis) anos, momento em que, em ambas as hipóteses, nasce para o herdeiro, ainda que não legalmente reconhecido, o direito de reivindicar os direitos sucessórios (actio nata).

2. Nos termos da Súmula 149 do Supremo Tribunal Federal: "É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança."

3. Diante da incidência das regras dispostas no art. 177 do CC/1916, c/c os arts. 205 e 2.028 do CC/2002, aberta a sucessão em 28.jul. 1995, o termo final para o ajuizamento da ação de petição de herança ocorreria em 11.jan.2013, dez anos após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, de modo que foi ajuizada oportunamente a demanda, em 04.nov.2011. (...) (grifo nosso)

Como fundamentos, o referido julgamento utilizou a grave insegurança jurídica a ser causada pelo termo inicial do prazo prescricional fluir a partir do trânsito em julgado do reconhecimento de filiação, ação imprescritível ajuizada ao arbítrio do interessado, e a teoria da *actio nata*, sob a perspectiva do nascimento da pretensão a partir da abertura da sucessão, momento em que a ação poderia ser proposta, visto que a sentença de reconhecimento possuiria efeitos *ex tunc*.

Nota-se, portanto, que o posicionamento jurisprudencial sobre o tema está longe de ser harmônico.

<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201400397592&dt_publicacao=06/03/2020>. Acesso em: 11 jan. 2021.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa analisou, como problemática essencial, o prazo prescricional da ação de petição de herança no reconhecimento de filiação *post mortem*. O embate materializa-se pela termo inicial do prazo prescricional.

De um lado, defende-se a fluência a partir da abertura da sucessão, com fundamento no direito fundamental à segurança jurídica, no princípio da razoabilidade e na interpretação do art. 189, do Código Civil; de outro, sustenta-se o início do lapso prescricional no momento do trânsito em julgado da sentença de reconhecimento de filiação, com fulcro na teoria da *actio nata*.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram ao longo da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que o prazo prescricional para o ajuizamento da ação de petição de herança deve ser iniciado a partir da abertura da sucessão, momento em que são transmitidas as relações jurídicas patrimoniais do falecido, em conformidade com o posicionamento mais recente da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 jan. 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento nº 63*, de 14 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>>. Acesso em: 11 jan. 2021.

_____. *Lei nº 3.071*, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 11 jan. 2021.

_____. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 11 jan. 2021.

_____. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 11 jan. 2021.

_____. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 11 jan. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp nº 479.648/MS*. Relator: Ministro RAUL ARAÚJO. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201400397592&dt_publicacao=06/03/2020>. Acesso em: 11 jan. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 17.556/MG*. Relator: Ministro WALDEMAR ZVEITER. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199200017100&dt_publicacao=17/12/1992>. Acesso em: 11 jan. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.215.185/SP*. Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702994311&dt_publicacao=03/04/2018>. Acesso em: 11 jan. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.392.314/SC*. Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201302058907&dt_publicacao=20/10/2016>. Acesso em: 11 jan. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.475.759/DF*. Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201303462777&dt_publicacao=20/05/2016>. Acesso em: 11 jan. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.500.999/RJ*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=40037440&num_registro=200900626412&data=20141023&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 11 jan. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal. *Súmula 149*, aprovada em 13 de dezembro de 1963. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula149/false>>. Acesso em: 11 jan. 2021.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. O aggiornamento do direito civil brasileiro e a confiança negocial. *Scientia Iuris*, Londrina, v.2/3, p. 14-40, 1998/1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Sucessões*. 3. ed. V. 7. Salvador: Juspodivm, 2017.

FONTELES, Samuel Sales. *Direitos Fundamentais*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de família*. 9. ed. V. 6. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. *Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 6. ed. V. 7. São Paulo: Saraiva, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 5. ed. V. 7. São Paulo: Saraiva, 2011.

HIRONAKA, Gisela Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. V. 20. São Paulo: Saraiva, 2003.

MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 7. ed. V. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 24. ed. V. VI. Atualização de Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ROLIM, Luiz Antônio. *Instituições de Direito Romano*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de família*. 14. ed. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 12. ed. V. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ASPECTOS PRINCIPOLÓGICOS DO DIREITO PROCESSUAL À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

NEY COSTA ALCANTARA DE OLIVEIRA FILHO:

Advogado, pós graduado em Penal e Processo Penal pelo Enfase.

RESUMO: Como se sabe, o Direito Processual está sujeito a princípios norteadores de todo o desenvolvimento da disciplina, que servem como uma orientação segura para a interpretação dos institutos que compõem esta matéria. O presente artigo tem como objetivo fazer uma análise dos princípios previstos no CPC de 2015, tendo em vista que é sempre necessário um certo dinamismo e adaptação do direito em face das mudanças que ocorrem na sociedade, e, justamente por isso, o CPC de 2015 traz uma quantidade bem maior de referências a princípios como meio eficaz de distribuição da justiça.

PALAVRAS-CHAVE: *Princípios. Princípios Processuais. Novo Código de Processo Civil.*

ABSTRACT: As is known, the Procedural Law is subject to the guiding principles of the entire development of the discipline, which serve as a sure guide for the interpretation of the institutes that make up this matter. This article aims to analyze the principles laid down in CPC 2015, bearing in mind that you always need a certain dynamism and adaptation of the right in the face of changes taking place in society, and rightfully so, the 2015 CPC It brings a much greater amount of references to principles as an effective means of distribution of justice.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Antes de passar a analisar os princípios que regem o direito processual, deve-se ter em mente que os princípios são "mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas." (ALEXY, *apud*, FARIAS E ROSENVALD, 2014, p. 67)

A partir deste conceito, podemos entender que os princípios são normas chaves do sistema jurídico e detêm força normativa, produzindo, assim, efeitos concretos.

Ademais, os princípios devem se submeter às "circunstâncias e a dimensão do peso, numa atividade de ponderação, dividida em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Isto é, nos casos concretos [...] prevalecerá aquele com maior peso". (AMORIM *apud* BUZANELLO, 2014).

Impende destacar que o direito processual não é composto somente por princípios.

A observação é importante. A distinção entre regras e princípios tem grande importância prática. São normas com estruturas distintas e formas de aplicação próprias, orientadas por padrões de “argumentação específicos, que favorecem o estabelecimento de ônus argumentativos e impactam diretamente na definição daquilo que deve ser exigido de forma definitiva”, por meio da solução jurisdicional. (LIMA, *apud*, DIDIER JR., 2015, págs. 61/62)

Assim, tanto os princípios quanto as regras regem-se pela expressão de um dever ser, sua diferenciação deve ser feita qualitativamente, ou seja, os princípios devem ser ponderados, balanceados, concretizados na medida do possível. As regras, por sua vez, são aplicadas pela máxima “ou tudo ou nada”, isto é, são normas a serem cumpridas de forma exata e na sua integralidade.

Feita essas considerações, pode-se partir para o estudo individual de cada princípio norteador do direito processual.

Ressalte-se que as mudanças realizadas no novo Código de Processo Civil traz uma quantidade bem maior de referências a princípios do que o anterior, buscando a celeridade, a fim de que se alcance a almejada razoável duração do processo.

Ao consagrar novos princípios, o novo código mostra-se disposto a tornar o processo o verdadeiro instrumento que serve à sociedade, e este passa a ser visto como instrumento de efetiva participação democrática, devendo o juiz ouvir e dialogar com as partes, agindo para a busca da pacificação social.

2. PRINCÍPIOS

2.1 Princípio do devido processo legal

Disposto no art. 5º, LIV, da CF, o princípio do devido processo legal é a base do direito processual, sendo uma garantia contra o exercício abusivo do poder, conferindo a todo sujeito de direito, o direito fundamental a um processo justo, equitativo e pode ser compreendido em duas dimensões.

Conforme leciona Didier Jr. (2015, p. 67):

Há o devido **processo legal formal ou procedimental**, cujo conteúdo é composto pelas garantias processuais [...]: direito ao contraditório, ao juiz natural, a um processo com razoável duração, etc. [...] A experiência jurídica brasileira assimilou **a dimensão substancial do devido processo legal** de um modo bem peculiar,

considerando-lhe o fundamento constitucional das máximas da proporcionalidade e da razoabilidade. (grifos nossos).

Neste sentido, o devido processo legal sob o prisma material visa assegurar que a sociedade seja submetida às leis razoáveis, tendo, portanto, finalidade social.

Por tais razões, a tutela dos direitos deve ser prestada de forma adequada, tendo o novo CPC como um de seus objetivos o alcance da celeridade, de modo que sejam atendidas todas as garantias e efetivação de um processo justo, sem colocar de lado os valores referentes a proporcionalidade, a razoabilidade e, principalmente, a dignidade da pessoa humana.

Isto é, por mais que se busque a solução de um litígio de uma forma rápida, a prestação jurisdicional deve se desenvolver de maneira a resguardar valores constitucionais.

É exatamente isso que preconiza o art. 4º do Novo Código de Processo Civil, quando determina que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Não é outro o entendimento de Marinoni, (2015, p. 97):

A natureza necessariamente temporal do processo constitui imposição democrática, oriunda do direitos das partes de nele participarem de forma adequada, donde o direito ao contraditório e os demais direitos que confluem para organização do processo justo ceifam qualquer possibilidade de compreensão do direito ao processo com duração razoável simplesmente como direito célere. O que a Constituição e o novo Código determinam é a eliminação do tempo patológico - a desproporcionalidade entre duração do processo e a complexidade do debate da causa que nele tem lugar. O direito ao processo justo implica direito ao processo sem dilações indevidas, que se desenvolva temporalmente dentro de um tempo justo.

Portanto, restou demonstrado que o devido processo legal contempla uma série de normas ou princípios constitucionais, assegurando o direito de ação e o direito de defesa judicial aos indivíduos, sendo demonstração de democracia e cidadania.

Ademais, o devido processo legal busca assegurar um tratamento isonômico com contraditório e um resultado efetivo apto a satisfazer o titular do direito que procura no Judiciário a solução de suas pretensões.

2.2 Princípio da Cooperação

Conforme estabelece o art. 6º do NCPC: “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

O que se pretende com esse princípio é a organização das partes e do juiz na conformação do processo, estruturando-o como uma verdadeira comunidade de trabalho, privilegiando o trabalho processual em conjunto do juiz e das partes.

Ou seja,

O juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na sua condução e assimétrico apenas quando impõe suas decisões. [...] A paridade na sua condução está em que, embora dirija processual e materialmente o processo, atuando ativamente, essa direção é desempenhada de maneira dialogal. Vale dizer: o juiz participa do processo colhendo a impressão das partes a respeito dos seus rumos, possibilitando assim a influência dessas na formação de suas possíveis decisões. Toda a condução do processo dá-se com a observância, inclusive com relação ao próprio juiz do contraditório. A assimetria, de outro lado, está em que o juiz, ao decidir as questões processuais e as questões materiais do processo, necessariamente impõe o seu comando, cuja existência e validade independem de expressa adesão ou de qualquer espécie de concordância das partes. (MARINONI, 2015. P. 101)

Podemos entender, assim, que o magistrado deve tornar-se um agente-colaborador do processo, inclusive como participante ativo do contraditório, não mais se limitando a mero fiscal de regras.

O princípio da cooperação estrutura-se a partir de alguns deveres que devem ser seguidos pelo na condução do processo. São eles:

- a) O dever de esclarecimento: consiste na obrigação do magistrado de aclarar as dúvidas que eventualmente as partes tenham a respeito da narração dos fatos ou sobre os pedidos formulados. Impõe ao juiz, portanto, o dever de indicar às partes eventuais obscuridades ou incoerências nas narrativas.
- b) O dever de diálogo: diz respeito a necessidade de o órgão judicial dialogar e consultar as partes antes de decidir qualquer questão, possibilitando a influência das mesmas no rumo da causa.

- c) O dever de prevenção: é quando o juiz deve alertar as partes das situações em que o êxito da ação ou da defesa possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo.

Além disso, o princípio que ora se analisa também estabelece deveres em relação às partes, quais sejam: o dever de esclarecimento – em que os litigantes devem redigir a demanda de forma clara e coerente; o dever de lealdade – as partes não podem litigar de má-fé; e o dever de proteção – em que a parte não pode causar danos à parte adversa.

Note-se que a colaboração no processo é entre o juiz para com as partes, pois:

As partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio. O máximo que se pode esperar é uma colaboração das partes para com o juiz no processo civil [...]. Isso obviamente não dispensa as partes de agirem com boa-fé no processo. No entanto, daí para exigência de colaboração entre as partes existe uma significativa distância. (MARINONI, 2015. P. 102)

Nesse sentido, o processo deve ser um diálogo entre as partes e o juiz, de modo que se afaste o individualismo, e cada um coopere com boa-fé para que se atenda a finalidade do processo.

2.3 Princípio da igualdade processual (paridade de armas)

O princípio da isonomia está consagrado no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, que enuncia: “Todos são iguais perante a lei”.

No campo do Direito Processual, está intimamente ligado ao devido processo legal. Da redação do art. 7º do NCPC podemos extrair o princípio da igualdade processual:

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Significa que o processo só poderá ser considerado justo se as partes dispõem das mesmas oportunidades e dos mesmos meios para dele participar.

Pelas lições de Didier, (2015, p. 97), a igualdade processual deve obedecer quatro aspectos: a imparcialidade do juiz, a igualdade no acesso à justiça (sem discriminação de gênero, orientação sexual, raça, etc), a redução das desigualdades que dificultam o acesso

à justiça (financeira, comunicação, etc), e a igualdade no acesso às informações necessárias ao exercício do contraditório.

Frise-se que a igualdade não pode ser vista sob o enfoque formal, não devendo confundida com um tratamento igual sem qualquer distinção de todos em todas as situações, tendo em conta que apenas aquilo que é igual deve ser tratado igualmente.

Ainda na linha de raciocínio de Didier (2015, p. 97), “o princípio da igualdade no processo costuma revelar-se com mais clareza nos casos em que se criam regras para tratamento diferenciado”. Isto é, o tratamento distinto em alguns casos é a principal forma de igualar as partes.

2.4 Princípio da Eficiência

Corolário do devido processo legal, o princípio da eficiência resulta da imposição ao órgão jurisdicional de adaptar regras processuais com o propósito de atingir a eficiência, tendo em vista que é difícil conceber como devido um processo ineficiente.

A garantia de acesso à ordem jurídica justa, assim, deve ser entendida como garantia de que todos os titulares de posições jurídicas de vantagem possam ver prestada a tutela jurisdicional, devendo esta ser prestada de modo eficaz, a fim de garantir que já a referida tutela seja capaz de efetivamente proteger as posições de vantagem mencionadas. (CÂMARA, 2014, p.44)

Preconiza o art. 8º do NCPD que:

Art. 8º - Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Tem-se que este princípio dirige-se, sobretudo, a orientar o exercício dos poderes de gestão do processo pelo órgão jurisdicional. Assim:

O órgão jurisdicional é visto como um administrador: administrador de um determinado processo. Para tanto, a lei atribui-lhe poderes de condução (gestão) do processo. Esses poderes deverão ser exercidos de modo a dar o máximo de eficiência ao processo. Trata-se o serviço jurisdicional como uma espécie de serviço público. (DIDIER, 2015, p. 101)

Desta forma, eficiente é o processo que atinge o resultado de modo satisfatório, utilizando-se de meios adequados para obtenção dos fins, observando-se dois fatores: “o de obter o máximo de um fim com o mínimo de recurso; e o de, com um meio, atingir o fim ao máximo.” (DIDIER, 2015, p. 102)

2.5 Princípio do Juiz Natural

O princípio do juiz natural está consagrado art. 5º, XXXVII e LIII, da Constituição, onde a Lei Maior proíbe juízo de exceção e garante que ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente.

Assim, deve ser visto sob dois enfoques, sendo o primeiro ligado à ideia de Juízo, por meio do qual a Constituição busca determinar que os processos tramitem perante o Juízo competente, cuja competência é constitucionalmente preestabelecida quando a própria Constituição dispõe acerca da competência dos órgãos jurisdicionais.

Sob o segundo aspecto, o princípio em análise está diretamente ligado à função de juiz, que deve ser imparcial para que se possa obter um processo justo, sob pena da decisão obtida ser ilegítima. Por este motivo, as leis processuais versam acerca dos vícios de parcialidade dos Juízes, por meio das chamadas causas de impedimentos e suspeições, dispostas nos artigos 144 e 145 do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo:

I - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha;

II - de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão;

III - quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

IV - quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

V - quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo;

VI - quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes;

VII - em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços;

VIII - em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório;

IX - quando promover ação contra a parte ou seu advogado.

Art. 145. Há suspeição do juiz:

I - amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados;

II - que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio;

III - quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive;

IV - interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes.

Não se deve confundir imparcialidade com neutralidade, posto que o Magistrado não pode assumir uma posição de passividade perante o processo, o juiz deve ser uma figura participativa e dirigente que deverá conduzir o processo em busca da verdade. Ademais, o julgador é um ser humano e como qualquer pessoa possui sua cultura, religião, ideologia e vivência que exerce o seu trabalho baseado em suas razões e emoções que forma sua convicção acerca da realidade dos fatos trazidos pelos litigantes.

A imparcialidade que se espera do juiz é a que resulta da ausência de qualquer interesse pessoal do juiz na solução da demanda a ele apresentada. (...) O juiz deve ser alguém estranho às partes, sob pena de se desobedecer o princípio do juiz natural, que exige não só um

órgão com competência constitucional preestabelecida, mas também um juiz imparcial, sob pena de se violar a garantia do processo justo. (CÂMARA, 2014, p.55)

2.6 Princípio do contraditório

Corolário do devido processo legal, o princípio do contraditório está consagrado no art. 5º, LV, da Constituição Federal, segundo o qual “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Assim, não há processo justo sem que se estabeleça o contraditório, que pode ser visto sob duas faces: um jurídica e outra política.

Do ponto de vista jurídico, estabelecer o contraditório significa acesso das partes aos atos e termos processuais possibilitando a manifestação acerca dos mesmos.

Já sob o enfoque político, o contraditório é uma garantia conferida aos sujeitos que assegura a legitimidade do exercício do poder através da participação dos interessados na formação da decisão.

Qualquer que seja a função exercida pelo Estado, só se terá exercício legítimo de poder quando houver participação no procedimento (ao menos potencial) de todos aqueles que podem vir a serem alcançados pelos efeitos do ato estatal produzido. Tal participação deve ser garantida, pois, em todas as três funções classicamente atribuídas ao Estado: legislativa, executiva e jurisdicional. (CÂMARA, 2015, p.62)

Assim, a garantia do contraditório assegura o direito de participação no processo a fim de legitimar o provimento jurisdicional, desta forma, só será legítimo o provimento jurisdicional que durante o processo foi garantida a participação de todos aqueles que se sujeitaram ao referido provimento.

Decisões prolatadas sem que seja promovido o contraditório são ilegítimas e, portanto inconstitucionais, por atacar os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.

2.7 Princípio da motivação das decisões judiciais

O art. 93, IX, da Constituição Federal, afirma que toda decisão judicial será fundamentada, sob pena de nulidade absoluta. Tal dispositivo visa proteger tanto o interesse das partes, que necessitam ter conhecimento acerca das razões do julgador para

decidir da forma que foi decidida, como o interesse público, posto que é imprescindível verificar a imparcialidade do magistrado.

3. Conclusão

Com a conclusão deste artigo, percebe-se a importância dos princípios em nosso ordenamento jurídico.

Com a entrada do chamado neoconstitucionalismo, os princípios superaram a fase de apenas serem vetores interpretativos, passando a existirem como norma pura, fonte primária para decisões judiciais.

Nessa fase, o direito e a moral se aproximaram, trazendo ao aplicador da norma jurídica elementos a fim de garantir a norma justa no caso concreto, utilizando métodos de ponderação entre princípios conflitantes.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Código de Processo Civil. In: Site do **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm (acesso em: 17 de setembro de 2015);

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de conhecimento. 17.ed. Salvador: Jus Podivm, 2015;

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015;

O UTILITARISMO DO NÃO ABORTO PARA A FELICIDADE DE QUEM NÃO É VÍTIMA: O ESTUPRO DE CRIANÇA DE 11 ANOS E O UTILITARISMO DA JOANA RIBEIRO ZIMMER, DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA (TJSC)

SÉRGIO HENRIQUE DA SILVA PEREIRA:

Jornalista, professor, produtor, articulista, palestrante, colunista. Articulista nos sites: Academia Brasileira de Direito (ABDIR), ABJ (Associação Brasileira dos Jornalistas), Âmbito Jurídico, Conteúdo Jurídico, Editora JC, Fenai/Faibra (Federação Nacional da Imprensa), Investidura - Portal Jurídico, JusBrasil, JusNavigandi, JurisWay, Observatório da Imprensa.

Sem imbróglis:

“DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54)

Aborto necessário

(...)

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.”

O caso de repercussão nacional e internacional de conduta ideológica, de Joana Ribeiro Zimmer, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC).

Pela literalidade na norma do art. 128, do CP, "o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal".

O conteúdo do vídeo, divulgado pelo *Intercept Brasil*, mostra induzimento da juíza quanto ao pedido da mãe da criança e da criança (11 anos de idade) estuprada. O que é de estranhar é que o Hospital negou o aborto, sendo a norma do art. art. 128, do CP, solar:

“Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54)

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.”

Se admitirmos que o Hospital, qualquer que seja, público ou particular, pode determinar quando a gravidez pode ou não ser interrompida, também podem os hospitais, e até os médicos, decidirem, por eles mesmos, outros fatos. Por exemplo:

“DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940

Condicionamento de atendimento médico-hospitalar emergencial (Incluído pela Lei nº 12.653, de 2012).

Art. 135-A. Exigir cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial: (Incluído pela Lei nº 12.653, de 2012).

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. (Incluído pela Lei nº 12.653, de 2012).

Parágrafo único. A pena é aumentada até o dobro se da negativa de atendimento resulta lesão corporal de natureza grave, e até o triplo se resulta a morte. (Incluído pela Lei nº 12.653, de 2012).”

Deflui, da proibição acima, o princípio da dignidade humana, está insculpido nas normas dos arts. 1º, III, 5º, § 1º, da CRFB de 1988. Ou seja, a vida é o bem maior, este bem está acima do capital. Ora, dizer que os planos de saúde, ou estabelecimentos privados de saúde necessitam de capital para prestarem "bons atendimentos" é, deveras, um "apêndice" de um sistema orgânico.

O Instituto de Defesa do Consumidor (idec.org.br) disponibilizou, há tempo, uma cartilha — *Cartilha Planos de Saúde* — informativa sobre os planos privados, o SUS e a dignidade dos consumidores. A cartilha é de 2007, contudo, muito atual quanto às diferenças para a dignidade dos brasileiros:

“O dinheiro público – que sai do nosso bolso – também é usado para a compra de planos de saúde privados dos funcionários públicos. Por ano, só o governo federal – sem contar empresas estatais, órgãos de estados e prefeituras – desembolsa mais de R\$ 1 bilhão para financiar a saúde privada de seus servidores, inclusive para os funcionários do SUS. Os planos de saúde também têm alto custo social. E quem paga a conta dos

planos coletivos, a maior fatia do mercado, não são os empregadores, mas sim a sociedade. As empresas embutem os gastos que têm com saúde privada para os funcionários no valor dos seus produtos e serviços. Por exemplo, quando você paga a conta do seu telefone, lá está embutido o custo do plano de saúde dos empregados da companhia telefônica. Há, ainda, a isenção de alguns impostos para vários planos de saúde, como aqueles ligados às Santas Casas ou às cooperativas médicas, que visam lucro assim como os demais. Enquanto os gastos por habitante para usuários do SUS – cerca de 80% da população – não chegam a R \$300,00 por ano, o gasto por habitante para clientes de planos de saúde – cerca de 20% da população – é três vezes maior. No final das contas, ninguém está satisfeito com a assistência que recebe.

(...)

As mesmas empresas de planos de saúde que exploram os consumidores, também “sugam” os insuficientes recursos do SUS. Por exemplo, no momento em que negam coberturas aos consumidores, acabam sendo atendidos pelo sistema público. A Lei dos Planos de Saúde, para tentar corrigir esse absurdo, criou um sistema de ressarcimento: o SUS tem direito de receber toda vez que um cliente de plano de saúde é atendido em hospital público, desde que a cobertura esteja prevista no contrato do plano. É tão grande o volume de atendimentos feitos pelo SUS a pacientes que têm plano de saúde que, desde o início da cobrança do ressarcimento, os planos devem mais de R\$ 1 bilhão aos cofres públicos. Mas desse dinheiro todo, somente 5% retornou ao SUS.”

Ano de 2020, a pandemia por Covid-19. Houve aumento, recentemente, de 15 % (quinze por cento) nos planos de saúde. Desde 2007, os planos tiveram prejuízos substanciais? Para pensar!

Do direito de propriedade e da autonomia privada: prevalente é a dignidade humana. Eis o fundamento da norma do Art. 135-A, do CP. Isso não quer dizer que o hospital não tenha nenhuma probabilidade de ter os valores pelos seus devidos gastos com o atendimento médico-hospitalar emergencial. Posso estender tal observação para o filme *Um ato de coragem*. Ao ponderar o filme com a norma do Art. 135-A, do CP, o âmago é a dignidade humana e os limites da ideologia capitalista — recomendo ler *O que Michael J. Sandel diria sobre furar filas no SUS e no Congresso brasileiro?* (jusbrasil.com.br).

Pelo ensejo, do fato escandaloso, quanto à decisão da juíza, em relação ao aborto do nascituro no ventre da criança estuprada: *Direitos Humanos na Administração da Justiça: Um Manual de Direitos Humanos para Juízes, Procuradores e Advogados*. Tradução:

“Capítulo 4

A AUTONOMIA E A IMPARCIALIDADE DE JUÍZES, PROMOTORES E ADVOGADOS

No Estado constitucional moderno, o princípio da autonomia do Judiciário possui sua origem na teoria da separação dos poderes, na qual o Executivo, o Legislativo e o Judiciário formam três partes separadas do governo, formando um sistema de balança e fiscalização mútua, que visa a prevenção de abusos de poder em detrimento de uma sociedade livre. Essa autonomia significa que tanto o Judiciário, como uma instituição, quanto os juízes, ao decidirem os casos específicos, devem poder exercer suas responsabilidades profissionais sem a influência do Executivo, do Legislativo ou qualquer outra fonte imprópria.

Somente um Judiciário autônomo pode promover a justiça de forma imparcial e baseada na lei, protegendo também os direitos humanos e as liberdades fundamentais do indivíduo. Para que esta tarefa essencial seja cumprida eficientemente, o povo deve ter confiança total na habilidade do Judiciário em exercer as suas funções de uma maneira autônoma e imparcial. Toda vez que esta confiança se desgasta, nem o Judiciário como uma instituição, nem os juízes individualmente conseguirão exercer completamente esta importante tarefa, ou pelo menos não serão facilmente vistos exercendo-a.

Consequentemente, o princípio da autonomia dos juízes não foi criado para o benefício dos próprios juízes, mas sim para proteger os seres humanos contra abusos de poder. Este princípio determina que os juízes não podem atuar de nenhuma forma arbitrária, decidindo os casos conforme suas preferências pessoais, mas que seu dever é, e continuará sendo, a aplicação da lei. No campo da proteção aos indivíduos, isso também significa que os juízes possuem a responsabilidade de aplicar, quando pertinente, as leis locais e internacionais sobre os direitos humanos.

Um ordenamento jurídico baseado no respeito à lei também precisa de uma promotoria forte, autônoma e imparcial, disposta a investigar e denunciar crimes suspeitos cometidos contra seres humanos, mesmo quando estes crimes são cometidos por pessoas no exercício do dever legal.

A não ser que os juízes e promotores cumpram completamente suas funções fundamentais em manter a justiça na sociedade, existe um sério risco de que a cultura da impunidade se enraíze, aumentando, desta forma, a distância entre a população em geral e suas autoridades. Se as pessoas encontrarem problemas em conseguir justiça para si mesmas, podem ser levadas a fazer justiça com as próprias mãos, resultando em mais deterioração na administração da justiça e, possivelmente, novas explosões de violência.

Capítulo 10

OS DIREITOS DA CRIANÇA NA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

4.2 O melhor interesse da criança

O artigo 3(1) da Convenção sobre os Direitos da Criança é a disposição essencial sobre o princípio do melhor interesse e reza conforme segue:

“1. Em todas as ações relacionadas às crianças, sejam elas empreendidas pelas instituições de bem-estar social públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou entidades legislativas, o melhor interesse da criança constituirá a consideração principal.”

4.3 O direito da criança à vida, sobrevivência e desenvolvimento

A redação do artigo 6(2) da Convenção sobre os Direitos da Criança também deixa claro que os Estados partes poderão ter que tomar medidas positivas a fim de maximizar “a sobrevivência e o desenvolvimento” das crianças sob sua jurisdição.

Assim, pode ser necessário que os Estados “tomem medidas apropriadas”, interagia, “para diminuir a mortalidade de bebês e crianças”, ou fornecer às crianças “os cuidados com a saúde e a assistência médica necessária” (cf. art. 24 da Convenção sobre os Direitos da Criança).

4.4 O direito da criança de ser ouvida

Um outro princípio geral importante é encontrado no artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança, segundo o qual:

“1. Os Estados Partes assegurarão à criança que é capaz de formar suas próprias opiniões o direito de expressar livremente essas opiniões em todos os assuntos que afetem a criança, as opiniões da criança recebendo

a devida ponderação em conformidade com a idade e a maturidade da criança.

2. Para esta finalidade, será propiciada à criança a oportunidade de ser ouvida em qualquer processo judicial e administrativo que a afete, seja diretamente, ou através de um representante ou uma entidade apropriada, de forma consistente com as regras processuais da legislação nacional”.

O direito de uma criança de ser ouvida, segundo o Artigo 12 da Convenção, não significa, entretanto, que a criança tem “direito de autodeterminação”, mas somente que ela tem direito de “se envolver na tomada de decisão”.(30) Essa participação precisa ser autêntica, e não pode ser reduzida a uma formalidade. Além disso, quanto mais velha e mais amadurecida for a criança, maior peso será dado às suas opiniões. Isso significa que é preciso dar um peso particular às opiniões do adolescente no decorrer do processo com relação à pessoa do adolescente.

Com relação à adjudicação e disposição dos adolescentes, a Regra 14 (2) das Regras de Beijing também dispõe que:

“O processo deve ser conducente ao melhor interesse do adolescente, e será conduzido em uma atmosfera de compreensão, o que deve permitir que o adolescente participe do mesmo e se expresse livremente.”

O direito de ser ouvido em um processo judicial referente a si mesmo, como tem sido visto nos Capítulos 5 a 7 deste Manual, é reconhecido para adultos e constitui uma importante salvaguarda do processo. Entretanto, é um direito que adquire ênfase particular quando se relaciona a crianças, pois poderão ser necessários esforços especiais para se assegurar que uma criança seja autenticamente ouvida.

Perguntar sobre o aborto. A criança deve ou não saber dos prós e contras pelos juízes (homens, mulheres ou LGBT+)? Juízes perguntem, não há nada demais, pois, como ocorre em outros processos, não de estupro, é comum perguntar sobre a consciência do fato, isto é, o que de fato ocorreu, o que está ocorrendo durante a audiência etc. No entanto, a partir do momento em que há perguntas (juízes), mas logo em seguida transmite uma ideia, que não faz parte da certeza de quem é interpelado, ou se este tem consciência/conhecimento e sofre insistência ideológica de quem pergunta, há persuasão. É de conhecimento geral que, salvo alguns juízes, intimidam advogados, jurados, réus e testemunhas. Uma voz poderosa no Tribunal.

"Presume-se que o juiz é pessoa de fino trato, aprimorado no bom convívio social. Não lhe podem faltar cortesia, polidez e a delicadeza, que se adquirem também pelo trato do mundo.

(...)

Infelizmente, há ainda juízes, raros, é verdade, que são verdadeiras bestas, não sabendo que a testemunha presta um favor à Justiça, que o advogado não é seu subordinado hierárquico e que o réu é um ser humano como eles, merecendo respeito." (O Juiz, o Promotor, o Advogado — Seus poderes e deveres. Francisco Vani Benfica).

Para muitos brasileiros, desprovidos de conhecimentos sobre os direitos humanos, a simples palavra autoridade já causa medo. Não é difícil encontrar, nas redes sociais, trechos de vídeos claramente com abusos por parte de juízes, policiais etc. Com a promulgação da CRFB de 1988, com o aperfeiçoamento dos operadores de Direito aos direitos humanos, ocorreram profundas mudanças na cultura jurídica brasileira, o mesmo na própria cultura brasileira.

Ir ao Tribunal já causa mal-estar aos jurados, estudantes de Direito, réus etc. Não pelo fato de saber quem é o (a) juiz (a), contudo, pelo fato de ser Tribunal e estar de frente ao (à) juiz (a). Séculos de uma imagem negativa, de que o Estado e de quem está revestido dos poderes (transitórios) concedidos pelo Estado podem tudo fazer com os cidadãos. Esse mal-estar, infelizmente, gera consequências negativas para os próprios juízes, uma vez que das desconfianças dos cidadãos com o Estado e com os seus agentes, um "estado psíquico de desconfiança" se instala. Não é demais frisar sobre tentativas de desacreditar tanto o Estado quanto os agentes, quando grupos antidemocráticos, na figura da "maioria", querem desestabilizar o Estado Democrático de Direito. Aos opositores da "maioria", sejam eles operadores de Direito ou não — recomendo ler *Asilo político para advogada. O Brasil vive uma ditadura?* — as suas dignidades ficam reduzidas, ou ameaçadas de morte.

Nos trechos que se seguem do vídeo, não houve imparcialidade da juíza. Sobre o aborto, trago, novamente, as normas do Código Penal:

“Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: (Vide ADPF 54)

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: (Vide ADPF 54)

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54)

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Não há de se falar em crime quando o aborto é permitido pelo Estado, como bem descrito na redação do art. 128, II, do CPP.”

Entre a decisão dos profissionais da área de saúde, das normas dos estabelecimentos de saúde (hospitais, clínicas) e da vontade da mulher cisgênero e da vontade do homem transgênero — nasceu com os órgãos sexuais masculinos, mas se identifica, emocional e psiquicamente, como mulher —, devem prevalecer a vontade da mulher cisgênero e a vontade do homem transgênero. Se da negativa, não há como aplicar, por exemplo:

“Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, **levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.** (Código de Ética Médica) **(grifo do autor)**

Não há vontade, por ideologia, do profissional de saúde de "empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas" e, sim, "levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal". Age o profissional sem cometer crime:

“DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940

Exclusão de ilicitude (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 23 3 - Não há crime quando o agente pratica o fato: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

(...)

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.” (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Leciona Nucci:

Atualmente, somente para exemplificar, vem sendo praticada a ortotanásia, aprovada, inclusive, como conduta ética dos médicos pela Resolução 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina:

“Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal” (DOU 28.11.2006, Seção I, p. 169). Cuida-se de procedimento comum nos hospitais, apoiado não somente pelos médicos, mas pelos próprios interessados – os pacientes terminais – e seus parentes. Atinge o âmbito do consentimento do ofendido, mas, antes de tudo, consiste em conduta socialmente adequada, logo, atípica.” (NUCCI,

Guilherme de Souza. Código penal comentado / Guilherme de Souza Nucci. – 17. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017)

Há a morte natural pela ortotanásia. Não se mata, contudo, abrevia-se. Se a vida é o bem maior, como defendida, todos os procedimentos devem ser aplicados para salvar vidas. Em 2020, na pandemia por Covid-19, o "kit-Covid" foi largamente defendido por alguns profissionais da área de saúde, pela justificativa de autonomia médica. O Conselho Federal de Medicina asseverou o direito de autonomia médica — CFM: tratamento precoce contra covid-19 não é recomendável, mas médicos têm autonomia — Rádio Senado.

Se há autonomia médica, considera-se provável que os médicos podem desobedecer ao art. 41 do Código de Ética Médica? Tais profissionais não possuem plena autonomia, pois estão "subjugados" ao Conselho — recomendo ler Profissionais da área de saúde e as entidades de atendimento médico-hospitalar emergencial diante do CDC, da CF/1988, do CP e do CC.

Depreende-se. Tanto os agentes públicos, quanto os não agentes, desde moradores de rua até profissionais da área de saúde, ninguém possui direitos absolutos. Por isso, o Estado Democrático de Direito. Da ideologia atual, a dos direitos humanos, a dignidade humana é princípio norteador do Estado brasileiro e da sociedade brasileira, ainda que na sociedade existam pluralidades ideológicas.

O hospital deveria ter feito o aborto, e não seria necessário o Judiciário e tanto sofrimento para a criança estuprada. O feto não tem culpa, a estuprada também.

Para refletir.

Os conservadores dirão "Ela (juíza) agiu bem, em defesa da vida". Ocorre que os conservadores também afirmam que o Supremo Tribunal Federal usurpou poderes do Poder Legislativo ao permitir o casamento homoafetivo pelo ativismo judicial contra o art. 226, § 3º da Constituição Federal.

Realmente, a criança não tem culpa, muito menos o feto. Antes das novas redações e revogações no Código Penal, havia perdão para quem estuprava e casava.

Criança e feto não têm culpa nenhuma. Todavia, quem vai cuidar da criança e do feto dela? Quem doará alimentos, fraldas? Após a vida intrauterina, quem vai cuidar do novo ser humano? E a criança-mãe, ela terá infância? Como estudará?

Vamos admitir que os contrários aos aborto cedam partes de suas economias para a criança-mãe e filho (a).

Ainda assim, como a criança grávida não tem como deliberar por ela, já que não tem conhecimentos como os adultos, como moral, imoral, amoral, compreender os prós e contras da gravidez precoce, do aborto, os adultos deliberam por ela, mas por qual ideologia? Conservadora, liberal, libertária? Se os adultos sabem o que é bom para a criança, e cada cultura tem seus valores, qual cultura está correta e qual está errada?

Os juízes devem agir pelo positivismo ou pelo pós-positivismo? A "livre escolha do juiz" deve ser pelas normas ou ir além das normas como a metafísica?

Mesmo assim, tudo é criação humana, pelo entendimento humano, melhor, da espécie humana; cada grupo com sua ideologia.

Se a juíza decidiu pela vida do nascituro, o motivo do não aborto. Desconsiderou a vontade da criança, da família da criança. Então o Estado pode decidir tudo, enquanto os cidadãos nada podem fazer? O Estado sabe o que é bom e ruim para os cidadãos? A "maioria" deve determinar a vida individual? Isso não é "ditadura da maioria" contra a "minoria"? Contra a liberdade individual?

Se a vida é "Direito Sagrado", o aborto um crime aos Olhos de Deus, é de se considerar adoções de crianças por casais LGBT+. Entretanto, o Estado laico não deve existir neste caso. A proibição de adoção por casais LGBT+ não pode acontecer, no sentido de não ser permitido pelo Estado (teológico).

SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

ELISA ROCHA TEIXEIRA NETTO:

Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Advogada.

RESUMO: O presente artigo busca analisar os diferentes sistemas processuais penais, quais sejam, o sistema inquisitorial, o sistema acusatório e o sistema misto, enfatizando sua evolução ao longo da história. Soma-se a isso a análise do sistema processual penal brasileiro vigente, idealizado como sistema acusatório pela Constituição Federal de 1988, mas que ainda guarda aspectos do sistema inquisitorial em sua legislação processual penal.

PALAVRAS-CHAVES: Sistemas processuais penais. Inquisitorial. Acusatório. Misto.

INTRODUÇÃO

O estudo dos sistemas processuais penais é importante para a compreensão do atual sistemática do direito processual penal vigente no ordenamento jurídico brasileiro. De acordo com Eugênio Pacelli²⁵², normalmente, a doutrina separa o sistema processual inquisitorial do modelo acusatório, pela titularidade atribuída ao órgão da acusação: inquisitorial seria o sistema em que as funções de acusação e de julgamento estariam reunidas em uma só pessoa (ou órgão), enquanto o acusatório seria aquele em que tais papéis estariam reservados a pessoas (ou órgãos) distintos. Há ainda o sistema misto, em que a primeira fase é tipicamente inquisitorial e a segunda fase possui caráter acusatório. É nesse cenário que o presente artigo se debruça, destacando ainda o sistema processual penal vigente no ordenamento brasileiro.

EVOLUÇÃO HISTÓRIA

Inicialmente, na Roma Antiga, havia o denominado Sistema Acusatório Individualista, em que a acusação era de natureza privada, feita pelo próprio ofendido ou por qualquer um do povo (ação penal popular). A idéia de individualismo é no sentido de que caberia ao interessado movimentar, suscitar a autuação da autoridade para aplicação da sanção.

O processo era visto como "questão de interesse das partes" (*iudex secundum allegata et probata partium decidit*). Esse modelo acabou por gerar injustiças, pois o

²⁵² Pacelli, Eugênio. Curso de processo penal. 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 19.

resultado do processo depende da condição social e econômica das partes, assim, o membro com status social acabava sendo favorecido. Além disso, o ônus de promover a ação é do próprio ofendido. Nessa fase da história já se supõe normas, com ordem política. Não se confunde, portanto, de vingança privada.

Ressalta-se que modelo de persecução penal adotada pelos povos bárbaros era o das ordálias, isto é, eram meios de provação, de testes. Exemplo disso era a prova do fogo em se obrigava o suposto autor do fato a andar no fogo e, se mostrasse sentir dor, significava que seria culpado pelo delito.

Posteriormente, na Idade Média, surge o Sistema Inquisitorial, surgindo o interesse do Estado (Poder Político) em combater o crime. O sistema processual penal deixa de ser uma questão individual, passando a ser um interesse da própria sociedade, portanto, quem detinha o poder não pôde mais deixar a acusação a critério das partes.

Surge a investigação racional baseada na lógica, isto é, a idéia de inquéritos. Nesse contexto, os juízes paulatinamente interferem na atividade acusatória, na busca da "verdade real" (racional). Ganha relevo especialmente no âmbito das instituições canônicas, atingindo sua culminância na inquisição espanhola.

Para se verificar se houve a infração de uma norma, os canônicos nomeavam um terceiro neutro, que fazia um inquérito para aferir o que seria justo. O problema é que havia distorções dos resultados, nesse modelo em que o "juiz" buscava as provas, ou seja, ele que acusava e julgava, ao mesmo tempo. Nessa esteira, o réu não era visto como sujeito de direitos, mas como mero objeto do processo, sendo a relação processual linear e não triangular como os dias atuais.

Para contrabalançar os poderes do julgador, estabeleceu-se o sistema de provas tarifadas (ou sistema legal de provas) em que se atribuía um "peso" ou "valor" a cada tipo de prova. A confissão era a prova por excelência, o que fazia com que se legitimassem torturas para se obter uma confissão.

Em síntese, as principais características do sistema inquisitorial são: não há contraditório, ausência de igualdade/paridade entre as partes, ausência de ampla defesa (o que é relevante é a busca da verdade, e não o ofendido ou ofensor), constituição de um processo verbal e sigiloso (não há publicidade). Segundo Paulo Rangel²⁵³ o próprio órgão que investiga, é o que pune – há confusão entre autor e julgador – na figura do juiz concentra-se as três funções: acusar, julgar e defender (o juiz iniciava de ofício a acusação,

253 Rangel, Paulo. Direito processual penal – 23ª Ed – São Paulo: Atlas, 2015.

rompendo, assim, sua imparcialidade). O processo é sigiloso, feito de forma secreta, não havendo contraditório e ampla defesa, sendo utilizado o sistema das provas tarifadas.

Com o advento da Revolução Francesa e seus ideais iluministas, o sistema inquisitivo torna-se incompatível com o novo contexto, o que não significa que seus postulados foram completamente abandonados²⁵⁴.

Por fim, surge na contemporaneidade, o sistema acusatório, sendo o modelo predominante atualmente. Tem como traço característico fundamental a acusação ser a cargo de um órgão público, distinto do julgador (só excepcionalmente a acusação é a cargo das partes, no caso de ação penal privada). Ary Lopes Júnior²⁵⁵ diverge entendendo que o ponto chave será a “gestão de prova” e não a simples separação do acusador e do julgador.

Na verdade, para que o modelo seja genuinamente acusatório, é necessário que o julgador não tenha qualquer ingerência na produção de prova. Ocorre que no processo penal atual, pode o juiz ouvir uma testemunha que não foi arrolada pelas partes²⁵⁶, assim tem ingerência sobre a produção de provas, ultrapassando o modelo acusatório puro. A doutrina majoritária entende que se for para benefício do réu, o processo em que o juiz excedeu os limites do sistema acusatório, ele será considerado válido.

Têm-se ainda como características do sistema acusatório a publicidade (em contraste com o sigilo que regia o modelo inquisitorial), o contraditório, a ampla defesa e a imparcialidade do julgador (regras sobre a prevenção, como por exemplo, no caso em que o juiz que determina a quebra de sigilo telefônico no inquérito policial, torna-se prevento em caso do inquérito torna-se um processo).

Apesar de se criar um órgão acusatório, não se priva do ofendido a possibilidade desse tomar iniciativa, quando houver previsão de ação penal privada. Nesse caso, há um traço do sistema acusatório individualista, apesar de se prezar pelo o interesse da coletividade.

Existem questões de ordem cultural e modos de “produção” ou “descoberta” da verdade. Explica-se: nos crimes existe o elemento anímico (dolo), no qual não se pode

254 Nucci, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução pena – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.112.

255 Lopes Junior, Ary. Fundamentos do processo penal : introdução crítica – 3. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

256 Art. 209. *O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.*

definir objetivamente. Assim, é resgatado por meio da produção das provas. Através delas tenta-se recriar o crime. Logo, a busca da verdade é afetada pelos diferentes meios de produção, ou seja, ainda que se possa dizer que adotamos o modelo acusatório, ele é marcado por traços de nossa cultura.

Para Paulo Rangel²⁵⁷, no sistema acusatório, há nítida separação entre as três funções (julgar, acusar e defender). O juiz é órgão imparcial de aplicação da lei, não podendo mais ter iniciativa de instaurar de ofício a persecução penal. Isso porque é criado pelo Estado, um órgão próprio para propositura da ação. Sintetizando as características do sistema acusatório: separação entre as três funções, publicidade, contraditório e ampla defesa (o réu passa a ser sujeito de direitos), o sistema de provas é o do livre convencimento (a sentença deve ser fundamentadas com as provas trazidas nos autos, uma vez que o juiz tem livre apreciação, mas não pode se afastar do que consta no processo) e a imparcialidade do órgão julgador.

TRAÇOS INQUISITORIAIS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Apesar de majoritariamente afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro vigente adotou o sistema acusatório (já que a Constituição Federal assegura a acusação por um órgão autônomo e distinto do julgador – o Ministério Público), não se pode olvidar que ainda podem-se ser visualizados traços do sistema inquisitorial no processo penal atual.

Primeiramente, temos aspectos ligados à gestão da prova, inclusive iniciativas "ex officio" do Juiz na produção de provas. Exemplo disso é o artigo 156 CPP, que dispõe que:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

O modelo inquisitório é marcado pela iniciativa as partes, ou seja, a vítima faz a acusação e o juiz realiza a produção de provas. Logo, esse dispositivo se aproxima do sistema inquisitorial, haja vista que permite o juiz ter a iniciativa, sem provocação, para

²⁵⁷ Rangel, Paulo. Direito processual penal – 23ª Ed – São Paulo: Atlas, 2015.

produzir as provas. Parte da doutrina critica o mencionado artigo, dizendo que o mesmo fere o devido processo legal.

Além disso, pode-se citar como traço do sistema inquisitorial a manutenção das peças do inquérito policial nos autos da ação penal. O inquérito policial é um marco do modelo inquisitorial no sistema brasileiro atual. Utiliza-se como argumento para fundamentar que não é necessário o contraditório no inquérito policial por esse apenas ser um elemento para viabilizar o processo. Ocorre que o inquérito penal integra a ação penal, servindo como elemento de prova da decisão judicial, sem que houvesse o devido contraditório. O artigo 155 CPP autoriza o juiz a fundamentar parcialmente a sua decisão no inquérito penal, fazendo assim com que o inquérito penal, em que não houve contraditório, sirva como parte do fundamento da decisão judicial.

Para Paulo Rangel²⁵⁸, a sentença deveria ser motivada somente com base nas provas existentes no processo judicial, salvo no caso de informações cautelares, não repetíveis e antecipadas. Isso porque é no processo judicial que as provas são colhidas sobre o crivo do contraditório e as demais provas do inquérito penal devem ser corroboradas em juízo.

MODELOS MISTOS DE SISTEMAS PROCESSUAIS

Os modelos mistos são aqueles que comportam os dois sistemas processuais: o inquisitorial e o acusatório. Como exemplo de modelo misto, há o modelo bifásico adotado pela França após a Revolução de 1789, que se divide em jurisdição de instrução e jurisdição de julgamento.

Na primeira fase, o juiz preside a instrução, tendo uma prerrogativa de interferir de modo mais intenso. Sendo pró-ativo, atinge a realidade de que o julgador não pode ser uma "samambaia". O juiz dessa fase não participa da decisão, no qual é feita pelo juiz da segunda fase. Todavia, deve-se atentar que, a primeira fase dessa jurisdição, não se confunde com inquérito, pois o inquérito policial não é judicial. Essa primeira fase é judicial e já faz parte do processo.

Retornando ao sistema brasileiro, em que a fase do inquérito penal, como o próprio nome indica, é marcada pelo modelo inquisitorial, embora suscite muitas controvérsias, como por exemplo, a atuação do advogado e a sua publicidade, predomina o entendimento de que apesar de não ser processo, o advogado pode participar do inquérito. Ele é considerado um procedimento administrativo e não um processo

²⁵⁸ Rangel, Paulo. Direito processual penal – 23ª Ed – São Paulo: Atlas, 2015.

administrativo, pois esse último necessita de uma decisão ao final e no inquérito penal só há ao final um relatório.

Entende-se que o modelo brasileiro atual é um modelo em que a Constituição Federal idealiza um modelo acusatório, que respeite o devido processo legal. Entretanto, é marcado por traços inquisitoriais em que o juiz ainda pode ter iniciativa probatória.

Segundo Paulo Rangel²⁵⁹:

“Na primeira fase, denominada instrução preliminar, o magistrado procede às investigações, colhendo todas as informações que autorizem a acusação. Essa fase é influenciada pelo sistema inquisitorial, assim é um procedimento secreto, sem ampla defesa e contraditório. A segunda fase, denominada fase judicial, a acusação penal é feita em regra pelo MP, no qual há publicidade e contraditório, bem como há igualdade entre acusação e defesa. É assegurado ainda nessa fase o estado de inocência, tendo o MP o ônus exclusivo de prova.”

Nesse mesmo sentido, Renato Brasileiro²⁶⁰ afirma:

“Quando o Código de Processo Penal entrou em vigor, prevalecia o entendimento de que o sistema nele previsto era misto. A fase inicial da persecução penal, caracterizada pelo inquérito policial, era inquisitorial. Porém, uma vez iniciado o processo, tínhamos uma fase acusatória. Porém, com o advento da Constituição Federal, que prevê de maneira expressa a separação das funções de acusar, defender e julgar, estando assegurado o contraditório e a ampla defesa, além do princípio da presunção de não culpabilidade, estamos diante de um sistema acusatório. É bem verdade que não se trata de um sistema acusatório puro. De fato, há de se ter em mente que o Código de Processo Penal tem nítida inspiração no modelo fascista italiano. Torna-se imperioso, portanto, que a legislação infraconstitucional seja relida diante da nova ordem constitucional. Dito de outro modo, não se pode admitir que se procure delimitar o sistema brasileiro a partir do Código de Processo Penal. Pelo contrário. São as leis que

²⁵⁹ Op cit.

²⁶⁰ Lima, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único– 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 77.

devem ser interpretadas à luz dos direitos, garantias e princípios introduzidos pela Carta Constitucional de 1988”.

Logo, o sistema brasileiro atual de processo penal não é um sistema misto, mas também não pode ser considerado um sistema acusatório puro, haja vista permanecer alguns traços inquisitoriais, devendo os dispositivos do Código de Processo Penal serem lidos à luz da Constituição Federal de 1988.

CONCLUSÃO

Percebe-se que ocorreu um progresso em relação aos sistemas processuais penais ao longo do passar dos séculos da história. Todavia, um modelo não sucedeu ao outro de forma estanque, visto que, conforme explanado, ainda sobrevive aspectos do sistema inquisitorial no contexto atual. Logo, importante compreender as principais características de cada sistema, para perceber seus traços no sistema processual penal brasileiro, a fim de dar mais efetividade aos preceitos processuais penais como operadores do Direito.

REFERÊNCIAS

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único – 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. Fundamentos do processo penal : introdução crítica – 3. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução pena – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017

RANGEL, Paulo. Direito processual penal – 23ª Ed – São Paulo: Atlas, 2015.

CASAMENTO X UNIÃO ESTÁVEL E A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

TUANY GASQUES ANDRADE:

Bacharelada em Direito pelo Centro Universitário de Santa Fé do Sul – UNIFUNEC.

EDUARDO CURY²⁶¹

RESUMO: O escopo do presente estudo será de apresentar a linha do tempo que deu origem a união estável, bem como, os direitos sucessórios dos companheiros. Sendo a família, a base da sociedade e em razão desta, a necessidade de que houvesse legislação a respeito desta nova modalidade de entidade familiar. Aprofundou-se no tanger dos direitos sucessórios, sua origem e aplicação, bem como, porque há diferença na aplicação para o cônjuge supérstite, bem como ao companheiro e toda a linha sucessória. Ainda, será analisado o julgamento dos recursos extraordinários de n. 646.721 e 878.694, do Supremo Tribunal Federal, cujo a tese fixada fora a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, que deve ser equiparado o cônjuge ao companheiro, quando da sucessão. Ainda, verificou-se quanto a lacuna trazida por tais decisões, no tanger de determinar se o companheiro, passa a ser então, herdeiro necessário. A metodologia utilizada fora por método dedutivo, que ao fim, após a análise da legislação pertinente pode-se concluir que mediante a tese fixada, ora mencionada, permitiu-se que a justiça seja feita de modo que ocorra a correção aplicação do direito sucessório.

Palavras-chave: Casamento. União estável. Direitos Sucessórios. Recursos Extraordinários.

ABSTRACT: The scope of this study will be to present the timeline that gave rise to the stable union, as well as the inheritance rights of partners. As the family is the basis of society and because of it, there is a need for legislation regarding this new type of family entity. He went deeper into the scope of inheritance rights, their origin and application, as well as why there is a difference in the application for the supersite spouse, as well as for the partner and the entire line of succession. Still, the judgment of the extraordinary appeals of n. 646,721 and 878,694, of the Federal Supreme Court, whose thesis fixed for an unconstitutionality of article 1790 of the Civil Code, which must be equated the spouse to the partner, in the succession. Still, it was verified how much the gap brought by such decisions, regarding to determine if the partner, becomes, then, necessary heir. The methodology used for the deductive method, which in the end, after analyzing the relevant legislation, it can be concluded that, through the fixed thesis, or the aforementioned one,

261 Docente do Centro Universitário de Santa Fé do Sul – SP, UNIFUNEC

it is obligatory that justice is done so that the correction of the application of inheritance law occurs.

Keywords: Marriage. Stable union. Inheritance Rights. Extraordinary Resources.

1 INTRODUÇÃO

É certo que, com o tempo as definições expressas nas legislações sentem necessidade de serem alteradas em razão da evolução, bem como, mudança de comportamento da sociedade, princípios que eram certos e precisos, são modificados em busca de promover segurança jurídica nas relações, sejam estas, quais forem.

Assim sendo, a família, desde o primórdio é tido como centro das relações, também chamada de base da sociedade, já que parte dela a estrutura necessária para que o indivíduo possa se desenvolver no âmbito emocional e psíquico, como também profissional.

Ocorre que, como tudo, houve sempre a necessidade de ser formado um conceito para definir tal instituto, bem como, delimitar o que faria parte deste. Com isso, a carência em dizer que o núcleo familiar deveria ser formado por um homem e uma mulher casados e monógamos, em respeito a moral e bons costumes surgiu, sendo tipificado na legislação brasileira.

Em consequência ao supramencionado, o que não era tido como regular nos termos da legislação, não tinha respaldo legal, em contrapartida, em razão do “respeito” e “compromisso” ao que previa a lei, houve a necessidade de resguardo aos entes familiares em todas as fases da vida, inclusive, em razão do falecimento, momento em que surgem os direitos sucessórios.

É bem verdade, que no passado todas as pessoas procuravam relacionar-se nos termos em que a lei exigia, contudo, nunca deixou de existir casais que “juntavam-se”, passando a constituir um núcleo familiar, mas que pelos mais diversos motivos, não poderiam oficializar a relação mediante ao casamento, e por muito tempo, esta nova modalidade de união, permanecera desamparada legalmente.

Entretanto, com dito anteriormente, as regras impostas a sociedade, em razão da constante mudança da realidade, sentem necessidade de serem alteradas, atualizadas, e assim, o que era uma relação tida como incorreta, tornou-se o chamado concubinato puro (união estável) e concubinato impuro (concubinato afetivo) e mais tarde a conhecida união estável.

Por muito tempo, houve e ainda há, discussões no âmbito jurídico, no que caberia ou não à união estável, uma vez que, trata-se de instituto que não altera o estado civil, contudo após ser tipificada com entidade familiar na Constituição Federal de 1.988, mais uma vez, questões passaram a ser debatidas, dentre estas, como ficaria o convivente no regime sucessório, já que não é mencionado como herdeiro necessário.

A doutrina, bem como a jurisprudência, se divide em correntes favoráveis e contrárias quanto ao resguardo legal do companheiro na linha sucessória, contudo após o julgamento dos recursos extraordinários n. 646.721 e 878.694, acendera-se uma chama de luz a uma realidade já existente.

Com isto, em tópicos próprios, será discorrido as mudanças ocorridas na sociedade bem como, o que levara a decisão de tornar inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil brasileiro, alterando assim, todo o direito sucessório dos companheiros.

2 DEFINIÇÃO DE FAMÍLIA, CASAMENTO, MORALIDADE E O INÍCIO DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS

Como já dito, sempre houve a necessidade de conceituar, como forma de tentar definir em palavras, o que nosso campo emocional transmite, assim, nas palavras de Farias e Rosenthal (2012, p. 38):

É certo que o ser humano nasce incerto no seio familiar – estrutura básica social – de onde se inicia a moldagem de suas potencialidades com o propósito da convivência em sociedade e da busca de sua realização pessoal. No âmbito familiar, vão se suceder os fatos elementares da vida do ser humano, desde o nascimento até a morte. No entanto, além das atividades de cunho natural, biológico, psicológico, filosófico..., também é a família o terreno fecundo para fenômenos culturais, tais como as escolhas profissionais e afetivas, além da vivência dos problemas e sucessos.

Ainda, Pinto (2018, p. 938) relata que:

A família em seu sentido amplo é considerada a base da sociedade, reconhecida e tutelada pelo Estado, é assim: constitucionalizada, não matrimonial, igual e plural. A Constituição Federal em consonância com essa concepção estabeleceu como princípios norteadores que regem o Direito das Famílias: princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); o princípio da igualdade (art. 5º, caput e art. 226, § 5º); o princípio da solidariedade (art. 3º, inciso I); o princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º) o princípio das entidades

familiares (art. 226, §§ 3º e 4º); o princípio da tutela especial à família, independentemente da espécie (art. 226, caput)).

Com isso, é possível vislumbrar que o legislador sempre se importou em cuidar, se é que assim pode ser definido, do que poderia se caracterizar como entidade familiar. Contudo, determinou que tal instituto, daria início somente mediante ao casamento, sendo necessário o preenchimento dos pressupostos para torná-lo válido, sendo a oficialização de uma união aos olhos legais, com respaldo de afeto, solidariedade e muito respeito.

Com a figura do casamento inserida na sociedade, padronizou-se as relações, assim, sendo o casamento permitido ao homem e a mulher, não cabendo relações extraconjugais, uma vez que, em caso positivo, a ação feriria a moral e os bons costumes, já que a monogamia não era facultativa, mas obrigatória.

O Código Civil de 1916 só admitia o casamento como entidade familiar, singularmente, a única forma lícita de tal instituição, sendo a única forma devidamente protegida pelo Estado, em tal época, muito influenciado pelo dogma religioso, baseado no Direito Canônico, tinha como maior finalidade projetar o casamento para o cunho do criar e o continuar da família. Não obstante, cada qual com o seu papel definido, o do homem de prover o sustento da família, e a mulher somente como reprodutora, cuidando do lar e da criação da prole.

Interessante mencionar ainda que, como consequência do casamento, além das questões vinculada ao sentimento, como forma de cuidar do patrimônio de cada um dos cônjuges, surgiram os regimes de bens, facultando às partes, como iriam gerir suas posses, herança ou fortuna. Fora estabelecido, que os casamentos realizados antes da vigência da lei 6.515/77, o regime supletivo legal, seria o da comunhão universal, para aqueles que não optam por regime diferente, já que assim sendo, necessário seria a presente de pacto antenupcial, realizado nos cartórios do Brasil.

Nestes termos, percebeu-se que a legislação buscara o resguardo de toda a linha da existência humana, com isso, surgem os direitos sucessórios, com o intuito de assegurar que, após toda uma vida, em caso de morte de um dos cônjuges, ou mesmo os dois, seus entes queridos, tivessem respaldo, ou seja, pudesse permanecer com o patrimônio existente, momento em que surgira o direito sucessório, e logo após, todas as regras de sucessão.

Com o surgimento do direito sucessório, determinou-se quem teria parte a herança, quem seriam os chamados herdeiros necessários e herdeiros legítimos, surgira a possibilidade dos testamentos, codicilos.

É verdade que, em análise ao código civil de 1.916, o cônjuge, somente herdaria na terceira linha da sucessão, conforme artigo 1.603, já que antes, em primeiro lugar os descendentes e depois ascendentes.

Contudo, e as relações que não eram regidas pelo casamento? Sim, as relações que sempre existiram, contudo, não eram tipificadas? Neste cenário, passa a ser denominado, concubinato, já que, tais relações eram chamadas de extraconjugais, posto que, conforme exposto em seguida, constituir matrimônio, já sendo casado, constitui crime, nos termos no Código Penal vigente.

Constitui crime tipificado no Código Penal brasileiro em seu artigo 235, a bigamia trata de um crime que puni tanto o agente casado que contrai novo casamento, quanto, aquele que convola núpcias com o agente casado tendo conhecimento de seu estado civil. Como citado no parágrafo primeiro, no meio da pauta dos crimes contra a família, no capítulo dos crimes contra o casamento, na parte especial, o crime visa garantir o casamento monogâmico, existente desde as ordenações Filipinas e sustentada até os dias atuais, claro que todas as modificações e pátrias necessárias seguintes a sua originalidade. Em linhas gerais, é tipificado a quem se casa mais de uma vez não tendo dissolvido o último casamento.

Há também aqueles que casam sem o conhecimento de que o parceiro já constitui outro matrimônio, considerando que o agente agiu de boa-fé, não tendo conhecimento do primeiro casamento do parceiro, torna-se um sujeito passivo, vítima do bigamo.

Embora a união estável atualmente também seja reconhecida como uma entidade familiar pela nossa Constituição de 1988, em seu artigo 226, parágrafo terceiro, não está abrangido no tipo penal, logo não importa para configuração do crime, pois parte do princípio da taxatividade. Também não é o crime por inexistência do casamento anterior. Na ocasião do casamento ter sido celebrado por quem não fazia gozo de autoridade para tal ato.

A bigamia, crime já tipificado acima, com punição, e não menos importante, também o é, a poligamia, situação a qual, um indivíduo que já se encontra em dois casamentos, e não livre escolha, acaba contraindo mais um ou mais alguns matrimônios. Nesse sentido Nucci, (2015, p. 1159): “no contexto dos crimes contra o casamento, quer espelhar a hipótese do sujeito que se casa mais de uma vez, não importando quantas, assim quem se casa por quatro vezes, por exemplo, é considerado bigamo, embora seja autêntico polígamo”.

No âmbito Cível, é considerado nulo de pleno direito qualquer casamento que tenha vindo depois do primeiro, conforme artigo 1.521, VI e artigo 1.548, II, ambos do Código Civil.

3 SURGIMENTO DO CONCEITO DE CONCUBINATO E A NECESSIDADE DE LEGISLAÇÃO

O direito é moldado pelas necessidades da sociedade, por conceitos que são revistos e leis que são revogadas em busca de maior resguardo aos avanços das relações existentes, e baseado nisto, chegou-se ao ponto de que, o campo da família encontrava-se em divergência ao que a lei propriamente dizia, uma vez que, ainda que somente quem se casava, oficializando a relação, detinha resguardo legal, não era motivo impeditivo para que aqueles que não possuíam condições para realizar tal ato, ou por causas diferentes não podiam, deixassem de se unir.

Com isso, surge então o chamado concubinato, com o intuito de iniciar a proteção destes agentes. Ocorre que, em razão da Constituição Federal de 1.967, bem como o Código Civil de 1.916, nutrir a ideia da família vinculada ao casamento, assim, pouco se fez para que houvesse a mínima proteção a este instituto que nascia, como por exemplo o advento das súmulas 380 e 382 do STF.

Entretanto, com nascimento da Carta Magna em 1.988, o que era antes, chamado de concubinato, passara a denominar-se União Estável, assim sendo:

(...) união estável como uma comunhão de vidas, no sentido material e imaterial, em situação similar à de pessoas casadas, que envolve a mútua assistência material, moral e espiritual, a troca e soma de interesses da vida em conjunto, atenção e gestos de carinho, enfim, a somatória de componentes materiais e espirituais que alicerçam as relações afetivas inerentes à entidade familiar. (GONÇALVES, 2005, p. 540)

Ocorre que, ainda que estivesse de forma expressa na Constituição Federal vigente – artigo 226, § 3º - pouco se falava dos direitos aos companheiros, ou seja, era reconhecido como entidade familiar, contudo, em razão da maneira pela qual se originava, não havia legislação vigente que abordasse cada um dos momentos da vida de um casal, como ocorre no casamento, até o momento em que surgira a lei n. 8.971/94, que regulara o direito sucessório bem como, o direito a alimentação aos companheiros, e posteriormente a lei n. 9.278/96, definindo, quais eram os direitos e deveres dos companheiros.

A União Estável então, passou a ser caracterizada como uma união que depende de relação duradoura, pública, com o intuito de constituir família, muito se fala no tempo que é necessário para que seja caracterizada, alguns doutrinadores afirmavam que com 3 (três) anos, outros, 5 (cinco) anos, contudo, não há em nenhuma legislação vigente, prazo definido, assim, sendo possível a caracterização em dias, semanas ou meses.

Anos depois, em razão da reforma do Código Civil, mediante a lei 10.406/2002, a União Estável surge com olhar ampliado, estando presente no título III, sendo:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável. (BRASIL, 2002, não paginado)

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos. (BRASIL, 2002, não paginado)

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens. (BRASIL, 2002, não paginado)

Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil. (BRASIL, 2002, não paginado)

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato. (BRASIL, 2002, não paginado)

Note que, fora definido o regime de bens, sendo o da comunhão parcial após a vigência da lei 6.515/77, bem como, insere a legislação, o que tanto causava discussão entre juristas, passa a estar expresso, a realidade de diversos casais, que anos após, passa a ser também reconhecido aos homossexuais, permitindo que o instituto presente a tanto tempo, tenha vida.

NÃO HÁ A OBRIGAÇÃO DE UMA ESCRITURA PÚBLICA DE UM PAPEL, OU ESCRITURA PARTICULAR PARA QUE SEJA CONFIGURADA A UNIÃO ESTÁVEL, EMBORA A EXISTÊNCIA SIRVA PARA GARANTIR E/OU ESTABELECEER DIREITOS E OBRIGAÇÕES ENTRE OS COMPANHEIROS, BEM COMO PARA DESIGNAR O REGIME DE BENS DE preferência. NÃO HAVENDO UMA ESCRITURA PÚBLICA DE UNIÃO ESTÁVEL, EXISTEM OUTROS MEIOS DE PROVAR SUA EXISTÊNCIA, COMO A DECLARAÇÃO DE DEPENDÊNCIA NO IMPOSTO DE RENDA, CONTA CONJUNTA, CERTIDÃO DE

CASAMENTO RELIGIOSO, CERTIDÃO DE FILHO EM COMUM, E ETC. É IMPORTANTE QUE HAJA UM CONJUNTO PROBATÓRIO E DE CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS, JÁ QUE O PRINCIPAL PONTO DA UNIÃO ESTÁVEL É A CONVIVÊNCIA PÚBLICA E CONTÍNUA, COM O INTUITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA.

Contudo, ainda havia as peculiaridades quanto a sucessão, ou seja, a União Estável, ainda que tida como entidade familiar, não trazia aos companheiros, em caso de morte o resguardo legal na linha sucessória, prevista ao cônjuge, ou seja, não havia equiparação entre os dois institutos, até o julgamento do recurso extraordinário n. 646.721 e n. 878.694.

4 DIREITO SUCESSÓRIO E O JULGAMENTO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS N. 646.721 E 878.694

Em palavras mais breves, o direito das sucessões trata da transmissão da propriedade, conjugada ou não com o direito de família, podendo ocorrer de duas formas: a primeira inter vivo (no momento vivo) e causa mortis (no momento da morte). Na primeira ocasião, ressalva-se como direito das obrigações, sendo mais usado na segunda, na forma das sucessões, fundamentando os direitos da propriedade. No Brasil as leis referentes aos direitos sucessórios constam no artigo 5 da Constituição incisos XXX e XXXI, nos artigos 1784 a 2027 do Código Civil, lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

A vida inicia, e em um dado momento chega ao fim, cabendo ao legislador resguardar o patrimônio do *“de cuius”*, que é de imediato transmitido aos seus herdeiros ou legatários – ainda que estes, não saibam do falecimento -, a abertura da sucessão, trata-se de ato declaratório, já que não substitui a necessidade da realização do procedimento de inventário, seja ele judicial ou extrajudicial.

Essa chamada transmissão declaratória, que ocorre no momento da morte, surgiu com o Princípio de *Saisine* este que, originou-se na Idade Média, durante o feudalismo que retrata:

(...) o patrimônio do falecido era imediatamente transferido, de modo que não tinha o que ser devolvido, não havia o que se pagar. A sobrevivência estava garantida. A família podia continuar na luta da exploração de suas terras e preservar sua moradia. O princípio de *saisine* é a síntese dessa luta e dos sofrimentos e dificuldades superadas. (JÚNIOR, 2018, p. 111 *apud* ROSA, 2021, p. 23)

A sucessão então, trata-se da preocupação do legislador, com aqueles que ficam após a morte do falecido, é o respaldo jurídico dado aos familiares, assegurando que os bens deixados em razão do óbito serão transmitidos a estes, não os desamparando – com

a devida regularização mediante inventário de partilha - seguindo uma linha sucessória, em que é previsto quais são os primeiros a serem chamados.

Também denominados como herdeiros necessários, são agraciados ao correspondente a 50% (cinquenta por cento) dos bens, da parte da legítima, isto porque, caso seja da vontade de outrem, é possível que ocorra a doação do correspondente ao outros 50% (cinquenta por cento), mediante testamento, da parte disponível, em caso de não haver tal expressão de vontade, a sucessão legítima ocorre em conformidade ao artigo 1.829, assim sendo:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais. (BRASIL, 2002, não paginado)

Ao observar o artigo retromencionado, é notório que o cônjuge que até então é mencionado, refere-se aquele que era casado, a grosso modo "de papel passado e tudo", com certidão de casamento emitida em Cartório de Registro Civil, não cabendo por analogia ao companheiro, já que, em conformidade ao artigo 1.790 do Código Civil, a sucessão ocorrera:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança. (BRASIL, 2002, não paginado)

Entretanto, como já mencionado anteriormente, o direito surge da necessidade da sociedade por resguardo legal, e a muito se fala de o porquê haver divergência entre o direito sucessório do cônjuge e do companheiro.

Ao pensar que, a família é a base da sociedade, e ainda que isto pareça clichê aos olhos de alguns, é analisando no íntimo de cada relação, que se entende que, a forma como surge, deixou de ser o mais importante, mas a convivência, o respeito e a moral, em seu sentido estrito e não as conveniências em que vem sendo atrelada é o que deve ser considerado.

Quem é o legislador, para dizer que uma relação de mais de 20 (vinte anos), que resultara em um lar, em uma família que procura a felicidade e o amor, bem como a dedicação um com os outros, não é digna de caracterizar o convivente como herdeiro necessário? O que o torna menor ou menos bom do que alguém que tenha optado pelo instituto do casamento?

Embora seja institutos diferentes, ao analisar-se cuidadosamente, de imediato é possível compreender por exemplo que, em se tratando da comunhão parcial de bens, como regime, nota-se que, em caso de casamento, de acordo com a sucessão legítima, caberá ao cônjuge sobrevivente a meação dos bens comuns, conforme previsto no artigo 1.829 do Código Civil, o que também ocorre em caso de união estável, conforme artigo 1.790, do mesmo dispositivo legal.

Em nenhum momento busca-se a compreensão de que se trata de institutos iguais, mas que em razão da natureza e sua função social, bem como, os princípios bases há necessidade de maior atenção.

Não há como negar que, ao pensar que quando houve a revogação do Código Civil de 1.916, passando a vigorar o atual – Lei 10.406/2002 -, o legislador fora retrógrado no sentido de diferenciar a sucessão, uma vez que, se é por meio da sucessão, que são resguardados os direitos dos entes sobreviventes ao patrimônio do falecido, como pode então, que uma relação que há muito tempo já se enraizara na sociedade, não faça parte? Ao criar o artigo 1.790 do CC, o legislador caminhou em sentido contrário a todo o avanço correspondente a nova legislação, contrariando assim, o que a sociedade por muito tempo pleiteava.

Em caso recente, houve o julgamento de recurso extraordinário n. 646.721, pelo Supremo Tribunal de Federal (STF) que tratava de partilha, cuja os herdeiros eram a

ascendente e o convivente. Nestes termos, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) determinou, que fosse entregue ao convivente o correspondente a 1/3 (um terço) dos bens deixados, cabendo a ascendente o restante, equivalente a 2/3 (dois terços). Inconformado, recorreu, em busca do equivalente a 50% (cinquenta por cento), baseando-se no que é previsto o artigo 1.837 do Código Civil: “Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.” (BRASIL, 2002, não paginado).

Também recentemente julgado, o recurso extraordinário n. 878.694 pelo STF, oriundo de partilha em que, a convivente em união estável, era a única herdeira, estando em concorrência apenas com três irmãos do *“de cujus”*, obteve do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), improcedência à sua partilha, sendo está limitada a 1/3 (um terço) dos bens deixados, com fulcro no artigo 1.790, III, do Código Civil, que assim resguarda: “Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: (...) III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança.” (BRASIL, 2002, não paginado).

No caso supramencionado, a Procuradoria Geral da República, além de concordar com os argumentos contrários aos requeridos e irmãos, acrescentara:

(...) tanto a união estável quanto o casamento constituem manifestação da autonomia privada dos contraentes, pois, se não há impedimento para o casamento e, mesmo assim, os conviventes optam pela união estável, é porque a entendem mais adequada às suas necessidades e anseios, ou, ainda, por preferirem ficar livres das regras rígidas impostas pelo casamento.” (BRASIL, 2017, não paginado)

É interessante mencionar que, ao analisar-se tais dispositivos é possível compreender que o legislador ao preocupar-se com o cônjuge sobrevivente, dedicou-se a não deixá-lo desamparado, ainda quando não fosse este, meeiro, em razão do regime de bens que regia o matrimônio, o que claramente não é o caso dos conviventes em união estável, uma vez que, só caberia a este, o direito aos bens adquiridos durante o convívio, cuja contribuição tenha se dado por ambos.

Há ainda, a corrente que defende se norteia ao fato de que, por se tratarem de institutos diferentes – desde a forma como se inicia -, a preocupação para com seu convivente, e passível de solução mediante manifestação de vontade por meio de testamento, já que, no tanger de 50% (cinquenta por cento) da parte disponível, caberá ao testador transmiti-la a quem quiser, e ainda, não havendo herdeiros necessários, é possível testar 100% (cem por cento).

De lado contrário, a forma como fora julgado ambos os casos, chama a atenção no sentido de que, ainda que o Código Civil atual, seja do ano de 2002, ao trazer-se os olhos para o presente, mais de 18 (dezoito) anos já se passaram, assim, não cabendo ao legislador, fixar seu olhar a uma realidade que já não condiz.

O que se percebe é que, em razão da liberdade existente, é permitido a todos a escolha da forma como queiram relacionar-se, bem como, como oficializar tal relação, e em razão de tal escolha, equiparar institutos diferentes, seria o mesmo que desrespeitar a própria manifestação de vontade das partes, em especial ao "*de cujus*", em especial, pelo respeito ao Princípio da Liberdade, previsto na Constituição Federal de 1.988 (CF/88).

Em sede de julgamento do recurso extraordinário 646.721, o Ministro Presidente à época do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio, expressou-se:

É impróprio, após a dissolução da unidade familiar com a morte de um dos companheiros, convertê-la em outra diversa, inobservando a adoção, quando em vida, de certo regime jurídico, inclusive no tocante aos direitos patrimoniais. Não há como afirmar que o companheiro falecido aderiria a regime jurídico diverso do alusivo à união estável, surgindo incompatível justamente com a autodeterminação da pessoa a revisão após o óbito. (BRASIL, 2017, não paginado)

Durante todo o seu voto, o Ministro e Presidente, acima mencionado, acorrentou-se aos princípios norteadores da Constituição Federal de 1.988, como forma de não restar dúvidas, acerca do dever de respeito a liberdade de manifestação de vontade em vida.

Em contrapartida, o Ministro Luís Roberto Barroso, já tendo se posicionado a fim de declarar inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil, no recurso extraordinário n. 878.694, que seria julgado posteriormente, atentou-se as peculiaridades ao caso em análise, em especial ao fato de que, não caberia a opção ao casamento dos conviventes, uma vez que, a união se dera a mais de 40 (quarenta) anos, e sendo homossexual, não era permitida à época, assim discorrendo:

É preciso observar que, no momento em que se abriu a sucessão - e isso é muito importante para o caso concreto, embora não para a tese -, ainda não havia a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo. Se todos estiverem lembrados, o Supremo Tribunal Federal, em 2011, equiparou as uniões estáveis às uniões homoafetivas. Algum tempo depois, o Conselho Nacional de Justiça, à época sob a presidência do Ministro Joaquim Barbosa,

regulamentou por resolução a possibilidade de casamento. Portanto, no caso desse casal homoafetivo, sequer havia a possibilidade de casamento. Desse modo, não foi, em rigor, uma opção; o que tornaria ainda mais injusta a desequiparação neste caso. (BRASIL, 2019, não paginado)

Assim, ainda que quisessem as partes, optarem pelo instituto do casamento, não seria permitida.

Em ambos os recursos extraordinários mencionados, fora declarada a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, mediante tese abordada: "No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002." (BRASIL, 2017, não paginado)

A tese fixada após o julgamento de ambos os recursos, tornou-se um marco, permitindo que não ocorra distinção entre o cônjuge supérstite e o companheiro, entretanto deixou uma lacuna no sentido de, não mencionar se a partir de então, o companheiro também se torna herdeiro necessário e neste sentido, Flávio Tartuce, posicionou-se logo após a publicação do acórdão:

Apesar do alerta anterior feito por parte da doutrina, algumas questões ficaram pendentes no julgamento do STF. A primeira delas diz respeito à inclusão ou não do companheiro como herdeiro necessário no artigo. 1.845 do Código Civil, outra tormentosa questão relativa ao Direito das Sucessões e que tem numerosas consequências. O julgamento nada expressa a respeito da dúvida. Todavia, lendo os votos prevalecentes, especialmente o do Relator do primeiro processo, a conclusão parece ser positiva. (TARTUCE, 2019, não paginado *apud* LIMA; SILVA, 2020, p. 159)

Assim, tende a ser compreendido que houve grande avanço com o julgamento de ambos os recursos extraordinários julgados, embora ainda haja questões que podem ser objetos de novas demandas no sentido de ser ou não, o convivente herdeiro necessário, ainda que a Carta Magna, vede o tratamento hierarquizado entre as famílias, independentemente da forma pela qual se constitui.

4 CONCLUSÃO

Que a família é o centro das relações e em razão dela é que todas as outras surgem é inegável, contudo, desde os primórdios, tentou-se definir o que faria parte desta, e neste

momento surge o direito e todas as legislações, com o intuito de resguardar os direitos e deveres de quem a constitui.

Em razão disto, fora instituído o casamento, como sendo a única forma legal de constituir família, isso porque, mediante aos procedimentos legais, bem como, expedição da certidão de casamento pelo Oficial de Registro Civil, os nubentes, passam a serem Sr e Sra casados, e por casados, entendendo suas obrigações, bem como, que não caberia relações extraconjugais, já que resultaria em crime tipificado no Código Penal.

Entretanto, assim como tudo na vida, sempre houve, a necessidade de relacionar-se, o ser humano em seu íntimo, sente necessidade de viver em sociedade, em relações amigáveis, bem como, íntimas, e exatamente por esta necessidade, surgira ao longo dos anos, as chamadas relações extraconjugais.

É importante dizer que, ao mencionar-se extraconjugais, não se aborda as relações de infidelidades ocorridas, mas as relações que não poderiam se tornar oficiais e ter o resguardo legal, em razão de não haver legislação para tal. Um homem que há muitos anos já não convivia com sua esposa, mudou de cidade e constituiu outra família, não poderia se casar novamente, mas ainda assim, se envolveu com outra pessoa e constituiu um novo lar. Estaria ele errado a ponto de não poder resguardar aqueles que tem grande apreço?

Assim, em razão do direito, bem como, da legislação ser criada com embasamento aos anseios sociais, passara existir a figura do concubinato, que anos após, denominou-se de União Estável.

A União Estável surge então, para regularizar relações já existentes, permitir que haja respaldo para cada uma das fases desta relação, conforme ocorre com o casamento, neste sentido a ideia de que, as pessoas casam, constroem patrimônio, tem filhos – ou não -, animais – ou não -, podem se divorciarem – ou não -, e morrem – todos morrem -. Contudo, ainda que por ser algo de extrema necessidade, a linha do tempo acima mencionada, não fora criada de imediato para os conviventes, muito tempo se passou até que, o próximo disto, fora expressado em lei.

Ainda que, as Uniões Estáveis estivessem a muitos anos enraizadas em nossa sociedade, ao ser criada, bem como legislada, nunca se equiparou ao casamento, por entender o legislador que em razão da maneira como é constituída, de forma menos burocrática, em razão da liberdade dos conviventes em optar por tal forma de constituir suas famílias, não caberia a estes, os mesmos direitos existentes para quem opta pelo casamento.

O que é bem interessante, ao ponto de que, ambas são expressamente taxadas na Constituição Federal, como entidade familiar, porque então distingui-las?

Quando da criação do Código Civil vigente, tipificou-se dentre outros artigos, como ocorreria a sucessão, em caso de casamento, no âmbito do artigo 1.829, em âmbito de união estável, nos termos do artigo 1.790.

Entende-se que sucessão, é sucessão em qualquer lugar e tempo, é se não, o ato que transmite no exato momento morte, o patrimônio existente – passivo e ativo – aos seus sucessores, nestes termos, porque a forma como iniciou-se a relação, durante tanto tempo, fora o mais importante? Porque não permitir que o companheiro, assim, como o cônjuge tenham os mesmos direitos?

Após os julgamentos dos recursos extraordinários de n. 646.721 e 878.694, pelo Supremo Tribunal Federal, muitas questões, das citadas anteriormente foram apreciadas, no sentido de que, a sucessão somente cumpre seu dever, no momento em que resguarda os entes queridos deixados pelo "*de cujus*", assim, não há como negar que, ao diferenciar como ocorre a sucessão para o cônjuge e como ocorre para o companheiro, é caminhar no sentido contrário aos anseios de toda uma sociedade, bem como Constituição Federal.

Quando houve, a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC, equiparando o cônjuge ao companheiro, permitiu-se que a essência da sucessão fosse real, uma vez que, em momento nenhum, tenta-se equiparar ambos os institutos, já que de fato, são entidades familiares com maneira de constituição diferentes, uma rodeada de formalidade, e outra, a princípio, informal, entretanto, não cabe ao legislador, dizer e basear-se em uma realidade de mais de 20 (vinte) anos atrás, posto que, é dever do legislador, legislar conforme a evolução social, é dever deste, respeitar as relações e resguardar da melhor forma, quem se oriunda destas.

Assim, ao final deste estudo, compreende-se que, permitir que o companheiro, seja equiparado ao cônjuge, nos termos do artigo 1.829 do CC, é dizer que a sociedade obteve o início de uma resposta que vem sendo esperada há muitos anos, cabe dizer início, uma vez que, ao analisar o mérito não houve menção se o companheiro se tornou propriamente dito, herdeiro necessário, mas deixou claro que, cada vez, o mais importante é a essência das relações, que cada vez mais, ainda que com relutância, o Estado cumpre seu papel em intervir minimamente nas relações.

A inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC, condiz com o preâmbulo da Carta Magna, permitindo entender então que ainda que tudo pareça distorcido, cabe aos cidadãos, a luta pela busca de suas verdades, bem como, de nosso direito.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jamil Chaim. **Bigamia**. 2020. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/431/edicao-1/bigamia>> Acesso em: 15 out. 2021.

ANDRADE, Raissa Nacer Oliveira de. **Efeitos sucessórios decorrentes da união estável, após o julgamento do RE 878.694 no STF**. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/66477/efeitos-sucessorios-decorrentes-da-uniao-estavel-apos-o-julgamento-do-re-878-694-no-stf>> Acesso em: 03 ago. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 13 nov. 2021.

____. **Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 646.721**. Recorrente: São Martin Souza da Silva. Recorrido: Geni Quintana. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 10 abr. 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312692442&ext=.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2021.

____. **Recurso Extraordinário nº 878.694**. Recorrente: Monique de Ladeira e Thomazinho e Outros(a/s). Recorrido: Rubens Coimbra Pereira e Outro (a/s). Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 10 abr. 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313622639&ext=.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2021.

CAMARGO, Renata Freitas. **Direito das Sucessões: você sabe o que isso significa?**. 2018. Disponível em: <<https://glicfas.com.br/direito-das-sucessoes>>. Acesso em: 03 ago. 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Famílias**. 4. ed. Salvador: Juspodivim, 2012. p. 38.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 540.

JÚNIOR, Mairan Gonçalves Maia. **Sucessão legítima: as regras da sucessão legítima, as estruturas familiares contemporâneas e a vontade**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 111 *apud* ROSA, Conrado Paulino da; RODRIGUES, Marco Antonio. **Inventário e Partilha – Teoria e Prática**. 3. ed. Salvador: Juspodivim, 2021. pag. 23.

MATOS, Alessandra. **Breve análise da sucessão no tocante ao casamento e à união estável no ordenamento jurídico brasileiro.** 2017. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/62311/breve-analise-da-sucessao-no-tocante-ao-casamento-e-a-uniao-estavel-no-ordenamento-juridico-brasileiro> >. Acesso em: 14 ago. 2021.

MOLLA, Maiara Bresciani. **Direito sucessório do cônjuge sobrevivente sem filhos.** 2020. Artigo. Disponível em: < <https://www.jornalosemanario.com.br/direito-sucessorio-do-conjuge-sobrevivente-sem-filhos/> >. Acesso em: 03 ago. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado.** 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1159.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Direito Civil sistematizado.** 9. Ed. Salvador: Juspodivim, 2018. p. 938.

PROGRAMA FANTASTICO. **Amantes têm direitos? Discussão no STF gera polêmica e divide opiniões de juristas.** 2020. Disponível em: < <https://globoplay.globo.com/v/9098416/> >. Acesso em: 12 ago. 2021.

RIBEIRO, Geraldo Antonio. **A condição do cônjuge e do companheiro no direito sucessório.** 2019. Disponível em: < <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10348/A-condicao-do-conjuge-e-do-companheiro-no-direito-sucessorio> >. Acesso em: 03 ago. 2021.

ROSA, Conrado Paulino da; RODRIGUES, Marco Antonio. **Inventário e Partilha – Teoria e Prática.** 3. ed. Salvador: Juspodivim, 2021. p. 23.

SILVA, Bruno Casagrande e; LIMA, Ricardo Alves de. **Valores constitucionais contemporâneos e o direito privado.** 2020. São Paulo: Tirant lo blanch. 2020. p. 159.

TARTUCE, Flávio. **STF encerra o julgamento da inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil.** 2019. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/familiaesuccessoes/104,MI259678,-31047-STF+encerra+o+julgamento+sobre+a+inconstitucionalidade+do+art+1790+do> >. Acesso em: 10 jun. 2019 *apud* Silva, Bruno Casagrande e; LIMA, Ricardo Alves de. **Valores constitucionais contemporâneos e o direito privado.** 2020. São Paulo: Tirant lo blanch. 2020. p. 159.

A LIMITAÇÃO TERRITORIAL DA EFICÁCIA SUBJETIVA DA COISA JULGADA NA TUTELA COLETIVA

RODRIGO BASTOS GARRIDO:

Graduado pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Pós-graduado em Direito Público e Privado pela EMERJ. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes/OAB-RJ. Pós-graduado em Direito Civil pela Universidade Cândido Mendes/OAB-RJ. Advogado.

Resumo: a limitação apriorística da eficácia subjetiva da coisa julgada à competência do órgão julgante na tutela coletiva possui grande repercussão social. O escopo do presente trabalho é analisar os efeitos da coisa julgada na tutela coletiva, abordar as controvérsias doutrinárias acerca da validade, da aplicabilidade e da constitucionalidade de sua limitação territorial e verificar como se posicionam os Tribunais Superiores a respeito do tema.

Palavras-chave - Direito Processual Civil. Tutela Coletiva. Ação Civil Pública. Limitação apriorística da eficácia da decisão à competência territorial do órgão julgante. Coisa Julgada.

Sumário - Introdução. 1. Os efeitos da coisa julgada na tutela coletiva. 2. A limitação territorial da eficácia subjetiva da coisa julgada na tutela coletiva. 3. O posicionamento dos Tribunais Superiores acerca da limitação territorial na tutela coletiva. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico visa analisar a limitação territorial apriorística da eficácia da decisão à competência do órgão julgante na tutela coletiva; na medida em que o tema possui grande repercussão prática e envolve poderosíssimos instrumentos de transformação econômica e social.

Para tanto, pretende-se por meio de uma metodologia de pesquisa jurídica do tipo bibliográfica, exploratória, explicativa e qualitativa, examinar as diferentes posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca da matéria.

Atualmente, por conta de seu papel essencial na garantia do acesso à justiça, a tutela coletiva consiste em um dos mais relevantes instrumentos processuais de nosso ordenamento jurídico.

Outrossim, a natureza dos direitos metaindividuais, em conjunto com os efeitos da coisa julgada no processo civil coletivo e com o princípio da máxima efetividade, evidencia seu elevado alcance social e jurídico.

O fato é, pois, que, por conta de tais particulares aspectos, muito se diverge na doutrina e na jurisprudência acerca da compatibilidade da limitação territorial da eficácia subjetiva da coisa julgada, conforme a Lei de Ação Civil Pública e a Lei nº 9494/97, com o microsistema de tutela coletiva.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a conceituação e a análise dos efeitos da coisa julgada no processo coletivo, enquanto elemento concretizador do direito fundamental à segurança jurídica e ao acesso à justiça.

Em seguida, no segundo capítulo, examina-se controvérsia acerca da aplicabilidade da limitação territorial apriorística à competência do órgão julgante, prevista pela Lei de Ação Civil Pública, em redação dada pela Lei nº 9.494/97, à eficácia subjetiva da coisa julgada na tutela coletiva.

No terceiro capítulo, busca-se analisar o posicionamento dos Tribunais Superiores acerca da validade e da constitucionalidade da restrição originada pela redação do art. 16, da Lei de Ação Civil Pública, com base no estudo crítico dos votos.

1. OS EFEITOS DA COISA JULGADA NA TUTELA COLETIVA

A segurança jurídica é disciplinada em nosso ordenamento constitucional, mesmo que sem a referida nomenclatura, desde a outorga da Carta do Império, de 25 de março de 1824, em seu art. 179, III e XXVIII²⁶². Desde então, esteve presente no art. 11, 3º) 263, da Constituição da República, de 24 de fevereiro de 1891, e ganhou a atual terminologia

262 BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*, Outorgada em 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 04 jan. 2021.

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte: III. A sua disposição não terá effeito retroactivo; XXVIII. Ficam garantidas as recompensas conferidas pelos serviços feitos ao Estado, quer Civis, quer Militares; assim como o direito adquirido a ellas na fôrma das Leis.

263 BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 04 jan. 2021.

Art 11 - É vedado aos Estados, como à União: 3 º) prescrever leis retroativas.

na Carta emergente do constitucionalismo social-democrata²⁶⁴, de 16 de julho de 1934, em seu art. 113, 3) 265.

Suprimida pela Constituição do Estado Novo, de 10 de novembro de 1937, cujos ideais eram marcados pela centralização do poder político e pela supressão de direitos fundamentais, sob forte inspiração da ditadura polonesa de Józef Pilsudski²⁶⁶, retorna ao ordenamento constitucional pátrio na Constituição oriunda do constitucionalismo liberal-social, de 18 de setembro de 1946, em seu art. 141, §3º²⁶⁷, sendo mantida pela Constituição de 1967.

A Constituição Cidadã, promulgada em 05 de outubro de 1988, seguindo, portanto, tendência histórica, assegura o direito fundamental à segurança jurídica, com fulcro no art. 5º, XXXVI, da CRFB/88²⁶⁸, dispondo que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Observa-se, destarte, a elevada magnitude conferida constitucionalmente à coisa julgada, enquanto instrumento de concretização do direito à segurança jurídica, seja sob sua vertente objetiva, assegurando a estabilidade das relações jurídicas e a previsibilidade

264 MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.63.

265 BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 04 jan. 2021.

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 3) A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

266 ROCHA, Francisco da. *Constituição do Estado Novo*. Porto Alegre: Barcellos, Bertaso & Cia., 1940, p.18.

267 BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 04 jan. 2021.

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 3º - A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

268 BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 jan. 2021.

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: XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

de seus efeitos, seja sob sua vertente subjetiva, tutelando a confiança que os atos estatais suscitam aos indivíduos²⁶⁹.

A coisa julgada, definida como a imutabilidade que adquirem os efeitos de direito material de decisão judicial, não necessariamente sentença, não mais sujeita a qualquer recurso no processo em que foi proferida²⁷⁰, possui efeitos objetivos e subjetivos.

Os efeitos objetivos são comuns ao processo civil individual e ao processo civil coletivo, de modo que se torna imutável e indiscutível a matéria expressamente decidida, limitada ao dispositivo da sentença ou decisão e à questão prejudicial ao mérito, desde que o juízo tenha competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal e tenha havido contraditório prévio e efetivo, conforme previsto no art. 503, §§1º e 2º, do Código de Processo Civil²⁷¹, de 16 de março de 2015.

Quanto aos efeitos subjetivos, não há semelhança.

No processo civil individual, a questão de mérito decidida pelo pronunciamento judicial não mais sujeito a recurso se torna imutável e indiscutível àqueles que figuram na relação processual como partes da demanda, não prejudicando terceiros, nos termos do art. 506, do Código de Processo Civil²⁷².

Logo, observados os limites objetivos, é abrangido pelos efeitos da decisão judicial todo aquele que pede ou em face de quem se pede tutela jurisdicional, bem como, se for o caso, seus sucessores²⁷³.

Na tutela coletiva, por sua vez, os efeitos subjetivos da coisa julgada variam de acordo com a natureza do direito controvertido, conforme disposição do art. 103, do Código de Defesa do Consumidor²⁷⁴.

Nos direitos difusos, conceituados como os transindividuais intransmissíveis, indivisíveis e indisponíveis pertencentes a sujeitos indeterminados, reunidos em decorrência de circunstância fática, os efeitos subjetivos da coisa julgada serão *erga omnes*, ou seja, perante toda a coletividade, exceto se o pedido for julgado improcedente por

269 FONTELES, Samuel Sales. *Direitos Fundamentais*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p.186-192.

²⁷⁰ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 3. ed. V. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 314.

271 BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 04 jan. 2021.

272 BRASIL, op. cit., 2015.

273 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 306.

274 BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 04 jan. 2021.

insuficiência de provas, quando serão *inter partes*, com fulcro no art. 103, I, do Código de Defesa do Consumidor²⁷⁵.

Nos direitos coletivos, definidos como os transindividuais intransmissíveis, indivisíveis e indisponíveis pertencentes a sujeitos indeterminados, porém, determináveis, agrupados por vínculo jurídico, os efeitos subjetivos da coisa julgada serão *ultra partes*, apenas atingindo aqueles que compõe um grupo, classe ou categoria de pessoas, salvo se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, nos termos do art. 103, II, do Código de Defesa do Consumidor²⁷⁶.

Importante destacar que nas duas espécies de direitos metaindividuais acima, a decisão de improcedência com provas suficientes faz coisa julgada material, impedindo a nova propositura de ação coletiva, sem, contudo, embaraçar o ajuizamento de ações individuais pelos danos individualmente sofridos, como dispõe o art. 103, §1º, do Código de Defesa do Consumidor²⁷⁷.

Caso a decisão seja de improcedência por insuficiência de provas, não há formação de coisa julgada material, de modo que qualquer legitimado *ad causam* poderá ajuizar novamente a ação coletiva, desde que fundada em novas provas.

Por fim, nos direitos individuais homogêneos, entendidos como os acidentalmente coletivos transmissíveis, divisíveis e disponíveis pertencentes a sujeitos determinados reunidos por uma lesão de origem comum, os efeitos subjetivos da coisa julgada serão *erga omnes* para beneficiar a vítima e seus sucessores apenas na hipótese de procedência do pedido, vide art. 103, III, do Código de Defesa do Consumidor²⁷⁸.

No caso de decisão de improcedência, se o indivíduo tiver integrado o processo como litisconsorte, tornando-se parte, será atingido pelos efeitos da coisa julgada material, sendo-lhe vedado o ajuizamento de ação individual. Por outro lado, permanecendo inerte ao processo, o sujeito poderá intentar ação individual pelos danos sofridos.

2. A LIMITAÇÃO TERRITORIAL DA EFICÁCIA SUBJETIVA DA COISA JULGADA NA TUTELA COLETIVA

275 BRASIL, op. cit., 1990.

276 Ibid.

277 Ibid.

278 Ibid.

A Lei de Ação Civil Pública²⁷⁹, de 24 de julho de 1985, em sua redação original, não previa qualquer espécie de limitação territorial à eficácia subjetiva da coisa julgada, que se operava perante toda a sociedade.

No entanto, a Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, em seu art. 2º²⁸⁰, altera a redação do art. 16, da Lei de Ação Civil Pública²⁸¹, para dispor que a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes* “nos limites da competência territorial do órgão prolator”.

Outrossim, prevê em seu art. 2-A²⁸², que nas ações coletivas propostas por entidade associativa na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, os efeitos da decisão abrangerão apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

É nítida e incomensurável a relevância da referida alteração na Lei de Ação Civil Pública, uma vez que esta, em conjunto com o Código de Defesa do Consumidor, forma o núcleo essencial do microsistema de tutela coletiva.

Dessa maneira, visto que o microsistema possui como finalidade precípua a resolução de omissões existentes na regulamentação dos instrumentos da tutela coletiva, a limitação territorial da eficácia subjetiva à competência do órgão prolator da decisão, introduzida pela Lei nº 9494/97, deve ser aplicada, no que for compatível, a todos os diplomas legislativos que regulem o direito material e processual coletivo.

Diante dessa conjectura, exsurtem duas correntes antagônicas.

279 BRASIL. *Lei nº 7.347*, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347compilada.htm>. Acesso em: 04 jan. 2021.

280 BRASIL. *Lei nº 9.494*, de 10 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9494.htm>. Acesso em: 04 jan. 2021.

281 BRASIL, op. cit., 1985.

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. (Redação dada pela Lei nº 9.494, de 10.9.1997)

282 BRASIL, op. cit., 1997.

A primeira, capitaneada por importantes autores como Eduardo Arruda Alvim²⁸³ e José dos Santos Carvalho Filho²⁸⁴, defende a constitucionalidade da limitação territorial da eficácia subjetiva da decisão na tutela coletiva.

Para tanto, sustentam a absoluta compatibilidade entre a regra prevista no art. 16, da Lei de Ação Civil Pública²⁸⁵, e o sistema processual coletivo, em especial com as disposições do Código de Defesa do Consumidor, de modo que inexistiriam motivos para afastar sua aplicação à ação civil pública, bem como a qualquer espécie de ação coletiva.

Defendem, ainda, que, muito embora a opção política do legislador com a nova redação possa ser criticada, isso não a torna inconstitucional.

Em sentido contrário, com nossa predileção, autores como Hugo Nigro Mazzilli²⁸⁶, Nelson Nery Jr. e Rosa Nery²⁸⁷, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. ²⁸⁸, concluem pela inconstitucionalidade e ineficácia da limitação territorial da eficácia subjetiva da decisão na tutela coletiva.

Dentre os argumentos apresentados, destacam-se seis.

Primeiramente, Nery e Nery Jr. ²⁸⁹ destacam que o legislador, ao alterar o art. 16, da Lei de Ação Civil Pública²⁹⁰, confundiu os limites subjetivos da coisa julgada com jurisdição e competência, institutos conceitualmente distintos.

Pontuam que a decisão alcança aqueles atingidos pela coisa julgada material, caso contrário, uma sentença de divórcio proferida por um juiz do Estado de São Paulo não valeria no Estado do Rio de Janeiro, onde o casal continuaria casado.

283 ALVIM, Eduardo Arruda; FERREIRA, Eduardo Aranha; GRANADO, Daniel Willian. *Direito Processual Civil*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1.022.

284 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 448.

285 BRASIL, op. cit., 1985.

286 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 118.

287 NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1.473.

288 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 14. ed. V. 4. Salvador: Juspodivm, 2020, p.510.

289 NERY JR; NERY, op. cit., 2010.

290 BRASIL, op. cit., 1985.

O segundo argumento baseia-se na ineficácia da alteração introduzida pela Lei nº 9.494/97, uma vez que o Código de Defesa, nos arts. 93 e 103291, a partir das normas de reenvio, regulou completamente o instituto da coisa julgada no processo coletivo, revogando tacitamente o art. 16, da Lei de Ação Civil Pública²⁹².

Logo, a eficácia da alteração estaria condicionada à reforma concomitante da disciplina consumerista, que permite a extensão da imutabilidade da decisão, consoante a abrangência do dano, o resultado do processo e a natureza do interesse controvertido.

A terceira crítica grifa a incongruência de uma sentença estrangeira homologada perante o Superior Tribunal de Justiça poder produzir efeitos em todo o território nacional, ao passo que uma decisão coletiva somente poderia produzir efeitos nos limites territoriais do órgão judicante.

O quarto contraponto sustenta-se no fato de que a limitação territorial retira a essência da tutela coletiva, contrariando os princípios da eficiência e da economia processual, sob o ponto de vista sistêmico, fomentando a dispersão de litígios.

O quinto fundamento seria a inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.494/97, convertida a partir da Medida Provisória nº 1.570-5293, de 21 de agosto de 1997, adotada pelo Presidente da República sem que houvesse autorização constitucional para tanto, tendo em vista a ausência dos pressupostos materiais de relevância e de urgência.

Por fim, o sexto argumento funda-se na inconstitucionalidade material por violação ao direito fundamental à segurança jurídica, previsto no art. 5º, XXXVI, da CRFB/88294, e à igualdade, disposto no art. 5º, *caput*, da CRFB/88295, posto que vítimas de um mesmo fato lesivo poderão receber tratamento distinto do Poder Judiciário, conforme os limites da competência territorial do órgão prolator. A restrição da eficácia gera evidente risco de decisões contraditórias.

Observa-se, desse modo, que a previsão trafega em sentido diametralmente oposto à segunda e terceira ondas renovatórias de acesso à justiça²⁹⁶, por,

291 BRASIL, op. cit., 1990.

292 BRASIL, op. cit., 1985.

293 BRASIL. *Medida Provisória nº 1.570-5*, de 21 de agosto de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas/1570-5.htm>. Acesso em: 04 jan. 2021.

294 BRASIL, op. cit., 1988.

295 Ibid.

296 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editor, 2002.

respectivamente, enfraquecer a proteção adequada aos direitos coletivos e reduzir a efetividade e instrumentalidade do processo.

Portanto, a partir da robustez e abundância dos argumentos colacionados pela segunda corrente, a limitação apriorística da eficácia subjetiva da decisão à competência do órgão judicante mostra-se incompatível com o ordenamento jurídico pátrio.

3. O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES ACERCA DA LIMITAÇÃO TERRITORIAL NA TUTELA COLETIVA

Em um primeiro momento, após as alterações introduzidas pela Lei nº 9.494/97, o Superior Tribunal de Justiça inegavelmente posicionava-se no sentido da aplicabilidade da limitação territorial da estabilidade da decisão judicial ao órgão prolator.

Nesse sentido, se manifestou a Corte Especial no AgRg nos EREsp nº 253.589/SP, julgado em 04 de junho de 2008²⁹⁷:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. DISSÍDIO NOTÓRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CADERNETA DE POUPANÇA. RELAÇÃO DE CONSUMO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CORREÇÃO MONETÁRIA. JANEIRO/89. COISA JULGADA. LIMITES. DISSENSO JURISPRUDENCIAL SUPERADO. SÚMULA 168/STJ. **1. A sentença na ação civil pública faz coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator, nos termos do art. 16 da Lei n. 7.347/85, com a novel redação dada pela Lei 9.494/97. Precedentes do STJ: EREsp 293407/SP, CORTE ESPECIAL, DJ 01.08.2006; REsp 838.978/MG, PRIMEIRA TURMA, DJ 14.12.2006 e REsp 422.671/RS, PRIMEIRA TURMA, DJ 30.11.2006.** 2. In casu, embora a notoriedade do dissídio enseje o conhecimento dos embargos de divergência, a consonância entre o entendimento externado no acórdão embargado e a hodierna jurisprudência do STJ, notadamente da Corte Especial, conduz à inarredável incidência da Súmula 168, do Superior Tribunal de Justiça, verbis: "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado." 3. Agravo regimental desprovido, mantida a

297 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg nos EREsp nº 253.589/SP*. Rel.: Min. Luiz Fux. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=790644&num_registro=200300138550&data=20080701&formato=PDF>. Acesso em: 07 jan. 2021.

inadmissibilidade dos embargos de divergência, com supedâneo na Súmula 168/STJ. (grifo nosso).

Por um longo período, como se observa pela leitura do REsp nº 1.304.953/RS298, julgado em 26 de agosto de 2014, e do AgRg no REsp nº 767.965/PR299, julgado em 15 de setembro de 2015, o referido posicionamento predominou no Tribunal, fundamentando-se na interpretação literal do art. 16, da Lei de Ação Civil Pública³⁰⁰.

Todavia, a partir do REsp nº 1.114.035/PR301, julgado em 07 de outubro de 2014, notou-se uma sinalização da Corte a respeito da mudança de seu entendimento prevalente.

No julgamento do referido recurso, o Tribunal entendeu que o caráter indivisível dos direitos coletivos *stricto sensu* e dos direitos difusos os conduziria ao impedimento prático, e mesmo lógico, de qualquer interpretação voltada a cindir os efeitos da sentença civil, restringindo a aplicação do art. 16, da Lei de Ação Civil Pública³⁰², aos direitos individuais homogêneos. Veja:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA TUTELANDO MUTUÁRIOS DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. SISTEMA DE AMORTIZAÇÃO EM "SÉRIE GRADIENTE". LEGALIDADE. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL. COMPATIBILIDADE RECONHECIDA. CRIAÇÃO DE CONTA APARTADA PARA DESTINAÇÃO DOS VALORES NÃO AMORTIZADOS A FIM DE EVITAR ANATOCISMO. **EFICÁCIA ERGA OMNES DA SENTENÇA CIVIL. ART. 16 DA LEI N. 7.347/1985. NATUREZA DO DIREITO TUTELADO. INCIDÊNCIA NAS AÇÕES CUJO OBJETO SEJAM DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.** EXAME

298 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.304.953/RS*. Rel.: Min. Nancy Andrighi. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=30487137&num_registro=201200220490&data=20140908&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 07 jan. 2021.

299 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp nº 767.965/PR*. Rel.: Min. Nefi Cordeiro. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=51385891&num_registro=200501190575&data=20151001&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 07 jan. 2021.

300 BRASIL, op. cit., 1985.

301 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.114.035/PR*. Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Relator. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=40037440&num_registro=200900626412&data=20141023&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 07 jan. 2021.

302 BRASIL, op. cit., 1985.

MERITÓRIO PELO STJ EM SEDE RECURSAL. ALTERAÇÃO DOS LIMITES SUBJETIVOS DA CAUSA. NÃO OCORRÊNCIA.

(...) 4. Estando em pleno vigor o art. 16 da LACP, que restringe o alcance subjetivo da sentença civil, e atuando o julgador nos limites do direito posto, cabe-lhe, mediante interpretação sistêmica, encontrar hipótese para sua incidência. 5. **O caráter indivisível dos direitos difusos e coletivos stricto sensu conduz ao impedimento prático, e mesmo lógico, de qualquer interpretação voltada a cindir os efeitos da sentença civil em relação àqueles que estejam ligados por circunstâncias de fato ou que estejam ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base preexistente à lesão ou à ameaça de lesão.** 6. O art. 16 da LACP encontra aplicação naquelas ações civis públicas que envolvam direitos individuais homogêneos, únicos a admitir, pelo seu caráter divisível, a possibilidade de decisões eventualmente distintas, ainda que não desejáveis, para os titulares dos direitos autônomos, embora homogêneos. 7. Dado o caráter de subsidiariedade das normas do CDC em relação às ações civis públicas, revelado pela redação do art. 21 da LACP, o legislador, ao editar a Lei n. 9.494/1997, não se preocupou em modificar o art. 103 do CDC. 8. O efeito substitutivo do art. 512 do CPC, decorrente do exame meritório do recurso especial, não tem o condão de modificar os limites subjetivos da causa, sob pena de criação de novo interesse recursal. 9. Recurso especial parcialmente provido. (grifo nosso)

Enfim, a Corte Especial do STJ, no EREsp nº 1.134.957/SP303, julgado em 24 de outubro de 2016, assentou, com clareza, seu posicionamento no sentido da inaplicabilidade da limitação territorial dos efeitos do provimento jurisdicional a qualquer espécie de direito coletivo *lato sensu*, consoante ementa abaixo colacionada:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. ART. 16 DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO COLETIVA. LIMITAÇÃO APRIORÍSTICA DA EFICÁCIA DA DECISÃO À COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO JUDICANTE. DESCONFORMIDADE COM O ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE

303 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EREsp nº 1.134.957/SP RG*. Rel.: Min. Laurita Vaz. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=65880891&num_registro=201300519527&data=20161130&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 07 jan. 2021.

JUSTIÇA EM JULGAMENTO DE RECURSO REPETITIVO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP N.º 1.243.887/PR, REL. MIN. LUÍS FELIPE SALOMÃO). DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS.

1. No julgamento do recurso especial repetitivo (representativo de controvérsia) n.º 1.243.887/PR, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a regra prevista no art. 16 da Lei n.º 7.347/85, primeira parte, consignou ser indevido limitar, aprioristicamente, a eficácia de decisões proferidas em ações civis públicas coletivas ao território da competência do órgão julgante.

2. Embargos de divergência acolhidos para restabelecer o acórdão de fls. 2.418-2.425 (volume 11), no ponto em que afastou a limitação territorial prevista no art. 16 da Lei n.º 7.347/85. (grifo nosso)

Interessante destacar, que, no referido julgamento, restou vencido o voto do Exmo. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, arguindo que a norma é bastante explícita e que a atribuição de eficácia nacional a uma decisão isolada poderia desestabilizar o sistema da efetivação das decisões.

Isto posto, possível afirmar que, atualmente, prevalece no Superior Tribunal de Justiça o entendimento pelo afastamento da previsão do art. 16, da Lei de Ação Civil Pública³⁰⁴, à eficácia das decisões em tutela coletiva.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, inicialmente, rejeitava a repercussão geral do tema, como se constata no ARE-RG nº 796.473305, julgado em 04 de abril de 2014, sob o fundamento de não se tratar de questão constitucional, mas mera ofensa reflexa ou indireta.

Nesse curso, seguiu, o entendimento do Supremo, até o pronunciamento no RE nº 1.101.937/SP306, julgado em 13 de fevereiro de 2020, quando se posicionou pela existência de repercussão geral da questão constitucional, no tema nº 1075, com a

304 BRASIL, op. cit., 1985.

305 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE-RG nº 796.473/SP*. Rel.: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=269661652&ext=.pdf>>. Acesso em: 07 jan. 2021.

306 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 1.101.937/SP*. Rel.: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342458459&ext=.pdf>>. Acesso em: 07 jan. 2021.

suspensão nacional de todos os processos em andamento em que se discuta a matéria, com fulcro no art. 1.035, §5º, do Código de Processo Civil³⁰⁷.

Em sua excelente manifestação, no parecer ARESV/PGR Nº 134610/2020308, de 15 de maio de 2020, a Procuradoria-Geral da República opinou pela inconstitucionalidade do art. 16, da Lei de Ação Civil Pública³⁰⁹, por limitar indevidamente garantias constitucionais, como a ação civil pública e a coisa julgada, obstaculizar o acesso à justiça e gerar tratamento anti-isonômico.

Em plenário, na recentíssima sessão de julgamento do dia 04 de março de 2021, o Exmo. Rel. Ministro Alexandre de Moraes, com base nos princípios da eficiência, da igualdade, da segurança jurídica e da efetividade da proteção material e instrumental dos interesses metaindividuais, em respeito à unidade da constituição e à máxima efetividade e eficiência das normas constitucionais, sustenta a impossibilidade de compatibilização da restrição criada pelo art. 16, da Lei de Ação Civil Pública³¹⁰, com a consagração constitucional da ação civil pública como instrumento de garantia dos direitos fundamentais de 3ª geração.

Dessa forma, conclui pela inconstitucionalidade da limitação territorial, com a redação dada pela Lei nº 9.494/97, e, conseqüentemente, pelos efeitos repristinatórios, com o retorno à redação original. Acrescenta, ainda, que a competência deve ser fixada conforme previsão do Código Consumerista. Em síntese, propõe a seguinte tese:

I - É inconstitucional o art. 16 da Lei 7.347/1985, alterada pela Lei 9.494/1997.

II - Em se tratando de ação civil pública de efeitos nacionais ou regionais, a competência deve observar o art. 93, II, da Lei 8.078/1990. Sendo regional o alcance, serão competentes os foros ou circunscrições de capitais do Estado ou do Distrito Federal, desde que inseridos na região em que se projetem os efeitos da decisão; sendo

307 BRASIL, op. cit., 1985.

308 BRASIL. Procuradoria-Geral da República. Parecer ARESV/PGR Nº 134610/2020. Procurador-Geral da República Augusto Aras. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752692473&prcID=5912928#>>. Acesso em: 07 jan. 2021.

309 BRASIL, op. cit., 2015.

310 Ibid.

nacional o alcance, será concorrente a competência entre as capitais de Estado e o Distrito Federal.

III - Ajuizadas múltiplas ações civis públicas de âmbito nacional ou regional, firma-se a prevenção do juízo que primeiro conheceu de uma delas, para o julgamento de todas as demandas conexas.

No mesmo sentido, acompanharam os Ministros Nunes Marques, Cármen Lúcia, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Luiz Fux e Edson Fachin, este último divergindo apenas quanto aos itens II e III, da tese de repercussão geral.

Vencido, o Ministro Marco Aurélio defende a harmonia da alteração do art. 16, da Lei de Ação Civil Pública, pela Lei nº 9.494/97, com o sistema Judiciário pátrio, sob o fundamento de que admitir o caráter amplo de decisão, reconhecendo-se os efeitos sobre controvérsias análogas em todo o território nacional, além de contrariar o acesso à justiça, comprometeria a legitimidade do pronunciamento, muitas vezes distante da realidade da causa, em prejuízo dos jurisdicionados. O Ministro Luís Roberto Barroso afirmou suspeição e o Ministro Dias Toffoli se declarou impedido.

Assim, após a formação de maioria, o Tribunal, apreciando o tema nº 1075 da repercussão geral, fixa a tese nos termos propostos pelo Ministro relator.

Cabe, portanto, elogiar o entendimento adotado pela Suprema Corte no sentido da desarmonia da limitação territorial dos efeitos da eficácia subjetiva das decisões à competência do órgão judicante na tutela coletiva com a Constituição.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa analisou, como problemática essencial, as questões acerca da limitação territorial da eficácia subjetiva da coisa julgada às ações coletivas. O embate materializa-se pela aplicabilidade do art. 16, da Lei de Ação Civil Pública, ao microsistema de tutela coletiva.

De um lado, defende-se a aplicação literal da referida disposição pela compatibilidade da regra com o sistema processual coletivo; de outro, sustenta-se a confusão do legislador entre os institutos dos limites subjetivos da coisa julgada e da competência, a ineficácia da modificação introduzida pela Lei nº 9.494/97 por não ter abrangido a legislação consumerista, a incongruência sistêmica da modificação, a contrariedade ao princípio da economia processual, a inconstitucionalidade formal e a inconstitucionalidade material.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram ao longo da pesquisa, ficou evidente o acerto do atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e do

Supremo Tribunal Federal, no que concerne à proteção dos direitos fundamentais à segurança jurídica, à igualdade e à eficiência da prestação jurisdicional

O entendimento a que chegou este pesquisador funda-se na compreensão da tutela coletiva enquanto instrumento de grande repercussão social, concretizadora do acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda; FERREIRA, Eduardo Aranha; GRANADO, Daniel Willian. *Direito Processual Civil*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*. Outorgada em 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 04 jan. 2021

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao9.htm>. Acesso em: 04 jan. 2021.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 04 jan. 2021.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 04 jan. 2021.

_____. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 jan. 2021

_____. *Lei nº 7.347*, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347compilada.htm>. Acesso em: 04 jan. 2021.

_____. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 04 jan. 2021.

_____. *Lei nº 9.494*, de 10 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9494.htm>. Acesso em: 04 jan. 2021.

_____. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 04 jan. 2021.

_____. *Medida Provisória nº 1.570-5*, de 21 de agosto de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas/1570-5.htm>. Acesso em: 04 jan. 2021.

_____. Procuradoria-Geral da República. *Parecer ARESV/PGR Nº 134610/2020*. Procurador-Geral da República Augusto Aras. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752692473&prcID=5912928#>>. Acesso em: 07 jan. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp nº 253.589/SP*. Rel.: Min. Luiz Fux. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=790644&num_registro=200300138550&data=20080701&formato=PDF>. Acesso em: 07 jan. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp nº 767.965/PR*. Rel.: Min. Nefi Cordeiro. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=51385891&num_registro=200501190575&data=20151001&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 07 jan. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.134.957/SP*. Rel.: Min. Laurita Vaz. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=65880891&num_registro=201300519527&data=20161130&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 07 jan. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.114.035/PR*. Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Relator. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=40037440&num_registro=200900626412&data=20141023&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 07 jan. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.304.953/RS*. Rel.: Min. Nancy Andrighi. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=30487137&num_registro=201200220490&data=20140908&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 07 jan. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ARE-RG nº 796.473/SP*. Rel.: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=269661652&ext=.pdf>>. Acesso em: 07 jan. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 1.101.937/SP*. Rel.: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342458459&ext=.pdf>>. Acesso em: 07 jan. 2021.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso de Direito Processual Civil*. 8.ed. V. 2. São Paulo: Saraiva, 2019.

- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editor, 2002.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 14. ed. V. 4. Salvador: Juspodivm, 2020.
- FONTELES, Samuel Sales. *Direitos Fundamentais*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 3. ed. V. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9.ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- ROCHA, Francisco da. *Constituição do Estado Novo*. Porto Alegre: Barcellos, Bertaso & Cia., 1940.

OS RISCOS DA FLEXIBILIZAÇÃO DO PORTE E POSSE DE ARMA DE FOGO

LEONARDO HENRIQUE SOARES CABREIRA:

Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário de Santa Fé do Sul-SP

LUCIANA RENATA RONDINA STEFANONI

(orientadora)

RESUMO: Esse estudo tem como objetivo mostrar a importância do estatuto do desarmamento para a sociedade e esclarecer os riscos que a flexibilização pode causar no Brasil. Através de estudos e dados é comprovado que mais armas circulando nas mãos dos brasileiros desencadeia o aumento das fatalidades provocadas por armas. A primeira parte discorre sobre o surgimento do Estatuto do desarmamento e as vantagens que essa Lei trouxe ao longo dos anos aos cidadãos. Em seguida foi desenvolvido sobre as normas de flexibilização que foram aprovadas e através de dados e evidências é demonstrado os perigos que a flexibilização do porte e posse de armas trazem para a sociedade Brasileira. No decorrer da pesquisa é mostrado a importância de restringir o acesso as armas de fogo para garantir a segurança das pessoas. A conclusão demonstra que investindo em segurança pública de qualidade, garantindo uma vida digna e uma educação de qualidade para as pessoas é a melhor forma de evitar que partam para o caminho da criminalidade. A metodologia usada no presente trabalho foi pesquisas em artigos já publicados a respeito do tema, em sites de notícias e sites da internet, o ordenamento jurídico brasileiro foi a base principal da pesquisa.

Palavras-chave: Estatuto do desarmamento. Riscos. Armas de Fogo.

ABSTRACT: This study aims to show the importance of the disarmament statute for society and the risks that flexibilization it can cause in Brazil. Through studies and data, it is proven that more weapons circulating in the hands of Brazilians triggers an increase in fatalities caused by weapons. The first part discusses the emergence of the Disarmament Statute and the advantages that this Law has brought to citizens over the years. Then it was developed on the flexibilization norms that were approved and through data and evidence it is demonstrated the dangers that the flexibilizations of the carrying and possession of weapons bring to Brazilian Society. In the course of the research, the importance of restricting access to firearms is shown to ensure people's safety. The conclusion shows that investing in quality public security, guaranteeing a dignified life and quality education for people is the best way to prevent them from going down the path of criminality. The

methodology used in the presente work was research on articles already published on the subject, on news sites and internet sites, the Brazilian legal system was the main basis of the research.

Keywords: Disarmament Statute. Risks. Firearms.

1 INTRODUÇÃO

Esse estudo tem como objetivo mostrar a importância do estatuto do desarmamento para a sociedade e esclarecer os riscos que a flexibilização pode causar no Brasil, como o aumento das fatalidades provocadas por armas de fogo.

No início no estudo é discorrido sobre o Estatuto do Desarmamento no Brasil e como ele tem influência direta na diminuição da circulação de armas de fogo na sociedade.

Nos últimos anos é evidente que o discurso de que todo cidadão deve ter o direito de possuir uma arma de fogo para sua segurança vem ganhando popularidade. O aumento da criminalidade, e a falha da segurança pública reforçam esse discurso, e de alguma forma as pessoas realmente acreditam estar mais seguras tendo posse de uma arma, porém a realidade é outra, a falsa sensação de segurança que uma arma pode trazer vem com consequências brutais, aliás a arma tem apenas um objetivo, que é matar. Com isso velemos questionar, quais as consequências de flexibilizar as regras sobre o porte e a posse da arma de fogo, e quais os danos que isso traria para a sociedade?

Desde que foi promulgado o Estatuto do Armamento, os números de armas circulando nas mãos de pessoas comuns só caiu, conseqüentemente as mortes causadas por tiros também, mas em 2019 houve uma série de normas sancionadas pelo Presidente da República que vai no sentido contrário da proposta do estatuto.

As normas aprovadas para facilitar o porte e a posse da arma de fogo entra em conflito com o estatuto do desarmamento, no qual vem cumprindo com eficiência seu objetivo de dificultar e fiscalizar o acesso as armas de fogo, a flexibilização desse decreto reforça a ideia de que o estado não está cumprindo com o seu dever de garantir uma segurança pública de qualidade, e coloca nas mãos das pessoas o dever de combater a criminalidade, porém esse dever é do Estado.

Muitos comemoraram tal flexibilização, porém o que essas pessoas geralmente não percebem é que não são apenas os criminosos que serão vítimas, pois o aumento de armas

dentro de casa, contribui demasiadamente para o risco de suicídio, acidentes ocasionados por disparos e que muitas vezes tem crianças envolvidas.

O trabalho teve como embasamento principal o ordenamento jurídico brasileiro, foi utilizado também pesquisas em artigos publicados com o mesmo tema, pesquisas em sites da internet, consultas em sites de notícias e buscas de dados em institutos renomados em pesquisas sociais, como por exemplo o IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada).

2 ESTATUTO DO DESARMAMENTO

A década de 90 vinha sofrendo um grande aumento de mortes ocasionadas por armas de fogo, um estudo realizado pela Unesco em 2005 mostrou que entre os anos de 1993 e 2003, a taxa de mortes por armas de fogo no Brasil era maior do que muitos conflitos armados no mundo. Para ter uma ideia melhor, na Guerra do Golfo em 1991 foi registrado cerca 10 mil mortes em um ano de conflitos, já o Brasil registrou uma média de 32 mil mortes por armas de fogo por ano entre 1993 e 2003. (BLUME, 2016).

Diante do constante crescimento do número de mortos por arma de fogo surgiu a necessidade das autoridades tomarem uma providencia para controlar diminuir essas fatalidade, com isso no dia 22 de dezembro de 2003 fora promulgada a Lei Federal 10.826 conhecida como Estatuto do Desarmamento, na qual busca fiscalizar a posse, o registro e o porte de armas de fogo para garantir uma maior segurança pública e evitar os danos que as armas podem trazer para a sociedade, tal lei também estabelece penas para aqueles que forem pego com posse ilegal e contrabando de armas.

Esta lei também discorre sobre a comercialização de armas de fogo e munição e trata também da SINARM, Sistema Nacional de Armas no qual é um conjunto de órgãos ligados ao Ministério de Justiça que tem como objetivo fiscalizar e controlar a produção e o comércio, o registro e o cadastramento das armas de fogo no Brasil.

A função da SINARM (Lei 10.826/2003), é de extrema importância na regulamentação de armas no Brasil já que a partir da vigência do Estatuto do Desarmamento, e de acordo com seu artigo 3º é obrigatório o registro de armas e munições em território brasileiro, para que se tenha um maior controle da circulação de armas legais, e depende da SINARM a autorização para a aquisição de uma arma de fogo.

O artigo 4º da referida lei dispõe acerca dos requisitos necessários para a aquisição das armas de fogo de uso permitido (BRASIL, 2003):

Art. 4º Para adquirir arma de fogo de uso permitido o interessado deverá, além de declarar a efetiva necessidade, atender aos seguintes requisitos: (grifo nosso)

I - Comprovação de idoneidade, com a apresentação de certidões negativas de antecedentes criminais fornecidas pela Justiça Federal, Estadual, Militar e Eleitoral e de não estar respondendo a inquérito policial ou a processo criminal, que poderão ser fornecidas por meios eletrônicos;

II – Apresentação de documento comprobatório de ocupação lícita e de residência certa;

III – comprovação de capacidade técnica e de aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, atestadas na forma disposta no regulamento desta Lei.

§ 1o O SINARM expedirá autorização de compra de arma de fogo após atendidos os requisitos anteriormente estabelecidos, em nome do requerente e para a arma indicada, sendo intransferível esta autorização.

§ 2o A aquisição de munição somente poderá ser feita no calibre correspondente à arma registrada e na quantidade estabelecida no regulamento desta Lei.

§ 3o A empresa que comercializar arma de fogo em território nacional é obrigada a comunicar a venda à autoridade competente, como também a manter banco de dados com todas as características da arma e cópia dos documentos previstos neste artigo.

§ 4o A empresa que comercializa armas de fogo, acessórios e munições responde legalmente por essas mercadorias, ficando registradas como de sua propriedade enquanto não forem vendidas.

§ 5o A comercialização de armas de fogo, acessórios e munições entre pessoas físicas somente será efetivada mediante autorização do SINARM.

§ 6º A expedição da autorização a que se refere o § 1º será concedida, ou recusada com a devida fundamentação, no prazo de 30 (trinta) dias úteis, a contar da data do requerimento do interessado.

§ 7º O registro precário a que se refere o § 4º prescinde do cumprimento dos requisitos dos incisos I, II e III deste artigo.

§ 8º Estará dispensado das exigências constantes do inciso III do caput deste artigo, na forma do regulamento, o interessado em adquirir arma de fogo de uso permitido que comprove estar autorizado a portar arma com as mesmas características daquela a ser adquirida.

O estatuto sofreu diversas alterações em seu texto, um exemplo foi a Lei 11.706 de 2008 que trouxe as principais mudanças entre elas está a parte que trata sobre a posse de armas para residentes em áreas rurais, e passou a definir quais os tipos de armas e as documentações necessárias para a posse. Também houve mudanças feitas através do Decreto 8.938 de 2016, na qual mudou a regulamentação do estatuto possibilitando a doação de armas apreendidas para as forças de segurança do Brasil.

2.1 MUDANÇAS OCASIONADAS PELO ESTATUTO DO DESARMAMENTO

Junto ao estatuto o governo da época promoveu campanhas que incentivavam as pessoas a entregarem suas armas para a polícia, logo os resultados foram ficando visíveis, com um controle maior e registro sobre as armas foi possível alcançar uma queda bastante significativa no número de homicídios ocasionados por armas.

Segundo o Jornal Nacional um estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) nos 14 anos anteriores ao Estatuto do Desarmamento, os números de assassinatos por armas de fogo subiam uma média de 5,5% ao ano, já nos seguintes 14 anos essa média caiu para 0,85% por ano. (WESTIN, 2021).

Ou seja, o Estatuto do Desarmamento teve uma participação essencial no declínio da porcentagem de homicídios, porque com ele a circulação de armas de fogo na sociedade diminuiu consideravelmente.

Outro dado apontado pelo IPEA também mostrou que, conforme o número de armas de fogo circulando no país sobe 1%, a taxa de homicídios é elevada em 2%, ou seja, a cada arma circulando na sociedade a chance de homicídio dobra. (VERENICZ, 2021).

Esses dados só demonstram como o porte de armas ao invés de trazer a segurança desejada, tem um efeito contrário e tem ligação direta com os homicídios que acontecem na sociedade.

Também é importante analisar que pessoas que estão armadas já correm mais riscos que as demais apenas por estarem portando suas armas, conforme discorre Waiselfisz (2018, *apud* BLUME, 2016): O indivíduo comum que sai à rua armado tem 60%, 70% mais chances de morrer em caso de conflito. Isso condiz com a ideia de que ao invés de trazer mais segurança, as armas aumentam os riscos de morte em litígios.

3 FLEXIBILIZAÇÃO DAS ARMAS DE FOGO

Nos últimos anos ficou claro que cada vez mais pessoas começaram a apoiar o porte de arma de fogo. O principal argumento dos pró armamento é de que todo cidadão deve ter o direito de se proteger, o aumento da criminalidade e a segurança precária tiveram grande impacto nisso, mas também houve um aumento de governantes com discursos conservadores e com a ajuda das redes sociais, a ideia de que todo cidadão de bem tem que ter uma arma para garantir a segurança da sua família vinha cada vez mais ganhando popularidade no país.

O presidente Jair Messias Bolsonaro fez cumprir suas promessas de campanha e assim que assumiu assinou cerca de 30 normas nas quais abrandaram as exigências para a posse e o porte, aumentaram a quantidade de armas e munições que o cidadão pode possuir, liberaram o comércio de armas antes restritas às forças de segurança pública e dificultaram a fiscalização e o rastreio de balas.

Tal decisão vai no sentido contrário do Estatuto do desarmamento de 2003 e como consequência esse está sendo o período que mais há armas nas mãos dos brasileiros. Nos anos de 2019 e 2020, foram registradas na Polícia Federal cerca de 320 mil armas, esse número se torna assustador se comparado aos anos de 2012 a 2018, em que o número de armas registradas foi de 303 mil. (WESTIN, 2021).

O número de licenças para armas de fogo teve um aumento de assustadores 473,6% de 2018 a 2022, conforme dados do 16º Anuário de Segurança pública. (ROCHA, 2022). Em apenas um ano após a flexibilização, o número de armas em circulação foi maior do que os quatro anos anteriores a essa mudança, assim como as licenças tiveram um aumento desenfreado.

Mesmo assim em 25 de junho de 2019 foi criado O Decreto Lei 9.847 com o suposto objetivo de regulamentar a Lei 10.826 (Estatuto do Desarmamento) e substituir os decretos 9.785, de 7 de maio de 2019, e 9.797, de 21 de maio de 2019, publicados anteriormente pelo governo federal. Em seus 61 artigos, o decreto 9.847 dispõe sobre as regras e procedimentos para a aquisição de uma arma de fogo, trata do porte, cadastro, registro, comercialização. Para ser mais específico, conforme expõe o site Agência Brasil, os dispositivos suspensos pela decisão liminar foram (VERDÉLIO, 2021):

- Afastamento do controle exercido pelo Comando do Exército sobre projéteis para armas de até 12,7 mm, máquinas e prensas para recarga de munições e de diversos tipos de miras, como as telescópicas;
- Autorização para a prática de tiro recreativo em entidades e clubes de tiro, independentemente de prévio registro dos praticantes;
- Possibilidade de aquisição de até seis armas de fogo de uso permitido por civis e oito armas por agentes estatais com simples declaração de necessidade, com presunção de veracidade;
- Comprovação, pelos CACs (caçadores, atiradores e colecionadores) da capacidade técnica para o manuseio de armas de fogo por laudo de instrutor de tiro desportivo;
- Comprovação pelos CACs da aptidão psicológica para aquisição de arma mediante laudo fornecido por psicólogo, dispensado o credenciamento na Polícia Federal;
- Dispensa de prévia autorização do Comando do Exército para que os CACs possam adquirir armas de fogo;
- Aumento do limite máximo de munições que podem ser adquiridas, anualmente, pelos CACs;
- Possibilidade do Comando do Exército autorizar os CACs a adquirir munições em número superior aos limites preestabelecidos;
- Aquisição de munições por entidades e escolas de tiro em quantidade ilimitada;
- Prática de tiro desportivo por adolescentes a partir dos 14 anos de idade completos;

- Validade do porte de armas para todo território nacional;
- Porte de trânsito dos CACs para armas de fogo municionadas; e
- Porte simultâneo de até duas armas de fogo por cidadãos. (VERDÉLIO, 2021).

Entretanto, tal decreto está causando uma grande confusão, tanto para os legisladores como também para a própria população, pois em vários momentos o decreto se vê em discordância com o Estatuto do Desarmamento:

“Diante da certeza de que a Câmara Federal seguiria o voto do Senado, e de que o STF consideraria inconstitucionais os seus decretos, numa medida inédita e de total afronta à autonomia dos demais poderes da República, o presidente Bolsonaro revogou seus próprios decretos e, em seguida, reeditou quatro novos. Foi assim que, em 25 de junho foram assinados os decretos nº 9.844, 9.845 e 9.846 e na madrugada do dia seguinte, o de nº 9.847. De novidade eles não tinham nada. As controversas normas foram reestabelecidas, mas dessa vez foram fatiadas em dois desses decretos. O de nº 9.845 repetiu quase todas as polêmicas normas dos anteriores, o de nº 9.846 reproduziu os privilégios para os CACs, que mantiveram a prerrogativa de comprar armas de uso restrito (como 9 milímetros, .45, .44 Magnum e .353 Magnum), passando a ter armamento com poder de fogo superior ao do utilizado pelos policiais (calibres 38 e .40), o que é um contrassenso. Quanto ao Decreto nº 9.847, revogou o de nº 9.844 e a ampliação de novas categorias com direito ao porte, mas manteve a compra de fuzis por parte de civis. Essa liberação provocou um grande alarde e preocupação. O Executivo então concedeu ao Exército 60 dias para se pronunciar. Em 15 de agosto, portaria da DFPC liberou a compra por civis de pistolas e revólveres de grosso calibre, como 9 milímetros, .40 e, .45, antes restritos as forças militares, igualando-nos aos países mais violentos do continente, onde essas armas fizeram explodir o número de homicídios. O Exército, pelo menos, manteve a proibição da compra de fuzis de guerra por parte da população. Mesmo para os armamentistas minimamente responsáveis, era de esperar que, ao

liberar a posse e o porte de armas para civis, inclusive as de uso militar, e o descomunal aumento do número de armas e munições para civis, o novo governo aumentaria também a sua fiscalização, para que não viessem a cair em mãos erradas. O que se viu foi um simultâneo afrouxamento dos controles praticamente um convite ao desvio para a milícia e o crime organizado.” (BANDEIRA. 2019, p 351 *apud* BERNADINO, 2020, p. 29).

3.1 RISCOS DA FLEXIBILIZAÇÃO

As normas que têm como objetivo facilitar o acesso as armas de fogo ainda são recentes, mas pode trazer diversos riscos para a sociedade.

Segundo os dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública as mortes violentas no Brasil em 2020 cresceram consideravelmente em relação aos últimos dois anos. Em 2020 foram notificados 50.033 assassinatos no país, o que equivale a cerca de uma morte a cada 10 minutos, que é 4,8% maior que o ano anterior. O Atlas da Violência de 2020 mostra que entre entras os anos de 1991 e 2018, aproximadamente 232.830 crianças e adolescentes foram assassinados, sendo 163.980 delas foram vítimas de arma de fogo”. Conforma expõe o DATASUS, em 2019 teve um total de 7.187 crianças e adolescentes vítimas de homicídios sendo 5.425 decorrentes de disparos por arma de fogo, um dado que chama atenção também é que desse total de mortes violentas de crianças e adolescentes, 80% delas eram negros. (VERENICZ, 2021).

Um cidadão portar, por exemplo, um revólver, aumenta a chance de ele reagir violentamente e mais agressivamente em qualquer situação que seja, fica mais corajoso por se sentir mais poderoso.

Para Renato Sérgio de Lima, Diretor do Fórum “Já é possível perceber correlação entre o aumento de armas de fogo e os números de assassinatos. Para o País inteiro, a política de liberalização começa a ter efeito nas ruas, embora essa não seja a única causa”. (VERENICZ, 2021).

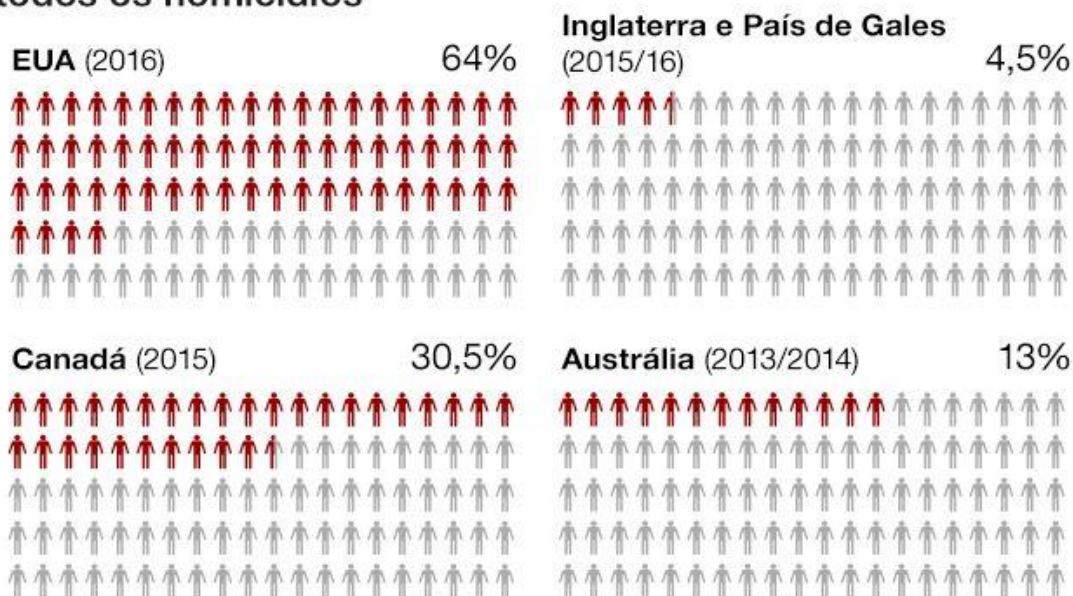
Muito dos armamentistas usam o Estados Unidos como exemplo quando se trata de segurança, por acharem que é um país mais seguro por ser muito fácil adquirir uma arma de fogo, porém a realidade é exposta de maneira contrária.

O Estados Unidos lidera o gráfico de números de armas de fogo por habitante, cerca de 40% da população diz possuir uma arma de fogo, mas ao contrário do que muitos

acreditam, esse número só evidencia os riscos trazidos pela liberação do armamento. O gráfico a seguir mostra a relação de homicídios ocasionados por armas de fogo, comparando 4 países. (BBC NEWS, 2017).

Gráfico 1: Mortes ligadas a armas de fogo em comparação com todos os homicídios:

Mortes ligadas a armas de fogo em comparação com todos os homicídios



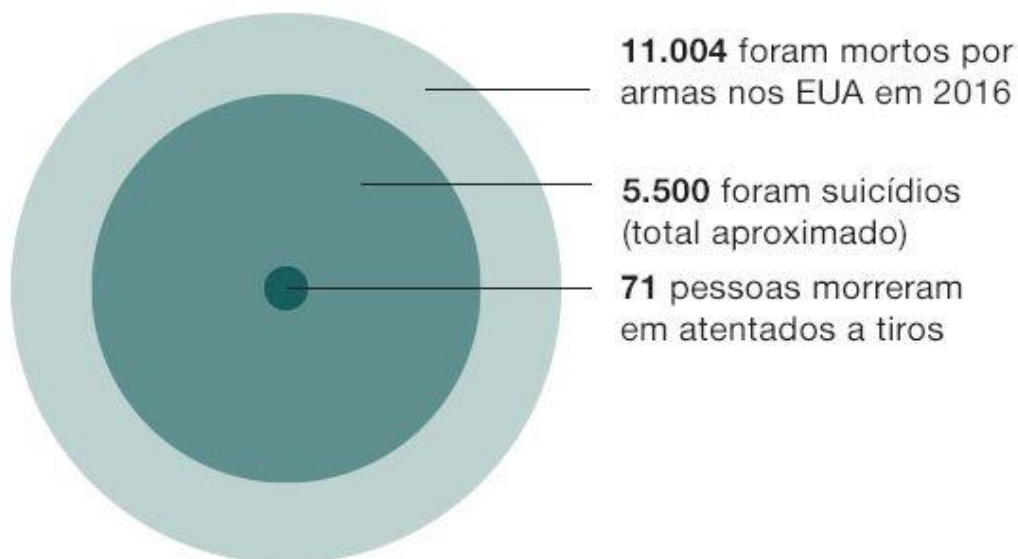
Fonte: FBI, Homicide Index Home Office, Statistics Canada, Australia Crime Statistics 

Fonte: BBC NEWS

Segundo o site da BBC NEWS Brasil (2017), foi realizada uma pesquisa pelo Instituto de Pesquisa Pew em 2017 onde diz que o Estados Unidos tem a maior taxa de homicídios com armas de fogo do mundo, houve mais de 11 mil assassinatos do tipo em 2016, de 11.004 pessoas mortas por arma de fogo em 2016, aproximadamente 5.500 foram suicídio, conforma exposto no gráfico a seguir:

Gráfico 2: Mortes causadas por armas de fogo nos EUA:

Cerca de metade de todas as mortes por arma são suicídios



Fonte: FBI/Mother Jones/American Foundation for Suicide Prevention



Fonte: BBC NEWS

Já no Brasil, uma pesquisa realizada em 20 de março de 2019 pela Sociedade Brasileira de Pediatria, revelou que cada 60 minutos uma criança ou adolescente morre decorrente de ferimentos causados por armas de fogo, e que entre os anos de 1997 e 2016, mais de 145 mil jovens com idade até 19 anos vieram a óbito por conta de disparos, intencionais ou acidentais, incluindo casos de homicídio e suicídio. (BERNADINO, 2020).

A maior parte das pessoas que procuram ter uma arma em casa, diz ser para a proteção e segurança de sua família, porém os fatos mostrados acima só revelam como as crianças e adolescentes ficam mais vulneráveis com um objeto tão letal por perto.

Sobre os aumentos nos números de suicídio discorre André Cabette:

“Um trabalho publicado em janeiro de 2014 na revista acadêmica *Annals of Internal Medicine* reuniu dados coletados por 16 pesquisas, feitas nos Estados Unidos, na Nova Zelândia e na Irlanda, a respeito da associação entre posse de armas em residências e risco de suicídio dos moradores. Os pesquisadores concluíram que o acesso a armas de fogo não só está associado a uma probabilidade maior de alguém da casa ser vítima de homicídio, como também de realizar suicídio. Um

dos trabalhos afirmava que “quando pediatras lidam com um adolescente suicida, eles devem insistir para que armas sejam removidas da casa. Pediatras também devem informar aos pais que a presença de armas de fogo pode estar associada ao suicídio de adolescentes, mesmo sem haver sinais claros de uma doença psiquiátrica”. Em 2004, uma revisão de pesquisas realizada pelo National Research Council, ligado à Academia Nacional de Ciências, dos Estados Unidos, concluíra que “estados, regiões e países com as maiores taxas de propriedade de armas têm as maiores taxas de suicídios com armas.” (Fábio. 2019, s.p.)

Outra ameaça presente no dia a dia de quem possui uma arma em sua residência é o suicídio, pois a pessoa com tendência suicida vê nessa arma uma solução rápida e acessível para seus problemas, ou mesmo uma criança que se espelha em como seu pai manuseia a arma de fogo, pode pegá-la para brincar e acabar gerando uma fatalidade.

Essa facilidade também é encontrada nos casos de feminicídio, que mulheres mesmo dentro de casa, onde deveria ser um ambiente seguro, sofrem essa violência todos os dias.

Conforme apresentado em uma pesquisa realizada pelo Instituto Sou da Paz revelou que o armamento é o principal instrumento empregado nos assassinatos de mulheres no Brasil. Ao longo das duas últimas décadas, entre 2000 e 2019, a violência armada esteve presente em 51% dessas mortes. (PEREZ, 2021).

Segundo Carolina Ricardo, diretora executiva do Instituto em uma matéria ao R7 em 2021, escrita por Fabíola Perez: “Precisamos discutir qual o papel das armas na violência doméstica. Os dados surpreendem porque derrubam o mito de que as armas brancas são as principais responsáveis pela morte de mulheres”. O levantamento mostra ainda que, entre 2012 e 2019, o pior ano foi o de 2017, com 54% de mortes de mulheres por armas de fogo. O dado refletiu um aumento geral de criminalidade e de aumento da tensão entre facções, com maior número de mortes por balas perdidas. Já em 2019, a proporção de assassinatos femininos com o instrumento foi de 49%, seguindo a redução da criminalidade. A pesquisa mostra ainda que a vitimização por agressão com armas de fogo ocorre, sobretudo, em lugares públicos. Nesses locais, ocorrem 53% dos óbitos por agressão com arma da população em geral. No entanto, o índice para mulheres é de 42%. A proporção de mortes por arma de fogo dentro de casa atinge 11% dos homens e 26% das mulheres. “Fica muito claro que as mulheres morrem por arma de fogo e dentro de

casa. É uma violência muito mais nociva para as mulheres”, afirma a diretora do instituto. Sobre o aumento de casos de feminicídio também temos:

“Um trabalho publicado em 2003, nos Estados Unidos, no American Journal of Public Health buscou analisar fatores de risco que se relacionam a chances maiores de que mulheres que vivem relacionamentos abusivos sejam vítimas de feminicídio. Com base em informações sobre 220 vítimas fatais, aliadas a entrevistas com 343 mulheres que viviam relacionamentos abusivos nas mesmas regiões, concluíram que a posse de arma de fogo pelo parceiro era um fator de risco que contribuía para que morressem por feminicídio”. (Fábio. 2019, s.p.).

Sendo assim fica nítido o risco que uma arma pode causar, até mesmo em ambiente familiar, onde deveria ser um lugar seguro a todos, por conta disso o Estatuto vem tentando impedir com que essas armas que dentro de casa já causam inúmeras tragédias, possam ter ampla circulação fora de casa e outros lugares que elas não deveriam estar. A respeito disso explica o Delegado Marcelo Falcone:

“ O despreparo da população, a falta de educação, informação, dificulta o mínimo de respeito aos direitos humanos. A população não respeita trânsito, fila, agora imagina ela armada. Então temos a cultura de resolver tudo na violência, seja doméstica com o feminicídio, ou o vizinho que quer parar o barulho, e as brigas de trânsito com dados altíssimos. Sofremos com uma cultura da violência. (FALCONE, 2019, s.p. *apud* BERNADINO, 2020, p. 12).

É de suma importância destacar também que um maior acesso a armas para a população, pode resultar também no final das contas em mais armas nas mãos de bandidos aumentando diretamente os números relacionados a violência, como explica a matéria a seguir:

“Armas compradas no mercado legal acabam por reforçar o arsenal das quadrilhas de bandidos. Só em 2014, mais de 10 mil armas com registro legal foram roubadas ou furtadas, o que equivale a 30% das licenças concedidas pela Polícia Federal. Outro efeito deletério da proliferação de armamento: a CPI do Tráfico de Armas estimou, em 2006, que, para um aumento de 1% do número de armas nas mãos de pessoas, há um crescimento de 2% nos índices de homicídios” (O GLOBO. 2015).

4 A IMPORTANCIA DE RESTRINGIR O ACESSO A ARMAS DE FOGO

O acesso as armas de fogo não ajudam em nada na segurança pública do país, pelo contrário, só torna a convivência mais dura e difícil na sociedade e com todos os dados expostos é correto dizer que o país está indo na direção oposta ao que o Estatuto do Desarmamento propõe.

Aumentar o número de armas não significa que haverá mais segurança e sim causará mais mortes, conforme opina Tulio Kahn:

“Em linhas gerais, isso foi o que aprendi pesquisando a questão nestas duas décadas: onde existem mais armas, existem mais suicídios e homicídios; o estrago é feito pelas armas nacionais de baixo calibre, compradas legalmente e que terminam na mão dos criminosos; portar armas aumenta o risco de ser ferido ou morto num assalto; tanto a Lei 4937/97 quanto o Estatuto do Desarmamento tiveram efeitos significativos sobre os homicídios em São Paulo; estes efeitos são tanto maiores quanto melhor for a implementação e mais favorável a conjuntura. Nos meus 30 anos de segurança pública, não encontrei nenhuma outra medida ou política pública que tivesse efeitos tão significativos sobre a criminalidade quanto o Estatuto teve. Agora o lobby das armas, aproveitando a conjuntura antigoverno, quer acabar com umas das poucas medidas que serviram para melhorar a segurança deste país.” (KAHN, 2020).

De fato, a segurança pública tem muito o que melhorar, mas jogar para o cidadão o trabalho que seria da polícia, é um erro que só traz mais violência. É dever do estado garantir uma segurança pública de qualidade como diz respeito o artigo 144 da Constituição Federal de 1998:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

5 CONCLUSÃO

Foi possível verificar, através do deste estudo os danos que as armas trazem para a sociedade e que manter uma política pública que dificulta o acesso a armas de fogo é de suma importância para evitar tragédias como o aumento dos homicídios, suicídios e feminicídios. O Estatuto do desarmamento vem sendo uma das maiores formas de combate à violência a mão armada no Brasil e flexibilizar essas normas facilitando o acesso as armas só gera mais desastres. O Brasil ainda tem um grande déficit na segurança pública e as consequências dessa flexibilização pode agravar ainda mais este problema.

Com isso, o ideal seria investir em segurança pública de qualidade, pois garantir a segurança da sociedade é dever do Estado, portanto, a ideia de que é preciso uma arma para se proteger só faz com que a sociedade regreda.

É fundamental também investir em políticas públicas que garantem dignidade e uma melhor qualidade de vida as pessoas, pois muitos recorrem ao crime por simplesmente não ter como conseguir um prato de comida. A educação também é um dos principais fatores quando se trata de criminalidade. Observa-se que os países que tem os menores índices de criminalidade, nota-se que o grande investimento na educação e um ponto em comum entre eles, além disso são países que investe na capacitação das populações para o mercado de trabalho.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cida. **A insegurança no lar: armas provocam tragédias no ambiente doméstico**. Brasil de Fato, 2019. Disponível em:

<<https://www.brasildefato.com.br/2019/01/25/a-inseguranca-no-lar-armas-provocam-tragédias-no-ambiente-domestico>>. Acesso em: 06 de ago de 2022.

BBC NEWS. **Cultura das armas nos EUA: oito gráficos que explicam o fenômeno**.

2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-41501743>>.

Acesso em: 06 de ago de 2022.

BERNADINO, Alexander Gonçalves. **A Importância do Estatuto do Desarmamento e os Riscos da Flexibilização da Posse de Armas de Fogo**. 2020. Disponível em:

<<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/134/1/REDA%20c3%87%20c3%83O%20-TC%20II-%20A08-%20ALEXANDER.pdf>>. Acesso em: 06 de ago de 2022.

BLUME, Bruno. **O Estatuto do Desarmamento deve ser revisto?** Politize, 2016.

Disponível em: <<https://www.politize.com.br/o-estatuto-do-desarmamento-deve-ser-revisto/>>. Acesso em: 06 de ago de 2022.

BRASIL. **Lei 10.826 de 22 de dezembro de 2003**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm>. Acesso em: 06 de ago de 2022.

BRASIL. **Lei 11.706 de 19 de Junho de 2008**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11706.htm>. Acesso em: 06 de ago de 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988.
Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 de ago de 2022.

BRASIL. Decreto Nº 9.847 de 25 de Junho de 2019. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9847.htm>. Acesso em: 06 de ago de 2022.

FÁBIO, Andre Cabette. **O que diz a ciência sobre acesso a armas e violência, em 5 estudos**. Nexo. 2019. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2019/01/20/O-que-diz-a-ci%C3%AAncia-sobre-acesso-a-armas-e-viol%C3%AAncia-em-5-estudos>>. Acesso em: 06 de ago de 2022.

FERNANDES, Augusto. **15 anos após referendo, armas são responsáveis por 70% dos homicídios no país**. Correio Braziliense, 2020. Disponível em: <<https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2020/10/4884622-15-anos-apos-referendo-armas-sao-responsaveis-por-70--dos-homicidios-no-pais.html>>. Acesso em: 06 de ago de 2022.

KAHN, Tulio. **Onde há mais armas, há mais suicídios e homicídios**. Carta Capital. 2020. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/o-depoimento-de-um-dos-principais-criminologos-do-brasil-sobre-as-armas-1229/>>. Acesso em: 06 de ago de 2022.

O GLOBO. **Os riscos da flexibilização do desarmamento**. 2015. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/opiniao/os-riscos-da-flexibilizacao-do-desarmamento-17073396>>. Acesso em: 06 de ago de 2022.

PEREZ, Fabíola. **Arma de fogo é usada em 51% dos homicídios de mulheres em 20 anos:** Sob ameaças constantes, mulheres relatam como é estar em um relacionamento abusivo quando o agressor tem o porte de arma. Notícias R7, 2021. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/sao-paulo/arma-de-fogo-e-usada-em-51-dos-homicidios-de-mulheres-em-20-anos-23082021>>. Acesso em: 07 de ago de 2022.

ROCHA, Matheus. **Sob governo Bolsonaro pessoas com licença a armas de fogo disparam e crescem 473%.** Folha de S. Paulo, 2022. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2022/06/sob-governo-bolsonaro-acesso-a-armas-cresce-39-mas-apreensoes-caem.shtml>>. Acesso em: 07 de ago de 2022.

STACCIARINI, João Henrique Santana. **O papel da educação pública no combate à violência e desigualdade social.** Universo Racionalista. 2018. Disponível em: <<https://universoracionalista.org/o-papel-da-educacao-publica-no-combate-a-violencia-e-desigualdade-social/>>. Acesso em: 06 de ago de 2022.

VERDÉLIO, Andreia. **Entra em vigor parte dos decretos que ampliam acesso a armas de fogo.** Agência Brasil, 2021. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-04/entra-em-vigor-parte-dos-decretos-que-ampliam-acesso-armas-de-fogo>> Acesso em: 06 de ago de 2022.

VERENICZ, Marina. **Circulação de armas aumenta e homicídios no Brasil voltam a crescer.** Carta Capital, 2021. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/circulacao-de-armas-aumenta-e-homicidios-voltam-a-crescer-no-brasil/>>. Acesso em: 06 de ago de 2022.

WESTIN, Ricardo. **Especialistas veem perigo em armar cidadãos. Atiradores esperam mais incentivos do governo.** Senado, 2021. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2021/03/especialistas-veem-perigo-em-armar-cidadaos-e-atiradores-esperam-mais-incentivos-do-governo>>. Acesso em: 06 de ago de 2022.

A REDUÇÃO DA APATRIDIA DE ACORDO COM A CONVENÇÃO DE 1961

BEATRIZ MACHADO GAMELEIRA: Pós-graduada em Direito Processual pela UNIT em parceria com a ESMAL. Pós-graduada em Direito Tributário pela DAMASIO. Graduada em Direito pela UNIT.

RESUMO: A Convenção de 1961 para Redução dos Casos de Apatridia representa o desabrochar de muitos dos ideais plantados no Estatuto dos Apátridas de 1954. Nesse cenário, é possível afirmar que o Estatuto de 1954 reflete a realidade da época de grandes debates do período pós-guerra. Sem dúvidas, um período de incertezas onde muitas teorias começavam a ser concretizadas. Pela primeira vez, o campo da apatridia foi pauta internacional, sendo possível ver no corpo do documento, resquícios das mais variadas fontes e correntes relacionadas à defesa da esfera humanitária. Após a formação do Estatuto dos Apátridas o desafio deixou de ser a mera tipificação do problema, ou a atribuição de direitos aos afetados, e sim advento de novos meios de combate aos fatores que levavam a tal dilema. A Convenção para Redução dos Casos de Apatridia surge dessa necessidade de aprofundamento das leis, bem como para o preenchimento da lacuna quanto a resolução da problemática. O presente artigo fará uma análise de tal Convenção, dando ênfase nos métodos regulamentados em tal documento para efetiva redução do surgimento de apátridas.

Palavras-chaves: Apatridia; Pós-guerra; Redução

ABSTRACT: The 1961 Convention for the Reduction of Statelessness Cases represents the blossoming of many of the ideals planted in the 1954 Stateless Persons Statute. In this scenario, it is possible to affirm that the 1954 Statute reflects the reality of the time of great debates in the post-war period. Undoubtedly, a period of uncertainty where many theories began to be realized. For the first time, the field of statelessness was an international agenda, and it is possible to see in the body of the document, remnants of the most varied sources and currents related to the defense of the humanitarian sphere. After the formation of the Stateless Persons Statute, the challenge is no longer the mere typification of the problem, or the attribution of rights to those affected, but the advent of new means of combating the factors that led to such a dilemma. The Convention for the Reduction of Statelessness Cases arises from this need to deepen the laws, as well as to fill the gap regarding the resolution of the problem. This article will analyze such Convention, emphasizing the methods regulated in such document to effectively reduce the emergence of stateless persons.

Keywords: Statelessness; Post-war; Reduction

1. INTRODUÇÃO

A globalização provou e permanece provocando inúmeras transformações na comunicação entre os países. Não restam dúvidas que, principalmente após a segunda guerra mundial, houve uma enorme evolução nos diálogos internacionais que culminaram no reconhecimento e declarações sobre os mais valiosos direitos básicos dos seres humanos, com enfoque nos vínculos que os unem independente de qualquer distinção, nacionalidade ou etnia.

Ao menos na teoria, grande parte dos Estados passou a aderir uma postura mais benevolente, buscando semear a convivência pacífica entre as nações. Não obstante, isso nem sempre acontecia. Como forma de enfrentar as arbitrariedades os Estados, as Convenções sobre a Apatridia refletem a importância do suporte estatal, sem esquecer como sua ausência deve ser combatida.

Nesse ponto, importante esclarecer que apatridia é termo utilizado para definir o fenômeno da ausência do reconhecimento estatal da qualidade de cidadão ao indivíduo, ora denominado apátrida. Por tal razão, o estatuto dos Apátridas se preocupa principalmente em fortalecer a igualdade humana, conciliando garantias estatais que a princípio pareciam conflitantes como a soberania.

Dessa preocupação, originaram diversas medidas e mecanismos calcados na desconstrução de tabus acerca da inclusão da mão de obra estrangeira e dos migrantes nos países diversos de sua origem, com a finalidade resguardar os subgrupos deslocados pela sociedade.

Na medida em que a figura do imigrante e do apátrida passou a ser tema de debate internacional, surgiram medidas de inclusão veiculadas no Estatuto de 1954. Daí, uma segunda problemática começou a tomar forma.

Se por um lado passou a existir motivos atraentes para a introdução de migrantes na sociedade (possível consumidor no país acolhedor), por outro surgiam questionamentos sobre os problemas relacionados às exacerbadas de tais grupos.

Nesse sentido, o Estatuto dos Apátridas se revelava insuficiente, e a necessidade de uma segunda convenção relacionada ao tema se fez cada vez mais urgente. Foi nesse contexto em que a Convenção de 1961 foi discutida.

O presente artigo pretende analisar a Convenção para Redução da Apatridia de 1961, por meio de pesquisa metodológica com a revisão de bibliográfica, a fim de verificar se foram preenchidas as lacunas presentes na Convenção dos Apátridas de 1954 para efetivação da redução de casos de apatridia.

2. ENTENDENDO A APATRIDIA

A Declaração Universal de Direitos Humanos prevê em um de seus dispositivos que “toda pessoa, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países”. O Estatuto dos Refugiados e as Convenções sobre os apátridas tomaram como base este direito para proteger internacionalmente os semelhantes no contexto de total ausência de proteção humana por parte do Estado.

A princípio é essencial mencionar que apesar de refugiados e apátridas possuírem semelhanças são suas diferenças que revelam a urgência do estudo específico da apatridia.

De antemão, é possível afirmar que uma das principais diferenças gira entorno da origem do sujeito. Enquanto refugiado possuem origem bem definida (indivíduo reconhecido pelo Estado com nacional, mas perseguidos por questões de raça, religião, nacionalidade, opinião política ou que buscam asilo internacional por questões de guerra), o apátrida sequer é reconhecido como nacional. Tal fator gera diversas consequências aos sujeitos, pois ser apátrida é ser totalmente ignorado pelo Estado.

A temática da apatridia é objeto de duas Convenções Internacionais: a primeira estabelecendo aspectos gerais sobre os apátridas, culminando com a formação do Estatuto dos Apátridas. Já a segunda dispõe sobre métodos para redução de casos de apatridia.

Trata-se de documentos são complementares, pois a Convenção para Redução dos casos de Apatridia, que será objeto de estudo do presente artigo, surge para garantia da eficácia da primeira.

2.1 MARCO HISTÓRICO DA CONVENÇÃO PARA REDUÇÃO DOS CASOS DE APATRIDIA DE 1961

A Convenção para Redução dos Casos de Apatridia de 1961 pode não ter tomado forma em meio a um turbilhão de novas ideias como a Convenção sobre Estatuto dos Apátridas de 1954, porém enfrenta seus próprios desafios.

A inserção de uma nova ideia pode ser tão complexa quanto à manutenção de um padrão saudável num contexto onde novos poderes constantemente nascem e se esvaem. Mesmo ocorrendo algum tempo depois da última Grande Guerra Mundial, o discurso internacional concentra certa adaptabilidade, possivelmente motivado pela polarização dos poderes. Contudo, os marcos históricos de maior relevância sobre os assuntos não se encontram tão distantes do período em questão.

Isto porque o contexto histórico da criação da convenção de 1961 tem como maior obstáculo o decurso de um longo período de tempo, que uma lei positiva pode vir

a sofrer caso não seja cuidadosamente planejada para resistir uma mudança de poderes regentes ou uma contraposição ideológica. Nesse quesito a ação conjunta das duas convenções confere ao conteúdo certa segurança, dando uma robustez necessária para validar as ações de seus adeptos.

Logo, não se trata apenas de um simples complemento de leis, nem de uma renovação completa dos conceitos já expostos. A Convenção para a Redução dos casos de Apatridia possui uma essência de continuidade, onde ao mesmo tempo supre as lacunas e dúvidas do passado, introduzindo novos métodos para se tratar da apatridia.

2.2 ANÁLISE DOS ARTIGOS DA CONVENÇÃO DE 1961

Dentre os dispositivos da Convenção de 1961, o presente artigo destacará os que tratam da regulamentação do reconhecimento dos apátridas como nacionais. Os esclarecimentos sobre os comandos dos demais artigos serão feitos de forma breve, já que o foco principal é analisar os mecanismos de efetiva redução da apatridia. Tal análise será feita de forma cronológica, ou seja, seguindo a sequência natural da Convenção.

Os primeiros artigos descrevem as condutas ideais de um Estado em certas situações que, sem a sua participação como fornecedor de garantias, tipificariam a apatridia.

A primeira hipótese regulamentada foi sobre o direito à nacionalidade do homem nascido dentro do território estatal. São tratadas as minúcias do status de nacional adquirida no momento do nascimento ou através de um requerimento apresentado à autoridade competente.

Os parágrafos iniciais do documento detalham questões sobre as normas que dispõe sobre o reconhecimento da nacionalidade sem esquecer as peculiaridades de cada Estado. Tal previsão garante que os novos meios de aquisição de nacionalidade dispostos na Convenção possam ser objeto de tutela jurisdicional interna dos países.

A forma como a identidade das leis locais foi abordada, destaca a permanência da preocupação internacional com a aplicabilidade de suas leis no plano interno. E, de certo modo, também revela o cuidado internacional e o respeito à soberania Estatal, à hierarquia normativa, e à recepção de leis, provando a existência do um vínculo de debate conquistado com o Estatuto de 1954.

Para assegurar o uso de suas atribuições, foram disciplinados certos requerimentos aos Estados para uniformizar a concessão da nacionalidade. Tais requerimentos ao passo em que funcionam como um ferramenta de manutenção da segurança nacional, resguardam o direito de inclusão dos apátridas. O artigo 2º estipula previsões sobre prazos razoáveis para garantia de nacionalidade e tempo de moradia dos apátridas.

Os artigos 3º e 4º disciplinam temas controversos. Quando ao menor abandonado, que tenha sido encontrado dentro do território do Estado Contratante e que seus pais fossem nacionais prevê o seguinte: nesse caso o documento afirma que deve ser garantida a nacionalidade, salvo prova contrária da peculiaridade.

A ressalva do dispositivo pode até fazer sentido na realidade de um Estado de dispõe de normas mais brandas em relação ao reconhecimento da nacionalidade, porém ao se considerar a grande quantidade de países onde a identidade nacional e a ideia de descendência se exprimem de forma diversa gera certa preocupação.

O segundo ponto trata de nascimentos a bordo de aeronaves ou navios. Fica regulamento que deverá ser concedida a nacionalidade do país de cuja a bandeira for o navio, ou no território em que a aeronave estiver matriculada. Tal quesito adentra não somente nas questões mais inerentes a nacionalidade, como também levanta considerações sobre territorialidade.

O artigo 4º traz um esclarecimento das regras, para uma aplicação mais objetiva das normas. É o primeiro artigo a tratar de possíveis conflitos em torno do reconhecimento da nacionalidade. Trata dos casos em que os Estados acolhem pais e crianças que nascem em território distinto da origem de seus ascendentes, estendendo o reconhecimento de tais direitos inclusive fora do território do contratante, quando preenchidos os requisitos, por meio de um requerimento nos mesmos moldes dos primeiros artigos.

O artigo 5º volta a mediar dois aspectos conflitantes da realidade internacional, limitando a intensidade da influência Estatal no que se diz respeito à perda da nacionalidade em favor de uma proteção ou garantia mais palpável para os sujeitos alvos de tal perda.

A convenção condiciona a perda a titularidade ou aquisição de outra nacionalidade, atingindo assim o objetivo de evitar mais um possível caso de apatridia por rixas ou políticas internas, que levariam a uma penalização desacerbada a um indivíduo no plano internacional. Ao mesmo tempo mantem a ideia de que os Estados ainda podem estipular casos de perda da nacionalidade no contexto de alteração das relações civis, concedendo certa liberdade aos contratantes.

Também é disciplinada a possibilidade de requerimento por parte de um filho nacional na intenção de recuperação da nacionalidade, sendo uma clara garantia destinada aos componentes do Estado.

O 6º artigo continua prevendo hipóteses de perda de nacionalidade. Esclarece que a perda da nacionalidade, em regra, não se estende ao cônjuge ou aos filhos do sujeito

sancionado. Tal disposição enfatiza o aspecto da pessoalidade ao fenômeno da perda, e mais uma vez, reforça a segurança e a proteção investidas pela convenção e o contraente a todos os seres humanos.

O artigo 7º determina a possibilidade de se estabelecer diferenças de tratamento aos nacionais natos e naturalizados. Vale ressaltar que tal possibilidade foi estabelecida para preservar as relações diplomáticas.

Isso torna-se evidente quando o texto dispõe que os naturalizados correm um risco adicional de perda ao residirem em seu país de origem por um determinado período. Mas não significa dizer que os naturalizados são demasiadamente discriminados, pois além de estarem amparados nos mecanismos de declaração da intenção de conservar a nacionalidade, são também acobertados pelas demais cláusulas da convenção.

Os nacionais que nascem em região diversa do território do Estado também podem ser submetidos a uma política semelhante. Porém a ação correspondente à conservação da nacionalidade, caso subordinada pela legislação interna a algum requisito como a residência ou inscrição em registro, só se inicia um ano após a maioridade.

Em relação a chamada “privação de nacionalidade” a Convenção tem como dispositivo mais adequado o artigo 8º, sendo apoiado pelos parágrafos 4º e 5º do artigo 7º. Os dispositivos listam casos em que de possível perda de nacionalidade, seguindo as limitações previamente discutidas.

Dentro das possibilidades de privação, trata também da hipótese em que a nacionalidade tenha sido obtida por declaração falsa ou por fraude. Tais casos, por sua vez, são tratados como exceção da regra, pois estabelece que se nenhum dos requisitos for preenchido, o Estado contratante não poderá privar uma pessoa de nacionalidade se acarretar em apatridia.

Os Estados contratantes podem reter o direito de privação de nacionalidade, no caso em que durante a adesão tenham especificado a intenção de reter, e tendo previsão sobre a retenção nas suas legislações internas. A maioria das hipóteses presentes no terceiro parágrafo estão relacionadas a postura do sujeito em relação a imagem ou a integralidade do Estado.

O artigo 8º estabelece que se sujeito se comportar de maneira contrária aos interesses vitais do Estado, ou ainda infringir em proibição previamente estabelecida quanto a prestação de serviço, ou recebimento de dinheiro por outro Estado, poderá perder a nacionalidade. Tal previsão consolida o poder do Estado, mesmo depois assinar a Convenção, afim de atrair mais contratantes e produzir um ambiente estável, em particular

na malha diplomática. Complementando as recomendações dos artigos, o último parágrafo cita a ampla defesa como requisito imprescindível para qualquer caso de perda.

Nesse trilar, é possível concluir que o tema da privação de nacionalidade é mais profundo do que aparenta, e a Convenção tenta ao máximo disciplinar as hipóteses de cabimento para evitar que qualquer discriminação racial, ética, religiosa ou política como previsto no artigo 9º.

Certamente tal preocupação está ligada aos assuntos tratados na convenção de 1954 e a postura adquirida no decorrer do pós-guerra enfatizando a proteção das minorias contra os abusos.

O artigo 9º reflete uma das motivações que levaram a comunidade internacional a se preocupar com o tema da apatridia, além de descrever a evolução dos ideais que surgiram durante os primeiros anos pós-guerras.

As relações diplomáticas estão presentes em todo texto da Convenção. Uma das menções mais importantes está contida no artigo 10. Tal dispositivo assegura a nacionalidade, ou ao menos o comprometimento dos Estados contratantes em preservar a nacionalidade, aos atingidos pela transferência de território, abrangendo outras formas de adição ou subtração de território. Tendo isso em mente, os Contratantes tem o dever observar se os sujeitos que compõem o território alterado não se tornarão apátridas. Preocupação se estende até mesmo aos países não contratantes.

O artigo 11 regula a obrigatoriedade de criação de um órgão, de acordo com a estruturação das Nações Unidas, que permita que as pessoas busquem a efetivação dos direitos previstos na Convenção, assim como assistência para representá-la perante o competente órgão.

O artigo 12 prevê a aplicabilidade da Convenção no caso do Estado Contratante não reconhecer a nacionalidade no momento do nascimento da pessoa. Estabelece que sua aplicabilidade independente do nascimento ter ocorrido antes da vigência da Convenção.

Por tal razão, percebe-se que a Convenção apresenta efeitos retroativos para a Concessão da nacionalidade da pessoa que nasce no território do Estado Contratante.

Regula a norma do artigo 2º, para determinar sua aplicabilidade após a data da vigência da Convenção. Isso quer dizer que a obrigatoriedade da concessão de nacionalidade aos menores abandonados no território do Estado Contratante, só ocorrerá se tal abandono ocorrer após a vigência da convenção.

No que se refere a interpretação da Convenção, o artigo 13 estabelece que não poderá restringir a aplicação de normas nacionais, ou acordos, ou ainda outras convenções, que estejam em vigor, ou que entrarão em vigor em qualquer Estado Contratante que venham a ser mais benéficas para a redução de casos de apatridia.

Já o artigo 14, esclarece que as possíveis divergências de interpretação da Convenção poderão ser discutidas e analisadas pela Corte Internacional de Justiça.

O artigo seguinte trata do alcance da aplicabilidade da Convenção. Estende a aplicação das normas para além dos Estados Contrates, a todos os territórios pertençam a ele, sendo necessário apenas que o Estado Contratante no momento da assinatura, ratificação ou adesão da presente, declarar quais são seus territórios dependentes.

O artigo 15 regulamenta que caso o território não-metropolitano, que não seja considerado parte do metropolitano, ou quando havendo a necessidade do consentimento do território não metropolitano, para efeitos de nacionalidade, o Estado Contratante se compromete a buscar os meios necessário, dentro do prazo de 12 meses, contados da inclusão da Convenção, para fazer com que se aplique os dispositivos da mesma em tal território, cabendo a tal Estado, comunicar ao Secretário Geral das Nações Unidas, do consentimento desse território não-metropolitano para aplicar a Convenção, pois é a partir da data do consentimento que a Convenção se aplicará para esses território.

Caso decorra o prazo de 12 meses e o Estado Contratante interessados poderão comunicar da pendência da adesão dos territórios mencionados ao Secretário-Geral.

Os artigos 16 e 17 tratam da assinatura da Convenção contemplando o momento de sua abertura possibilidade a participação dos Estados. Regulamentam algumas questões burocráticas quanto à ratificação perante o Secretário.

O art. 17 prevê que não poderá ser feita nenhuma reserva após o momento da assinatura, adesão ou ratificação à Convenção, pelos Estados Contratantes.

O seguinte regula a previsão da vigência do presente documento, sendo esse de dois anos após a data do depósito do sexto instrumento de ratificação ou adesão e para os Estados que aderirem após essa data, entrará em vigor 90 dias após a data do depósito feito pelo Estado em questão, ou caso a data seja posterior, no dia da entrada em vigor da Convenção.

Os últimos artigos da Convenção demonstram preocupação sobre a integridade e democracia do documento. O art. 19 possibilita a denúncia da Convenção pelos Estados Contratantes, regulando as hipóteses de cabimento e forma como tal possível denúncia deve ser feita. Já os últimos artigos, 20 e 21 regulam a participação do Secretário-Geral das

Nações Unidas, citando algumas funções que são atribuídas no momento das assinaturas, ratificações, adesões, reservas, vigência, denúncias, Assembleia Geral e registro.

3. CONCLUSÃO

A apatridia foi inserida na pauta dos assuntos globais após as catastróficas notícias sobre os refugiados pós Grandes Guerras mundiais. A primeira Convenção de 1954, em meio a esse cenário, além de proporcionar a formação do Estatuto dos Apátridas, garantiu uma mudança de tratamento aos migrantes retirando o estado de inércia da comunidade internacional.

Apesar da relação entre refugiados e apátridas ser estreita, não resta dúvidas que o tema dos apátridas, injustamente, ainda é pouco estudado pela academia internacional. Nesse interim, as lacunas de tratamento do tema começaram a se tornar tão intensas que feriam o objetivo inicial da primeira convenção da apatridia, contrariando o disposto no Estatuto dos Apátridas.

Muitos dos métodos voltados à inclusão dos subgrupos de migrantes se tornaram meras moedas de troca ao invés de se tornarem marcos de igualdade e altruísmo. Tal desgaste só começou a ser combatido ativamente quando a sociedade internacional já se banhava em outra realidade.

A Convenção para Redução dos Casos de Apatridia de 1961 oportuniza a efetiva redução dos casos de apatridia, servindo como documento complementar ao Estatuto de 1954. Trata sobre os mecanismos de soluções para redução de casos, prevendo um amplo número de hipóteses de enquadramento de novos nacionais aos Estados que se submentem a Convenção.

O presente artigo contribui academicamente a grande omissão doutrinária da matéria a partir da análise minuciosa da Convenção para Redução dos casos de Apatridia a fim de somar novas fontes de discussão do tema.

4. REFERÊNCIAS

ACNUR. **O que é apátrida?** Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/apatridas/o-que-e-a-apatridia/>>. Acesso em: 08 jun 2022.

ACNUR. **Apátrida.** Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2012/Apatridia_-_ACNUR_2012>. Acesso em: 10 jun 2022.

ACNUR. **Apátrida. Em busca de uma nacionalidade.** Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/apatridas/>>. Acesso em: 25 jun 2022.

CONVENÇÃO SOBRE O ESTATUTO DOS APÁTRIDAS. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Refugiados-Asilos-Nacionalidades-e-Ap%C3%A1tridas/convencao-sobre-o-estatuto-dos-apatridas.html>>. Acesso em: 24 abr 2022.

MENDONÇA, Renata de Lima; PACÍFICO, Andrea Maria Calazans Pacheco. **A Proteção Sócio jurídica dos Refugiados no Brasil.** Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/viewFile/7290/5249>>. Acesso em: 15 jul 2022.

Universidade Federal da Paraíba - UFPB. IX Seminário Internacional de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.ufpb.br/evento/lti/ocs/index.php/ixsidh/ixsidh/paper/view/3905/1686>>

REVOLUÇÃO 4.0 E UBERIZAÇÃO: DIÁLOGO SOBRE A PRECARIZAÇÃO E A NECESSIDADE DE CONFRONTAÇÃO DO NOVO MODELO DE TRABALHO

SHEINA MAIA FERREIRA: Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense-UFF. Especialização em Direito e Processo do Trabalho (2022). Ex-Técnica Judiciária do TJ-RJ (2008-2012). Ex-Analista Judiciário do TJ-RJ (2012-2014). Analista Judiciário do TRT da 1ª Região (a partir de 2014).

RESUMO: Este artigo objetiva fazer um breve estudo acerca da chamada “quarta revolução industrial” ou “indústria 4.0”, abordando algumas de suas implicações no mundo do trabalho, a partir da inserção das ferramentas tecnológicas e do uso das plataformas digitais atreladas à ideologia da economia do compartilhamento (*sharing economy*). O texto também examina o discurso de empreendedorismo em contraponto ao controle por meio da subordinação algorítmica. Por fim, destaca a necessidade de os sindicatos e os movimentos sociais compreenderem a nova morfologia do trabalho e resgatarem os laços de pertencimento de classe como ferramenta de confrontação à precarização do trabalho, sob pena de se operar a consolidação de um modelo amparado no retrocesso social. A pesquisa é de natureza teórica e estruturou-se a partir da bibliografia sobre o tema.

Palavras-chave: Revolução 4.0. Economia do compartilhamento. Uberização. Subordinação algorítmica. Precarização do trabalho.

ABSTRACT: This article aims to make a brief study about the so-called "fourth industrial revolution" or "industry 4.0", addressing some of its implications in the world of work, from the insertion of technological tools and the use of digital platforms linked to the ideology of the sharing economy. The text also examines the discourse of entrepreneurship in counterpoint to control through algorithmic subordination. Finally, it highlights the need for unions and social movements to understand the new morphology of work and rescue the bonds of class belonging as a tool to confront the precarization of work, under penalty of operating the consolidation of social regression in the world of work. The research is theoretical in nature and was structured based on the bibliography on the subject.

Keywords: Revolution 4.0. Sharing Economy. Uberization. Algorithmic subordination. Labor precarization.

1) Introdução

A partir das últimas décadas do século passado, o mundo tem experimentado alterações bastante significativas no modo de organização do trabalho. Arelado ao massivo uso da internet, sobreveio o oferecimento de inúmeros novos serviços e produtos, perpassados pelo conceito de economia do compartilhamento (*sharing economy*): uma ideia romântica sobre a utilização de um novo modelo de negócio, sendo entendida por seus idealizadores como uma alternativa sustentável ao comércio de grande circulação a partir de trocas informais entre indivíduos comuns.

No entanto, em pouco tempo, a economia do compartilhamento tem se mostrado bastante distinta de sua ideia inicial, revelando um mercado de trabalho pouco regulado e sem garantias. Como paradigma do modelo, destaca-se o surgimento do trabalho uberizado e a criação de subempregos, bem como a flexibilização de garantias trabalhistas conquistadas após décadas de luta social, indicando verdadeiro retrocesso.

Neste sentido, o presente artigo pretende tratar sobre alguns dos impactos promovidos pela quarta revolução industrial e pelo trabalho uberizado; sobre como as plataformas digitais defendem que os trabalhadores supostamente não seriam empregados nem estariam a elas subordinados, sendo detentores de plena autonomia na prestação de serviços; e sobre a importância da retomada da proteção do direito, a partir da reunião e mobilização da classe trabalhadora.

2) “Revolução 4.0” ou “quarta revolução industrial”

Inicialmente, cabe explicitar um breve histórico das revoluções industriais. Neste sentido, “a palavra ‘revolução’ denota mudança abrupta e radical” (SCHWAB, 2016, p. 15), o que seria entendido como uma fase disruptiva a partir de importantes avanços tecnológicos e científicos. E, como diz Klaus Schwab, “as novas tecnologias e novas formas de perceber o mundo desencadeiam uma alteração profunda nas estruturas sociais e nos sistemas econômicos” (SCHWAB, 2016, p. 15).

A primeira revolução industrial, datada em 1760, foi o primeiro paradigma na área de produção, a partir da introdução do uso de máquinas e da passagem do sistema de manufatura para o fabril. Consequência particular dessa disrupção, foi a substituição do trabalho artesanal pelo assalariado e consolidação do processo de formação do capitalismo. A segunda revolução (1850-1945) envolveu o desenvolvimento de indústrias química, elétrica, de petróleo e aço, além do progresso dos meios de transporte e comunicação, com especial destaque para o desenvolvimento da linha de montagem e a

produção em maior escala. Por sua vez, a terceira revolução industrial (1950 – 2010) foi impulsionada pelo surgimento da indústria digital em substituição gradual da mecânica analógica e com a popularização do uso de microcomputadores e a criação da Internet.

Já a quarta revolução industrial, “foi iniciada na virada do século e baseia-se na revolução digital” (SCHWAB, 2016, p. 16). Klaus Schwab (2016) concebe a disruptura como sendo “caracterizada por uma internet mais ubíqua e móvel, por sensores menores e mais poderosos que se tornam mais baratos e pela inteligência artificial e aprendizagem automática (ou aprendizado de máquina)” (SCHWAB, 2016, p. 16). Nesse novo modelo, as tecnologias não são necessariamente novas, mas são mais sofisticadas e integradas. Diferentemente das revoluções anteriores, na quarta revolução, caracterizada por sua velocidade, amplitude, profundidade e impacto sistêmico, estamos diante da “fusão das tecnologias e a interação entre os domínios físicos, digitais e biológicos” (SCHWAB, 2016, p. 16). Além disso, são difundidas de forma mais ampla e rápida do que nas revoluções industriais anteriores, o que efetivamente está transformando o mundo de forma globalizada (SCHWAB, 2016, p. 16-17).

E foi na feira industrial de Hannover, em 2011, onde foram cunhadas as expressões “quarta revolução industrial” ou a chamada “Indústria 4.0”, utilizadas para descrever as “fábricas inteligentes”, por meio da criação de um “mundo onde os sistemas físicos e virtuais de fabricação cooperam de forma global e flexível” permitindo a “personalização de produtos e criação de novos modelos operacionais” (SCHWAB, 2016, p.16).

A partir dessas novas tecnologias, a quarta revolução industrial tornou possível a existência de novos produtos e serviços que aumentam a eficiência de nossas vidas como consumidores e praticamente sem custos adicionais. A exemplo de solicitar um táxi, comprar um produto, organizar uma viagem, ouvir música ou assistir a filmes – todas essas atividades podem ser realizadas pelos usuários remotamente, de forma ágil e simples, bastando um simples dispositivo móvel (SCHWAB, 2016, p. 20).

Klauss Schwab (2016) também destaca uma importante compreensão inicial dos efeitos das novas tecnologias sobre o mercado de trabalho:

Primeiro, há um efeito destrutivo que ocorre quando as rupturas alimentadas pela tecnologia e a automação substituem o trabalho por capital, forçando os trabalhadores a ficarem desempregados ou

realocar suas habilidades em outros lugares. Em segundo lugar, o efeito destrutivo vem acompanhado por um efeito capitalizador, em que a demanda por novos bens e serviços aumenta e leva à criação de novas profissões, empresas e até mesmo indústrias (SCHWAB, 2016, p. 42).

Além disso, ocorre uma simplificação do trabalho por meio do uso dos algoritmos, os quais, em tese, são mais capazes de substituir os seres humanos, pressupondo-se que “tarefas distintas e bem definidas levam a um melhor acompanhamento e alta qualidade de dados relacionados à tarefa, criando, assim, uma base melhor para a inserção de algoritmos que farão o trabalho” (SCHWAB, 2016, p. 46).

Assim, não obstante os benefícios, mormente diante de uma multiplicidade de ofertas de produtos e serviços, Klaus Schwab (2016) alerta que os grandes beneficiários da quarta revolução industrial são os provedores de capital intelectual ou físico, o que explica o fosso entre a riqueza daqueles que detém o capital e aqueles que dependem do seu trabalho. Nesta toada, os impactos aos trabalhadores são bastante negativos, pelo menos, a curto prazo (SCHWAB, 2016, p. 20-41).

Inclusive, os efeitos mencionados nos parágrafos precedentes naturalmente explicam o fato de pessoas com formação superior, a exemplo de advogados, administradores, engenheiros, contadores, dentre outros, estejam se socorrendo do trabalho *uberizado* para garantir seu sustento, uma vez que já não são absorvidos pelo mercado de trabalho e acabam descartados, não só em razão da progressiva automatização do trabalho mecânico, mas também pelo uso de algoritmos execução de tarefas humanas e da competição mercadológica. E não só: atrelada à *uberização*, nota-se a redução de direitos trabalhistas e conquistas históricas e a, conseqüente, precarização do trabalho.

Em relação aos impactos das tecnologias emergentes no mercado de trabalho, Schwab (2016) afirma que há dois campos opostos: os que acreditam em um final feliz, com novos empregos para os trabalhadores deslocados pela tecnologia, desencadeando uma nova era de prosperidade; e aqueles que acreditam que o fato levará a um colapso social e político, com uma escala maciça de desemprego tecnológico (SCHWAB, 2016, p. 42).

O autor defende, contudo, que se deve resistir à polarização, pois não se trata de um dilema homem *versus* máquina. Ele argumenta que a história revela um lugar médio entre ambos os campos. Neste sentido, isso significa a necessidade de se preparar a força

de trabalho, especialmente com a inclusão de modelos de formação para desenvolver o trabalho em colaboração com máquinas cada vez mais capazes, conectadas e inteligentes (SCHWAB, 2016, p. 42). Cabe destacar, porém, que, no caso do Brasil, cujos investimentos em educação e formação vem sendo drasticamente reduzidos (MORALES, 2022), essa pode não se revelar uma realidade tão acessível.

3) Economia do compartilhamento, *uberização* e precarização das relações de trabalho.

Como dito, no contexto da quarta revolução industrial e dos impactos por ela causados, inclui-se o oferecimento de novos produtos e serviços que usam “a internet para conectar consumidores com provedores de serviço para trocas no mundo físico” (SLEE, 2017, p.33), sendo estes descritos como parte da economia do compartilhamento (*sharing economy*). Os defensores da economia do compartilhamento a descreveram romanticamente como um novo tipo de negócio ou um novo movimento social, unindo uma mistura afetiva de comércio e causa no mundo digital (SLEE, 2017, p. 33).

De forma mais realista, Carlo Benito Cosentino Filho (2020) define:

A economia do compartilhamento compreende um modelo de negócios baseado na difusão de informações advindas do universo virtual. Nela, plataformas informacionais promovem o encontro entre duas conhecidas variáveis dos mercados, oferta e procura, e abrem novas oportunidades para que ativos, habilidades, tempo e dinheiro sejam usados em níveis mais próximos de sua capacidade total (COSENTINO FILHO, 2020).

E, sobre as promessas feitas dos defensores da economia do compartilhamento, Tom Slee (2017) também diz:

Comece com trocas informais [...] e use a força conectora da internet para dar escala a isso, de modo que nós como indivíduos possamos contar cada vez mais uns com os outros e menos com corporações distantes, sem rosto. Cada torca ajuda alguém a fazer uma graninha e ajuda alguém a economizar um tempinho: como não gostar? Participando desse movimento, nós ajudamos a construir nossa comunidade, em vez de sermos consumidores passivos e materialistas [...]. A Economia do Compartilhamento promete ajudar

prioritariamente indivíduos vulneráveis a tomar controle de suas vidas, tornando-os microempresários. Podemos nos autogerenciar, entrando e saindo deste novo modelo flexível de trabalho [...]. [...] também promete ser uma alternativa sustentável para o comércio de grande circulação, ajudando-nos a fazer um uso melhor de recursos subutilizados. Por que todo mundo precisa de uma furadeira tomando pó numa prateleira se podemos compartilhar a mesma ferramenta? [...] Por que não usar a Uber em vez de comprar um carro? (SLEE, 2017, p. 34-35).

A partir de tais promessas e da lógica da economia do compartilhamento, sobretudo com o avanço das novas tecnologias de informação e comunicação - as chamadas "TICs", surgiu a crença de que a nova era de felicidade se iniciava. As novidades tecnológicas implementadas trazia o trabalho on-line e digital, o que superaria a dimensão de sofrimento atrelado ao mundo do labor. Muitos pensaram que "a sociedade digitalizada e tecnologizada nos levaria ao paraíso, sem 'tripalium' e, quiçá, até mesmo sem trabalho" (ANTUNES, 2018, p. 22).

Não obstante as promessas feitas por seus idealizadores, a economia do compartilhamento mostrou uma outra face, "propagando um mercado inóspito e desregulado em áreas de nossas vidas que antes estavam protegidas" (SLEE, 2017, p. 36). Neste sentido, das normas formas de consumo criadas pelos mercados da economia do compartilhamento, surgiram formas de subemprego mais arriscadas e precárias, a partir da remoção de proteções e garantias conquistadas após décadas de luta social (SLEE, 2017, p. 36).

Assim, conforme afirma Carlo Benito Cosentino Filho (2020), as diretrizes da economia do compartilhamento, em verdade, revelaram-se estritamente capitalistas e direcionadas à maximização dos lucros. Consequentemente, as atualizações dos modelos de divisão do trabalho revelam-se ainda mais perversas, e as consequências das suas implantações são notórias: aumento da concentração de riqueza; precarização das condições de trabalho; e exclusão de direitos sociais (COSENTINO FILHO, 2020).

Nesta toada, Ricardo Antunes constata, a partir dos impactos da quarta revolução industrial, o surgimento de uma nova morfologia do trabalho, que tem como traços constitutivos a instabilidade e a insegurança (ANTUNES, 2018, p. 25). O autor nos mostra a concepção de um novo proletariado,

ao contrário da eliminação completa do trabalho pelo maquinário informacional-digital, estamos presenciando o advento e a expansão monumental do novo proletariado da era digital, cujos trabalhos, mais ou menos intermitentes, mais ou menos constantes, ganharam novo impulso com as TICs, que conectam, pelos celulares, as mais distintas modalidades de trabalho. Portanto, em vez do fim do trabalho na era digital, estamos vivenciando o crescimento exponencial do novo proletariado de serviços, uma variante global do que se pode denominar escravidão digital. Em pleno século XXI (ANTUNES, 2018, p. 32).

Esse é, pois, o caso da Uber, uma das companhias líderes da economia do compartilhamento. Sua tecnologia se apoia em plataformas de software, páginas de internet e aplicativos de celular para conectar consumidores com fornecedores e ficar com uma fatia dos ganhos. Fundada em 2009, na região de São Francisco, no oeste dos Estados Unidos, cresceu em ritmo e limites nunca antes vistos, exportando seu modelo de negócios para cidades ao redor do mundo (SLEE, 2017, p. 38 e 111).

E tal foi o destaque da empresa que se tornou um paradigma desse novo modelo de negócios, sendo, a partir de seu nome, cunhado o termo *uberização*. Segundo Ricardo Antunes, a *uberização* "é um processo no qual as relações de trabalho são crescentemente individualizadas e invisibilizadas, assumindo, assim, a aparência de 'prestação de serviços' e obliterando as relações de assalariamento e de exploração do trabalho" (ANTUNES, 2020, p. 14).

Ricardo Antunes (2020) também argumenta que,

a terceirização, a informalidade e a flexibilidade se tornaram, então, partes inseparáveis do léxico e da pragmática da empresa corporativa global. E, com elas, a intermitência vem se tornando um dos elementos mais corrosivos da proteção do trabalho, que foi resultado de lutas históricas e seculares da classe trabalhadora em tantas partes do mundo (ANTUNES, 2020, p. 11).

E, em especial, no caso da Uber,

[...] trabalhadores e trabalhadoras com seus automóveis arcam com as despesas de seguros, gastos de manutenção de seus carros,

alimentação, limpeza etc., enquanto o 'aplicativo' se apropria do mais-valor gerado pelo sobretabalho dos motoristas, sem nenhuma regulação social do trabalho. [...] ao recusarem solicitações, correm o risco de serem demitidos. A relação de trabalho é, então, ainda mais evidente. Dos carros para as motos, destas para as bicicletas, patinetes etc. A engenhosidade dos capitais é, de fato, espantosa (ANTUNES, 2020, p. 11).

Esse, aliás, é um *modus operandi* que urge ser confrontado, sob pena de se consolidar como um elemento cada vez mais central do sistema de metabolismo antissocial do capital, em escala global, particularmente no setor de serviços, mas com potencial de expansão para parcelas ampliadas do mundo industrial e do *agrobusiness*, bem como na interconexão entre eles (ANTUNES, 2020, p. 13).

4) A flexibilidade aparente e a subordinação algorítmica

Conforme se extrai das lições de Henrique Correia (2021),

a característica mais importante da relação empregatícia é a subordinação ou, ainda, de acordo com o texto da CLT: "*empregado trabalha sob a dependência do empregador*". Se o empregador assume todos os riscos do empreendimento, ele terá o poder de organizar e dirigir a prestação de serviços. Dessa forma, o empregado fica subordinado às ordens do empregador (CORREIA, 2021, p. 176).

O autor também nos ensina que a tese aceita atualmente para explicar a referida característica da relação de emprego descreve que a subordinação decorre de lei, tratando-se, pois, de uma subordinação jurídica. A tese atual superou a antiga teoria de subordinação técnica, que pressupunha que o empregador detinha todo o conhecimento técnico dos meios de produção. E superou também a teoria de subordinação econômica, que defendia a subordinação em razão da dependência do salário. Ocorre que tanto o empregado pode deter conhecimentos técnicos dos quais não dispõe o empregador como pode não depender unicamente daquela relação de emprego para o seu sustento. Por isso, ambas as teorias (técnica e econômica) não prevaleceram (CORREIA, 2021, p. 176).

Com efeito, as plataformas propagam um discurso de empreendedorismo e, assim, consideram seus motoristas como empresários de si mesmos. Essa ideia, já incorporada até mesmo por muitos trabalhadores, pressupõe que se trata de uma relação

livre e autônoma, eminentemente civil, ou seja, sem a presença do elemento subordinação em sua concepção clássica.

Ocorre que a ideia de liberdade e flexibilidade constitui na verdade a transferência deliberada de riscos para aumentar o controle sobre os trabalhadores, pois essa liberdade significa que não há salário garantido e os custos são fixos (ANTUNES; FILGUEIRAS, 2020, p. 66). É dizer: não recaem sobre as plataformas nem os custos nem os riscos do negócio.

Além disso, as plataformas executam ações que claramente revelam a verdade real por trás do discurso de empreendedorismo, indicando exarcebado controle sobre os trabalhadores. Conforme enumeram Vitor Filgueiras (2020) e Ricardo Antunes (2020), as plataformas:

- 1) Determinam quem pode trabalhar. [...] Os/as trabalhadores/as estão sempre sujeitos à aceitação do cadastro na plataforma para poder trabalhar.
- 2) Delimitam o que será feito: uma entrega, um deslocamento, uma tradução, uma limpeza, etc. Os/as trabalhadores/as não podem prestar serviços não contemplados por plataformas e aplicativos.
- 3) Definem que trabalhador/a realizará cada serviço e não permitem a captação de clientes [...].
- 4) Delimitam como as atividades serão efetuadas. Isso ocorre nos mínimos detalhes, seja quanto ao trajeto e às condições dos veículos, seja quanto, até mesmo, ao comportamento dos/as trabalhadores/as diante dos clientes.
- 5) Delimitam o prazo para a execução do serviço, tanto para entregas quanto para realização de traduções, projetos e demais atividades.
- 6) Estabelecem de modo unilateral os valores a serem recebidos. [...]
- 7) Determinam como os/as trabalhadores/as devem se comunicar com suas gerências. [...]

8) Pressionam os/as trabalhadores/as para serem assíduos e não negarem serviços demandados. No site Uber, por exemplo, explica-se que o/a trabalhador/a poderá ser desativado se tiver uma taxa de aceitação de corridas menor do que a taxa de referência da cidade. [...]

9) Pressionam os/as trabalhadores/as a ficar mais tempo à disposição, mediante o uso de incentivos. [...]

10) Usam o bloqueio para ameaçar os/as trabalhadores/as, o que implica deixá-los/as sem poder exercer suas atividades por tempo determinado, por inúmeras razões arbitrárias, sempre determinadas pelas plataformas.

11) Utilizam a possibilidade de dispensa a qualquer momento e sem necessidade de justificativa, sem qualquer espécie de aviso prévio, como um importante mecanismo de coerção e disciplinamento da força de trabalho (ANTUNES; FILGUEIRAS, 2020, p. 67-68).

E esse controle, a partir dos pontos enumerados acima, é feito diretamente pelo aplicativo por meio de algoritmos, caracterizando o surgimento de uma nova forma de expressão da subordinação, a subordinação algorítmica, elemento-chave para a caracterização da relação empregatícia. Diferente da subordinação clássica, cuja execução do serviço do trabalhador era permeada por ordens e fiscalização direta do trabalho por meio da presença física do empregador, a subordinação algorítmica se dá por meio da presença digital. É o algoritmo (um conjunto automatizado de instruções, uma unidade básica da computação) que determina o roteiro de tarefas, programado por instrumentos digitais ou aplicativos, possibilitando comandos laborais ou ordens ao empregado.

Como dito, embora gozem de uma flexibilidade apenas aparente, os trabalhadores e mesmo as instituições são fortemente influenciados pelo discurso das plataformas, interiorizando-o em suas práticas e suas subjetividades, de modo que as TIC's conseguem aperfeiçoar o controle completo desses trabalhadores.

Desse modo, forma-se

[...] uma situação aparentemente contraditória: poucas vezes o trabalho foi tão estritamente controlado (agora pela via informacional-digital), enquanto o discurso apologético não para de

propagar as benesses do trabalho autônomo, livre, empreendedor etc. Não é difícil constatar que, na contrapartida de tais formulações apologéticas, estamos presenciando o advento de um novo proletariado de serviços em expansão na era digital (ANTUNES; FILGUEIRAS, 2020, p. 69).

Cabe destacar, por fim, que a ampliação do trabalho precário atinge, ainda de forma diferenciada, trabalhadores e trabalhadoras da indústria de software até os de call-center e telemarketing - intitulados infoproletariados ou cibertariados -, alcançando, ainda, de modo progressivo os setores industriais, da agroindústria, dos bancos, do comércio, do fast-food, do turismo e hotelaria etc., e incorporando inclusive trabalhadores imigrantes, cujos números se expandem em todas as partes do mundo. E esse alcance ocorre porque é pouquíssimo provável, hoje, encontrar atividade que não tenha alguma forma de dependência do aparelho celular (ANTUNES, 2020, p. 13).

5) A necessidade de proteção do trabalho

Klaus Schwab (2016) defende que a tecnologia não é uma força externa, sobre a qual a não temos nenhum controle. Significa dizer: não se trata de uma escolha binária entre aceitar ou rejeitar a tecnologia, mas, sim, uma análise do modo como ela pode ser incorporada pelos modelos sociais em busca da construção de um mundo melhor. Assim, a quarta revolução deve ser empoderadora e centrada no ser humano – em vez de divisionista e desumana – possibilitando que todos os grupos participem e se beneficiem das transformações em curso (SCHWAB, 2016, p. 13-14). É, pois, urgente que a tendência precarizante do trabalho seja substituída pela proteção social do trabalhador.

Isso porque, se a tendência destrutiva em relação ao trabalho não for fortemente confrontada, recusada e obstada, sob todas as formas possíveis, teremos, além da ampliação exponencial da informalidade no mundo digital, a expansão dos trabalhos “autônomos” e dos “empreendedorismos”, configurando-se cada vez mais como uma forma oculta de assalariamento do trabalho, a qual introduz o véu ideológico para obliterar um mundo incapaz de oferecer vida digna para a humanidade. Isso ocorre porque, ao tentar sobreviver, o “empreendedor” se imagina como proprietário de si mesmo, um quase-burguês, mas frequentemente se converte em um proletário de si próprio, que autoexplora seu trabalho (ANTUNES, 2020, p. 15-16).

Neste sentido, urge que os setores efetivamente comprometidos com os interesses das forças sociais do trabalho, em especial os sindicatos e os movimentos sociais, compreendam a nova morfologia do trabalho, que envolve uma fragmentação bastante complexa: a classe trabalhadora reduzida em vários segmentos e, simultaneamente, ampliada, dada a heterogeneidade das atividades, dos gêneros, da raça e da etnia, o que impacta diretamente na forma de representação sindical (ANTUNES, 2018, p. 17). E mais: deve ser observado atentamente que, da simbiose entre o trabalho informal e o mundo digital, resultam trabalhos cada vez mais individualizados e invisibilizados, ou seja, cada trabalhador passa a se auto-explorar, de forma isolada, o que diminui sua capacidade de resistência por falta de organização coletiva. (ANTUNES, 2020, p. 21).

E, ainda sobre as entidades sindicais, para formação da força impeditiva à precarização, é imprescindível que mobilizem o novo proletariado, organizando as amplas parcelas jovens da classe trabalhadora, que ingressa no mundo digital às vésperas da Indústria 4.0, com relações de trabalho em processo de corrosão e enorme retrocesso. É dizer: os sindicatos têm a difícil tarefa de ressoldar os laços de pertencimento de classe. E se contrapor, como classe, à uberização, à individualização, ao falso “empresariamento”, às falácias do empreendedorismo e à impulsão do trabalho intermitente (ANTUNES, 2018, p. 18).

Com efeito, Ricardo Antunes (2020) enumera alguns dos desafios à atuação dos sindicatos:

- 1) O primeiro deles, para a sua própria sobrevivência, será romper a enorme barreira social que separa a classe trabalhadora “estável”, em franco processo de redução, dos trabalhadores e trabalhadoras intermitentes, em tempo parcial, precarizados, subempregados e desempregados, todos em significativa expansão no cenário mundial de hoje. [...]
- 2) Os sindicatos devem compreender, dada a nova morfologia do trabalho, outras dimensões decisivas do ser social que estão presentes no cotidiano do trabalho e que têm forte perfil inter-relacional. Referimo-nos aqui às dimensões de gênero, geração, raça e etnia. [...]
- 3) Os sindicatos devem incorporar também aqueles expressivos contingentes do novo proletariado de serviços que vende sua força de trabalho nas empresas de *callcenter*, telemarketing,

supermercados, comércio, indústria hoteleira e tantas outras áreas por onde se amplia o universo dos assalariados, muitos deles sem nenhuma experiência de atuação na organização sindical. Portanto, as novas categorias de trabalhadores e trabalhadoras que não têm tradição anterior de organização em sindicatos devem, necessariamente, ser representadas por um verdadeiro sindicato de classe, contemporâneo aos problemas divisados no horizonte do século XXI. [...]

4) Os sindicatos precisam romper radicalmente com todas as formas de corporativismo ou neocorporativismo, que privilegiam suas respectivas categorias profissionais, diminuindo ou abandonando os seus conteúdos mais marcadamente classistas. [...]

5) O sindicalismo de classe tem de estar bastante atento para a decisiva questão da preservação da natureza e da humanidade. [...] Ou não está na hora de se discutir que tipo de indústria queremos: a do carro privado que polui irreversivelmente a natureza ou a do transporte coletivo que recusa a energia fóssil? Não são questões fáceis, mas são vitais, e os sindicatos estão impelidos a enfrentá-las.

6) É decisivo também para o sindicalismo de classe romper com a tendência crescente de institucionalização e burocratização, que tão fortemente tem marcado o movimento sindical latino-americano (vejam-se de novo os casos de México, Argentina e Brasil, entre tantos outros exemplos) e que o distancia das suas bases sociais, aumentando ainda mais o fosso entre os organismos sindicais e os movimentos sociais autônomos. [...]

7) Também é fundamental reverter a tendência, desenvolvida a partir do toyotismo e da acumulação flexível, que consiste em reduzir o sindicato ao âmbito exclusivamente empresarial, ao chamado "sindicalismo de empresa", de perfil patronal, mais vulnerável e vinculado ao capital e às suas corporações. [...] ele deve se estruturar de modo mais horizontal possível, o que significa ser ainda mais organizado pela base, contemporaneamente classista, incorporando o grande conjunto que compreende a classe trabalhadora hoje em

todos os seus segmentos, desde os que ainda têm contratos mais estáveis até aqueles que estão no universo mais precarizado, sejam terceirizados, intermitentes, na informalidade, sem jamais excluir os desempregados.

8) Se a classe trabalhadora é mais complexa e heterogênea do que aquela que vigorou durante o período de expansão do fordismo, o resgate do sentido de pertencimento de classe, contra as inúmeras fraturas, objetivas e subjetivas, impostas pelo capital é um dos seus desafios mais prementes, em particular em uma fase na qual o proletariado que conseguiu preservar alguns direitos parece se diferenciar (e até mesmo se antagonizar) em relação ao chamado precariado, que cresce nos países capitalistas centrais, e também em relação aos trabalhadores imigrantes que não param de se expandir, constituindo-se num polo cada vez mais importante da classe trabalhadora. [...]

9) Com a expansão do capital em escala planetária e a nova forma assumida pela divisão internacional do trabalho, as respostas do movimento dos trabalhadores assumem cada vez mais um sentido totalizante. A transnacionalização do capital e do seu sistema produtivo, com a difusão das novas cadeias geradoras de valor, obriga ainda mais os sindicatos a desenvolverem formas internacionais de ação, solidariedade e confrontação.

10) Mesmo tendo claro que esse elenco pode ser muito ampliado, há ainda outro desafio fundamental para os sindicatos, sem o qual a classe trabalhadora fica organicamente desarmada em seus combates. Eles devem romper a barreira, imposta pelo capital, entre ação reivindicativa e ação parlamentar, entre luta econômica e luta política, articulando e fundindo essas lutas sociais, dando-lhes uma feição mais autônoma e ao mesmo tempo mais abrangente. Como o capital exerce um domínio cuja materialidade é de origem extraparlamentar, é grave equívoco querer derrotá-lo com ações que se restrinjam ao âmbito da institucionalidade ou que o privilegiem (ANTUNES, 2020, p. 306-309).

Não obstante não serem poucos os desafios que se apresentam aos sindicatos e ainda que seja notável a fragilidade dos laços de pertencimento de classe, já é possível observar o florescimento de algumas formas de representação. Neste sentido, Ricardo Antunes nos diz que o “Breque dos Apps”, como foram denominadas as duas primeiras greves dos trabalhadores e trabalhadoras de aplicativos no Brasil, em julho de 2020, sinaliza o início de uma nova fase de lutas sociais desencadeada por esse novo proletariado de serviços na era digital (ANTUNES, 2020, p. 22).

6) Conclusão

As inovações tecnológicas concebidas pelo que foi denominado “quarta revolução industrial” e a ideologia de uma economia compartilhada, impactaram diretamente a seara trabalhista, de modo que as relações de trabalho foram sensivelmente alteradas, a partir de uma ampla flexibilização, expondo a fragilização a que tem se submetido os trabalhadores.

E, atrelada ao desenvolvimento das novas relações de trabalho, nota-se a propagação de um falso empreendedorismo, ao argumento de que os trabalhadores uberizados não estariam diretamente subordinados juridicamente às plataformas, afastando um dos elementos principais da relação de emprego. Ou seja, é disseminada a ideia de os trabalhadores uberizados são meros prestadores de serviços, com suposta autonomia para execução de suas atividades, como um tipo de microempreendedor.

No entanto, o surgimento de novas formas de trabalho revela que não é apropriado conceber a relação de emprego tão somente a partir da subordinação clássica. Isso porque tais relações revelam uma nova forma de subordinação, denominada subordinação algorítmica. Trata-se de uma evolução do conceito de trabalho subordinado: o algoritmo dita comandos que guiam o comportamento do trabalhador durante prestação de serviços a partir do controle de preços das tarifas, do sistema de avaliação, do cancelamento de corridas, e, principalmente, diante da real possibilidade de desligamento dos motoristas mal avaliados. Logo, é forçoso concluir que não é verdadeira a premissa de que os trabalhadores têm ampla liberdade na prestação da sua atividade.

As mazelas evidenciadas pela flexibilização do trabalho prestado por meio de plataformas digitais precisam ser confrontadas, sob pena de se consolidar um retrocesso a anos de lutas históricas para garantias sociais e de proteção do trabalho. Neste sentido, é imperioso que os setores efetivamente comprometidos com os interesses das forças

sociais do trabalho, em especial, os sindicatos e os movimentos sociais compreendam a nova morfologia do trabalho e reúnam e mobilizem a classe trabalhadora, no que se inclui o contingente formado durante a flexibilização e surgimento das novas formas de trabalho, organizando esse novo proletariado, para fins de formação da força impeditiva à precarização.

Somente assim, a quarta revolução poderá ser verdadeiramente empoderadora e centrada no ser humano, a fim de que efetivamente todos os grupos participem e se beneficiem das transformações em curso (e não só os detentores do capital e dos meios de produção), com plena observância da proteção social do trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital**. São Paulo: Boitempo, 2018.

ANTUNES, Ricardo. **Trabalho intermitente e uberização do trabalho no limiar da indústria 4.0**. In: **Uberização, trabalho digital e Indústria 4.0**. 1ª ed. Organização Ricardo Antunes. São Paulo: Boitempo, 2020.

CORREIA, Henrique. **Direito do Trabalho**. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

COSENTINO FILHO, Carlo Benito. **Neotaylorismo digital e a economia do (des)compartilhamento**. In: CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota da (org.). **Futuro do trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade**. Brasília: ESMPU, 2020. p. 22-61. Disponível em: http://escola.mpu.mp.br/a-escola/comunicacao/noticias/esmpu-lanca-publicacao-sobre-o-futuro-do-trabalho-e-os-efeitos-da-revolucao-digital-na-sociedade/livro_futuro-do-trabalho.pdf. Acesso em: 27 março 2022.

MORALES, Juliana. **Ministério da Educação teve o segundo maior corte no Orçamento 2022**. Guia do Estudante, 2022. <https://guiadoestudante.abril.com.br/atualidades/ministerio-da-educacao-teve-o-segundo-maior-corte-no-orcamento-2022/>. Acesso em: 27 março 2022.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução: Daniel Moreira Miranda. 1ª ed. São Paulo: Edipro, 2016.

SLEE, Tom. **Uberização: a nova onda do trabalho precarizado**. São Paulo: Editora Elefante, 2017.